



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di Ricerca in Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali

Dipartimento di Giurisprudenza

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17 – Diritto penale

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ RISCritto ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI D'EUROPA: PRECISIONE DELLA NORMA PENALE E PREVEDIBILITÀ DELLA DECISIONE GIUDIZIALE

**LA DOTTORESSA:
Francesca Lombardo**

**IL COORDINATORE:
Ch.mo Prof. Giuseppe Di Chiara**

**IL TUTOR:
Ch.mo Prof. Vincenzo Militello**

CICLO XXXV

Anno accademico 2023/2024

*Stendhal teneva sullo scrittoio un cartello che diceva:
«Chiarezza a qualunque costo».
Chiarezza a qualunque costo.*

Morton Feldman

INDICE

Premessa.....	1
---------------	---

Capitolo I

Il diritto incerto non è diritto. La prevedibilità come certezza giuridica irrinunciabile

1. <i>Habent sua sidera lites</i> : il quesito eterno sull'imponderabile avventura processuale.....	13
2. Il principio di legalità come fondamento dello stato di diritto.....	16
2.1. I corollari del principio di legalità: riserva di legge, irretroattività e tassatività prerogative indefettibili nella calcolabilità del rischio penale.....	20
3. <i>L'ubi consistam</i> del principio di determinatezza e tassatività nella sua dimensione interna al principio di legalità.....	24
3.1. La determinatezza nel confronto con le articolazioni esterne: i principi di necessaria offensività e colpevolezza.....	30
4. La portata caleidoscopica della prevedibilità: l'angolo prospettico del reo e quello della vittima.....	38
4.1. Polisemia funzionale della pena e certezza del diritto.....	39
4.2. Dalla legalità formale alla legalità sostanziale.....	42
5. Il <i>revirement</i> della Consulta in ordine al principio <i>in fieri</i> della determinatezza-tassatività.....	49
5.1. La stagione della negazione.....	49
5.2. La fase intermedia: tassatività non vuol dire descrittività.....	51
5.3. La svolta: determinatezza è anche verificabilità.....	60
5.4. (<i>segue</i>) Il confronto con l'esperienza della Corte costituzionale tedesca: <i>Präziserungsgebot</i> e <i>Bestimmtheitsgebot</i> . Il nuovo volto della determinatezza.....	62
6. Il diritto penale liquido: <i>pars destruens</i> e <i>pars construens</i>	65
6.1. La ragionevole prevedibilità sostituisce l'antesignana garanzia della certezza assoluta del diritto.....	70

7. Il valore del precedente: argomento tra gli argomenti o nuova ossatura della certezza del diritto? I diversi gradi del *dictum* del giudice tra valenza persuasiva, influente e vincolante.....73

Capitolo II

L'indeterminata determinatezza: i casi che hanno segnato la storia. Una visione comparata delle materie che dei principi di precisione e determinatezza hanno subito l'influsso

1. L'impatto delle Carte e delle Corti sovranazionali: i due volti dell'uropeizzazione del diritto penale.....84
2. Caso *Conrada*. Il concorso esterno: tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale.....88
- 2.1. La configurabilità del concorso eventuale nelle fattispecie a concorso necessario. La causalità nel concorso esterno e le ricostruzioni ad opera della giurisprudenza.....93
- 2.2. La saga dei “figli di un dio minore”: il ricorrente vittorioso a Strasburgo rimane figlio unico.....101
3. L'*affaire Taricco* e il ruolo di primo piano dei corollari della legalità penale in nome dei quali la Consulta viene sollecitata per la prima volta ad azionare l'arma dei controlimiti.....103
- 3.1. L'*actio finium regundorum* della Corte costituzionale: la regola *Taricco* e il deficit di determinatezza.....108
- 3.2. L'epilogo della saga *Taricco*. Il giudice delle leggi scrive l'ultimo capitolo e chiude la partita.....116
4. Imprevedibilità e indeterminatezza nel “sistema del sospetto”. Le pene *ante delictum* e l'efficacia sanante dell'interpretazione giurisprudenziale.....120
- 4.1. La portata della sentenza *De Tommaso* della Corte Edu: una breccia nel sistema della prevenzione.....126
- 4.2. La prevedibilità al cospetto delle categorie di pericolosità e del contenuto delle prescrizioni imposte.....128
- 4.3. Due pronunce della Corte costituzionale in punto di principio di legalità e misure di prevenzione all'indomani della sentenza *De Tommaso*.....129

5. Incerto è l' <i>an</i> , il <i>quantum</i> e il <i>quomodo</i> . La sfuggente fisionomia del principio di prevedibilità nei complessi criteri di valutazione elaborati dalla Corte Edu: indagine comparata e ricadute del principio di legalità negli ordinamenti stranieri.....	142
5.1. Il criterio soggettivo.....	144
5.2. Il criterio oggettivo.....	146
5.3. Il criterio evolutivo.....	148
6. La Corte europea dei diritti dell'uomo: giudice del caso concreto?.....	150

Capitolo III

Intelligenza artificiale: la giustizia predittiva

1. L'oracolo algoritmico e l'utopia del giudice calcolatore.....	154
2. Dalla giustizia bendata a quella veggente: il diritto come macchina e la sua razionalizzazione.....	156
2.1. I tre usi dell'algoritmo nel diritto penale: l'algoritmo delinquente, l'algoritmo inquirente e l'algoritmo giudicante.....	158
3. Quanta speranza si può riporre nella fata matematica? La predittività quale strumento di efficienza del sistema nelle valutazioni di pericolosità: luci e ombre.....	164
4. Le nuove frontiere della giustizia penale: dalla giustizia giusta alla giustizia esatta in un'ottica europea. Il ruolo ancillare dell'intelligenza artificiale <i>ante e post delictum</i>	170

Capitolo IV

Tecniche di redazione della norma penale e conformità al principio di determinatezza: il dibattito intorno al nuovo articolo 633-bis c.p.

1. La determinatezza una e trina come criterio di redazione delle norme penali: presentazione dell'indagine.....	175
2. Le modalità tecniche di legiferazione in materia penale nel contesto del principio di legalità e sue declinazioni: elementi descrittivi ed elementi normativi.....	178

3. L'infelice norma sul divieto dei <i>rave party</i> , articolo 434- <i>bis</i> c.p., ora riscritta e ricollocata sotto la rubrica dell'art. 633- <i>bis</i> c.p.....	185
3.1. Primiissima lettura sul novellato delitto di invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica: il necessario correttivo in punto di determinatezza.....	191
3.2. Una norma chiaroscura: la perimetrazione dell'area del penalmente rilevante non appare manifestamente irragionevole e si inquadra nel prisma dei principi di tipicità e frammentarietà. Il requisito dello scopo prevalente.....	195
3.3. Le interferenze della neonata disposizione di cui all'art. 633- <i>bis</i> c.p. con la fattispecie-madre. Era davvero necessario introdurre una norma <i>ad hoc</i> ?.....	196
4. Rimedi all'indeterminatezza: prospettive di redazione della norma incriminatrice. Le norme definitorie e la chiarezza giuridica.....	201
Conclusioni.....	210
Bibliografia.....	218

PREMESSA

Il presente lavoro, nel prendere le mosse dal fondamentale interrogativo circa la calcolabilità degli esiti delle liti giudiziarie, affronta il tema della difficile vigenza del principio della certezza del diritto, nonché della prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto. Quello che un tempo era il “volto costituzionale” del diritto penale – essendo la lettura secondo Costituzione il metodo dominante nella tradizione italiana – diventa oggi, a seguito dei nuovi punti di riferimento, il “volto sovranazionale”, in una luce che si proietta dentro una dimensione non più squisitamente domestica.

Delineata la prospettiva di inquadramento, che si snoda su tre livelli, segnatamente nazionale, eurounitario e convenzionale, si spiegheranno le ragioni sottese alla scelta di indirizzare lo studio su un tema avente ad oggetto il principio di legalità, una materia intorno alla quale si avverte, nella comunità scientifica, un cambio di paradigma rispetto al passato che oggi merita di essere indagato. La ragione è presto detta, e si sostanzia nella premura – segnalata non più e non soltanto nelle sedi tradizionali della dottrina e della giurisprudenza, ma anche a livello delle più alte sfere istituzionali – che i cittadini non avvertano il «timore per il rischio di decisioni arbitrarie o imprevedibili che, in contrasto con la certezza del diritto, incidono sulla vita delle persone»¹.

In verità, quello che attualmente si persegue è la ricerca di un equilibrio per la legalità penale segnato dal superamento di quella che è stata definita “legalità legalistica” e dal riconoscimento della natura “latamente creativa” della giurisprudenza². Con questa si intende l’attività compiuta dai giudici nel dare concretezza alle fattispecie penali nel senso di adattarle ai mutamenti sopravvenuti, di fornire una lettura costituzionalmente orientata, di adeguarle ai principi dettati dal diritto eurounitario e convenzionale: l’attività ermeneutica viene, in sostanza,

¹ Il riferimento è al discorso del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione del messaggio al Parlamento pronunciato il 3 febbraio 2022, nel giorno del giuramento.

² In questi termini si esprime G. FIDELBO, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Sist. pen.*, 12/2022, 33.

chiamata a svolgere un vero e proprio ruolo di supplenza rispetto alle scelte del legislatore³.

Si osserva, infatti, che nel diritto punitivo questa esigenza diventa ancora più viva e sentita a causa di una legislazione costituita da disposizioni non sempre rispettose della chiarezza, determinatezza e precisione, di talché spetterà alla giurisprudenza segnare il confine tra ciò che è punibile e ciò che, invece, è penalmente irrilevante. Il perseguimento di questo nuovo equilibrio impone di analizzare l'applicazione delle disposizioni penali nel loro momento dinamico: l'obiettivo è quello di fornire al cittadino una doppia garanzia data, *in primis*, dalla conoscibilità della previa legge scritta e, *in secundis*, dalla possibilità di antivedere a quale orientamento interpretativo i giudici si rifaranno nell'applicazione al caso concreto.

Posando l'attenzione sull'operato della giurisprudenza, si evidenzia che sovente quest'ultima – a causa della delineata situazione segnata da un evidente *deficit* di tassatività – finisce per privilegiare la libertà interpretativa, anziché la certezza giuridica e la logica del precedente. Del resto, le accuse mosse al diritto giurisprudenziale sono quelle di aver sopperito all'inadeguatezza della legislazione rispetto ai nuovi fenomeni e alle nuove realtà operando una forzatura sul testo della disposizione e dando la stura alle c.d. fattispecie di origine giurisprudenziale.

Invero, il rischio è che la fattispecie penale finisca per destrutturarsi e cedere; e che sulle sue macerie si erga la giurisprudenza, cosicché la sagoma del giudice, anche sospinta dalle forze di matrice europea e convenzionale, finisca per incarnare le vesti, non solo – e ciò è pacifico – di interprete, ma anche – e in questo risiede l'aspetto patologico – di artefice della norma incriminatrice⁴. In uno scenario siffatto, il procedere della giurisprudenza può rivelare un individualismo tra i giudici di legittimità, laddove, invece, occorrerebbe perseguire la certezza giuridica e assicurare maggiore uniformità e prevedibilità senza, tuttavia, rinunciare al pluralismo interpretativo.

³ F. PALAZZO, *voce Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 360. L'A. osserva come il ruolo di supplenza abbia finito per condizionare persino la *forma mentis* dei giudici e non più soltanto il modo di risoluzione delle controversie.

⁴ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 22.

Non per nulla, la materia dei rapporti tra Sezioni unite e Sezioni semplici – oggi disciplinata dal nuovo comma 1-*bis* dell’art. 618 c.p.p. – è segnata da una novità per il diritto giurisprudenziale penale costituita dall’introduzione di una sorta di “vincolo del precedente” nelle sentenze delle Sezioni unite. Sicché, con la necessità di contenimento del potere dei giudici, ha acquistato valore nell’ordinamento interno uno schema che ricalca la regola dello *stare decisis*⁵: un espediente che si propone il raggiungimento di un obiettivo duplice. Da un lato, rispondere al bisogno di certezza del diritto vivente attraverso la garanzia della stabilità interpretativa⁶; dall’altro, assicurare la prevedibilità dell’intervento penale in ossequio al principio di eguaglianza sostanziale⁷.

Nel contesto attuale, caratterizzato dal nuovo volto del *nullum crimen*, si assiste, dunque, a una progressiva centralità della questione che ruota intorno al valore del precedente in omaggio alla riconoscibilità del precetto *a parte subiecti* ovvero alla oggettiva calcolabilità del diritto. Si esclude, sin d’ora, che la normativa in esame si pone in contrasto con il principio di riserva di legge e con il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge, in quanto trattasi di un vincolo relativo e non assoluto e, peraltro, interno alla Corte di cassazione. L’obbligo che consegue alla nuova disciplina implica, invero, la sola necessità di rimettere il ricorso in caso di *dissenting opinion*, non l’obbligo di conformarsi *a priori* alle decisioni emesse dalle Sezioni unite per cui, in caso di superamento del precedente, è prevista una “procedimentalizzazione del dissenso”⁸ che passa dalla devoluzione

⁵ R. RORDORF, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, V, 2017, 277.

⁶ Sulla possibilità di identificare nello *stare decisis* e nella soggezione del giudice alla legge i due principali strumenti per garantire la certezza legale, si veda F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 59. L’A. evidenzia come nella determinatezza della disposizione si ravvisi «uno strumento col quale viene ulteriormente rafforzato il legame tra il giudice e la legge».

⁷ Così, M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *Sistema penale*, 3, 2020, 63, il quale riconduce la riconoscibilità del precetto al principio di autodeterminazione desumibile dall’art. 13 Cost. Dalla possibilità per il consociato di calcolare il rischio penale anche attraverso la regola che richiama lo *stare decisis* deriva, del resto, l’implicita garanzia del principio sotteso all’art. 3, co. 2, Cost., ossia la garanzia di subire un trattamento simile dinanzi a casi simili e difforme dinanzi a casi difformi.

⁸ G. FIDELBO, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., 39.

della questione al termine della quale si avrà, come risultato, il rafforzamento del precedente ovvero la svolta giurisprudenziale e la creazione di un nuovo orientamento. Nella misura in cui risulti recuperata la funzione nomofilattica, i benefici derivanti dalla novella legislativa – nella direzione di una vincolatività “relativa” da attribuire al *decisum* delle Sezioni unite – sono tangibili in termini di sicurezza, uniformità e stabilità dell’interpretazione.

In questa prospettiva, si intendono definire le ragioni e i limiti della coesistenza, un tempo impensabile, tra cultura del precedente e riserva di legge, nella prospettiva di una giurisdizione che diventi «un’opera collettiva di tessitura del diritto»⁹.

Queste esigenze vengono rese più concrete dalla consapevolezza che la fluidità¹⁰ del diritto sia giunta a penetrare persino le mura del fortificato perimetro penalistico restituendo l’immagine di una giurisprudenza-fonte che si fa spazio negli interstizi lasciati vuoti dal legislatore. Di talché, si appalesa l’esigenza di rinsaldare il principio di legalità nella sfera punitiva al fine di scongiurare decisioni sorrette dall’arbitrio e dalla imprevedibilità, in quanto basate su precetti non chiaramente intellegibili *ex ante* e non adeguatamente prevedibili *ex post*. Del resto, è nella materia penale, più di ogni altra, che si avverte un rilievo prioritario delle prerogative di riconoscibilità, coerenza e certezza del diritto: un imperativo che scaturisce dal capovolgimento del rapporto regola-eccezione¹¹ frutto di un profluvio di leggi¹² protette da sanzioni penali che hanno ridotto le norme codicistiche a «una

⁹ M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Ann. VI, Milano, 2013, 4432, analizzando i caratteri propri della “legalità teleologica” rinvenibili anche nella materia penale.

¹⁰ Descrive la «trasfigurazione della legalità penale, da granitica a liquida», G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 1, 2014, 405.

¹¹ Aspetto ben evidenziato da A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell’era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, 83. L’A. evidenzia come il rapporto tra le norme codicistiche (la regola) e le norme di legislazione speciale (l’eccezione) sia stato capovolto a favore di queste ultime.

¹² Sull’evoluzione della “legislazione d’emergenza”, specie con riferimento alle forme di contrasto alla criminalità organizzata, si veda V. MILITELLO, *La “lotta” alla criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2020, 778 ss. Si è osservato, in argomento, come il carattere patologico della recente legislazione speciale alluvionale, testimoniato dalla mole di previsioni incriminatrici, costituisca esemplificazione della maggiore complessità

percentuale trascurabile rispetto al coacervo di incriminazioni rinvenibili nel sistema»¹³.

È, dunque, con un certo vigore che si impone – nel delineato panorama – una fase inedita, definita della “nuova legalità penale”, segnata dalla crisi della concezione tradizionale del *nullum crimen* e da una più ampia nozione che inglobi con sé anche il formante giurisprudenziale. In questa rinnovata epoca, il tentativo di contrastare la tensione verso un diritto penale totale¹⁴, testimoniato da un numero esponenziale di fattispecie incriminatrici, si è riverberato sull’opportunità di introdurre il principio di riserva di codice. Dinanzi a questo panorama, può ritenersi condivisa l’opinione secondo cui le istituzioni giudiziarie possono, anzi devono valorizzare il doppio volto della legalità che oggi si mostra nel connubio tra il profilo nazionale, a mente dell’art. 25 della Carta costituzionale e del Codice penale, da un lato, e il profilo sovranazionale segnato da accessibilità e prevedibilità della regola giuridica, dall’altro.

Il nuovo *Sollen* sulla base dell’attuale *Sein*, in questa analisi, è la riscrittura del principio di legalità alla luce della giurisprudenza delle Corti d’Europa: un confronto che si impone tra Corti, ma che avviene anche tra Carte. La problematica viene analizzata mantenendo come punto fermo la prevedibilità che si sostanzia nella possibilità di antivedere l’applicazione di una data disposizione incriminatrice, evidenziando che questo risultato è tanto più realizzabile quanto più la disposizione si presenti conforme al corollario della riserva di legge costituito dalla determinatezza e dalla tassatività.

del reale: G. LOSAPPIO, *La riforma del diritto penale. Codice e leggi penali speciali*, in *Indice pen.*, I, 2003, 118 ss.

¹³ G. INSOLERA, *Il diritto penale complementare*, in U. CURI – G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 63 e 65. In proposito, si vedano, *inter multis*, M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, 2017, 106 ss.; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, II, 2014, 1126; F. PALAZZO, *Tra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 271 ss.; C.E. PALIERO, *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1223 ss.

¹⁴ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 23 ss.

In ragione di tali premesse, è apparso necessario vagliare le declinazioni del principio di legalità, nella specie riserva di legge, irretroattività e tassatività, i profili su cui esse incidono, nonché le loro relazioni con la certezza giuridica. La riflessione si sofferma, dunque, sul *discrimen* che intercorre tra determinatezza e tassatività e, dopo averne delineato i tratti, i principi vengono raffrontati in una dimensione dinamica, non più interna alla legalità, bensì in relazione ai principi limitrofi esterni di necessaria offensività e di colpevolezza cercando di far emergere come, nel substrato degli stessi, si colga l'esigenza di calcolabilità del rischio penale. Lo studio, non si limita ad offrire una lente unicamente proiettata sulla figura del reo, ma analizza altresì quella, per certi versi dimenticata, della vittima, a riprova di come il concetto del diritto prevedibile interessi tanto il soggetto attivo del reato, quanto il soggetto che subisce l'offesa.

La ricerca prosegue intrecciando la certezza del diritto con i significati della pena, inserendo il principio *de quo* nel prisma della funzione general-preventiva, al fine di valorizzare l'approccio teleologico della determinatezza/tassatività all'idea stessa della coazione psicologica connessa a quella di prevedibilità e, dunque, di conoscibilità del precetto.

Nel confronto con le fonti multivello si impone, poi, il distinguo tra la legalità formale e la legalità in senso sostanziale, cogliendo quella che può considerarsi la prospettiva futura. Del resto, è anche grazie allo sviluppo dell'accezione sostanziale di legalità che la prevedibilità assume a protagonista del dibattito penalistico¹⁵. In particolare, in ossequio a questa concezione, qualora al momento del fatto sia assicurata all'individuo la conoscibilità – anche per il tramite dell'interpretazione – del contenuto del precetto, la prevedibilità può dirsi assicurata e, dunque, lo Stato firmatario è considerato allineato alle garanzie convenzionali. Da un esame più attento della questione, questa premessa, all'apparenza lucida, non sempre appare uniforme. Invero, la giurisprudenza di Strasburgo pare seguire un andamento ondivago, nel senso che i criteri utilizzati al metro dell'art. 7 Cedu vengono talvolta ancorati a *status* soggettivi e qualità personali e professionali del ricorrente, in altri casi, invece, diventa dirimente il parametro squisitamente

¹⁵ Cfr. F. MAZZACUVA, *Art. 7*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Torino, 2022, 301.

oggettivo. Dunque, se gli scopi che la prospettiva sovranazionale persegue sono chiari, non altrettanto può dirsi circa il *quomodo*, ossia a quali condizioni l'ordinamento nazionale si ponga in linea con il dettato della norma in parola che verifica la qualità del precetto. Si osserva, sin d'ora, che l'adesione a uno ovvero all'altro criterio non è questione meramente teorica, ma implica un risvolto pratico non di poco momento posto che è dall'adesione a tali parametri che discende lo scrutinio della normativa nazionale in punto di prevedibilità.

Quanto all'ordinamento interno, è apparso utile declinare il rapporto della Consulta con il principio di determinatezza, così da passare in rassegna gli snodi principali, attraverso le tre stagioni – della negazione, del riconoscimento e della svolta – in cui si possono articolare le relative pronunce. Una vicenda che ha infine condotto al riconoscimento del principio, dapprima negato, con una serie di corollari, secondo un percorso analogo a quanto avvenuto nella esperienza giuridica tedesca, che merita pure una analisi nella successiva indagine.

Assunta contezza della dimensione fluida del diritto, si intende sviluppare l'indagine su due binari: il primo è quello che intercetta le cause; il secondo – su cui si fonda la *pars construens* – è quello che illumina la nuova stabilità segnata dal recupero, anche sul piano applicativo, del principio di determinatezza, intercettando gli elementi di visione per il futuro atti a fornire una risposta all'interrogativo che si chiede se il rimedio debba essere ricercato “a monte” oppure “a valle”.

Muovendo da tali considerazioni, sembra doversi condividere la tesi che orienta la ricerca non tanto alla certezza assoluta del diritto quanto alla più raggiungibile ragionevole prevedibilità. La soluzione di sintesi bilanciata è quella che emerge dal nuovo scenario, nonché dal nuovo ruolo affidato al giudice ed è in questa inversione di tendenza che si impone, ad un certo punto, l'attenzione al precedente giudiziale.

Posto che accanto alla legge deve, giocoforza, annoverarsi la giurisprudenza in questo labirinto di fonti da cui può uscirsi solo tendendo il filo di Arianna, il diritto pretorio, se non vuole produrre un'applicazione caotica e imprevedibile, richiede una maggiore valorizzazione del precedente. Con la consapevolezza dei profili critici che una tale asserzione può sollevare se inserita in contesti di *civil law* (profili, peraltro, già anticipati e di cui verrà approfondita la portata nel prosieguo),

giòva premettere che la riferita valorizzazione non deve intendersi nel senso di una vincolatività assoluta, ma ha l'effetto – limitato – di creare, nel successivo giudicante, un dovere di diligenza nel conoscere il *dictum* precedente e, se è opportuno, disattenderlo secondo una scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale¹⁶. La prevedibilità della *regula iuris* applicata si può, così, percepire anche nella stabilità della giurisprudenza e, dunque, nelle decisioni, *law in action*, non solo *law in the books*.

La ricerca svolta in prospettiva comparata passa poi all'esame delle pronunce delle Corti europee nel tentativo di carpire gli aspetti di convergenza rispetto al diritto interno, ma soprattutto di individuare i tratti della riscrittura del principio del *nullum crimen sine lege* la cui formula si arricchisce dei parametri di *accessibility* e di *predictability/foreseeability*. Invero, secondo le Corti europee, che esigono la prevedibilità, una decisione giudiziale imprevedibile è ritenuta illegale, con ciò evidenziando che la prevedibilità si erge a requisito di legittimità della stessa norma penale. D'altra parte, il diritto europeo impone la stabilità e l'uniformità del prodotto normativo, che è costituito dall'integrazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale nella norma vivente¹⁷. Questo obiettivo appare quanto mai essenziale in una epoca segnata dall'espansione del formante giurisprudenziale, per cui non ci si può più accontentare del perseguimento della certezza del diritto intesa in senso tradizionale che guarda solo alla legge scritta, nel rapporto tra disposizione e norma, bensì si esige l'integrazione della prevedibilità da declinarsi anche nelle decisioni future a tutela dei diritti fondamentali sanciti dalle Carte europee.

Da questa analisi emerge, nel concreto, che pervenire alla condanna di un individuo non posto in precedenza nelle condizioni di prevedere la decisione emanata a suo carico, sotto il profilo della regola applicata, significa incorrere in una pronuncia di condanna per violazione dell'art. 7 Cedu, nonché dell'art. 49 della Carta dell'Unione. Orbene, da questa fotografia si può notare che la differenza di inquadramento teorico della prevedibilità, nel quadro nazionale e nel quadro

¹⁶ Così Sez. un. civ., 3 maggio 2019, n. 11747, § 13-14.

¹⁷ F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, 941.

europeo, è correlata al dato che il sistema italiano disegnato dalla Carta costituzionale è fondato sulla riserva di legge e sulla separazione di poteri tra *legislatio* e *iurisdictio*.

Tutto quanto premesso in linea teorica fino a questo momento trova una concretizzazione nei casi paradigmatici che dei principi informatori del presente studio – precisione e determinatezza – sono stati interessati dall’indagine. È parso utile vagliare gli episodi in cui il principio di determinatezza ha svolto un ruolo da protagonista e, segnatamente, il caso *Contrada*, la saga *Taricco* e la vicenda *De Tommaso*, in quanto costituiscono la cifra distintiva della rilettura del principio di legalità nel prisma della giurisprudenza delle Corti d’Europa.

Più in dettaglio, con *Contrada* riemerge la vicenda del concorso esterno in associazione mafiosa. La mancata definizione dei caratteri strutturali delle condotte di fiancheggiamento associativo ha condotto, difatti, la giurisprudenza a intraprendere una attività di supplenza. Di talché, dall’istituto di parte generale (concorso di persone comune), viene tipizzata, per via giudiziale, l’inedita figura del partecipe esterno attraverso il *medium* del contributo causale, compensando con il disvalore di evento un disvalore di condotta meno significativo dell’*affectio societatis*¹⁸.

In questa prospettiva, si inquadra la sentenza della Corte Edu di condanna dell’Italia nel caso *Contrada* per violazione della lettera dell’art. 7 Cedu, posto che l’incriminazione sarebbe stata pronunciata per un delitto *sine lege* ovvero con applicazione retroattiva di una norma incriminatrice non ancora esistente al tempo della condotta¹⁹. La vicenda in commento suscita interesse – oltre che per il tema della prevedibilità dell’esito giudiziario – anche per la valorizzazione del ruolo che in essa assume la legalità europea, in cui la produzione del diritto è affidata a due formanti, legislativo e giurisprudenziale, nonché il correlato tema della legalità giurisprudenziale vs la legalità legalistica. Si osserva, inoltre, che l’interesse in

¹⁸ P. SCEVI, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Torino, 2022, 35.

¹⁹ Da qui l’obbligo per lo Stato italiano di risarcire a Bruno Contrada i danni morali subiti a causa della illegittima condanna. La sentenza della Corte Edu, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ha trovato seguito nella sentenza della Cass., sez. I, 6 luglio 2017, n. 43112, in *Giur. pen.*, 21 settembre 2017.

ordine alla questione sottesa al caso *Contrada* si attualizza in ragione di due recenti arresti di legittimità (sent. 3 marzo 2020, n. 8545 e sent. 25 giugno 2020, n. 25619) che si stagliano nel panorama attuale, facendo riemergere dall'oblio il paradigma del concorso esterno, per come delineato dalle Sezioni unite del 1994, e che confermano l'evoluzione dialettica della giurisprudenza.

Un importante capitolo dei rapporti tra riserva di legge in materia penale e ordinamento dell'UE è stato, poi, scritto dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia in seguito al proficuo dialogo instaurato in occasione del c.d. caso *Taricco*. In particolare, i giudici costituzionali hanno rinvenuto nella riserva di legge un elemento essenziale dell'identità nazionale e, ergendo il *nullum crimen* a principio supremo dell'ordine impresso nella Carta fondamentale, hanno impedito al giudice comune di disapplicare la normativa nazionale in tema di prescrizione. Il giudice delle leggi, nella sentenza che segna il “finale di partita”²⁰ del caso *de quo*, imprime la radicale distinzione tra legge e interpretazione e, ponendosi in antitesi con la nozione sostanziale di cui agli articoli 7 Cedu e 49 Carta di Nizza, nonché rifuggendo dal “creazionismo giudiziario”, rafforza l'impianto della separazione dei poteri che permea l'intero assetto costituzionale.

Sulla conformazione del diritto interno alle garanzie convenzionali si è, poi, vagliata una decisione illuminata, la sentenza *De Tommaso*, che mostra particolare attenzione tanto alla prevedibilità dell'esito giudiziario quanto alla definizione tassativizzante della norma incriminatrice. Il riferimento è alla materia delle misure di prevenzione che, sebbene siano escluse dalla nozione di materia penale per l'assenza del carattere afflittivo, sono, in ogni caso, avvinte dall'obbligo di una previsione legale che abbia i caratteri di accessibilità e prevedibilità ai sensi dell'art. 2, Prot. 4, alla Cedu.

Si giunge, così, all'ultimo segmento di ricerca di questa sezione che pone in raffronto i criteri utilizzati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo da cui far discendere il giudizio di previsione/prevedibilità di determinate pronunce. Dalla comparazione dei diversi canoni utilizzati si evince come i giudici di Strasburgo non si siano sempre mostrati fedeli ai loro precedenti, di talché l'immagine che

²⁰ V. MANES, *Taricco, finale di partita*, in C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano, 2018, 407 ss.

viene fuori da questa panoramica è una Corte Edu quale Corte del caso concreto e, dunque, per definizione, non prevedibile.

L'evanescenza della prevedibilità in ordine alla rilevanza penale di un dato contegno e agli esiti giudiziari cui questa conduce ha, così, suggerito di indagare l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale, che declinano le loro funzioni financo nel settore penale con l'intento di raggiungere un grado sempre maggiore di calcolabilità anticipata. Risultato, questo, che solo l'intervento di una *machina sapiens*²¹ riesce ad assicurare. A fronte dell'incertezza cui conduce la giurisprudenza e al precipuo fine di stabilizzarla, si è indagato sulle potenzialità che offre l'automazione sfruttando le nuove tecnologie applicate al processo penale con l'intento di creare un sistema digitale che sia autonomo e, soprattutto, calcolabile²².

L'impiego di soluzioni algoritmiche, del resto, si inserisce nel quadro delineato laddove si consideri che tra gli innegabili benefici che ne possono derivare si annovera il rafforzamento della stabilità del diritto di stampo giurisprudenziale²³ e, per l'effetto, una crescente prevedibilità delle soluzioni adottate. Se è vero, come è vero, che non si può rimanere spettatori passivi dinanzi all'avanzare del progresso tecnologico, tutto questo in ambito giuridico si traduce nell'utilizzo dell'oracolo algoritmico. Del resto, gli strumenti di intelligenza artificiale sono destinati a un uso sempre più massiccio e diversificato, in quanto ad essi può essere demandata la soluzione di problemi investigativi, probatori, ma anche decisori.

E allora, posto che l'intelligenza artificiale e l'utilizzo degli algoritmi aspirano a penetrare alle radici del sistema, dovendo volgere lo sguardo alla concreta esperienza giudiziaria, è inevitabile porsi un quesito centrale nell'utilizzo dei sistemi di IA che riecheggia in questi termini: quanta speranza si può riporre nella fata matematica e qual è il confine tra l'uso e l'abuso tecnologico? Luci e ombre di questo sistema verranno analizzate nell'ambito nelle nuove frontiere della giustizia penale.

²¹ G. CANZIO, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *Cass. pen.*, 3, 2021, 798.

²² M. CATERINI, *Il giudice penale*, in *Legisl. pen.*, 2020, 2.

²³ Si rinvia, in particolare, a O. DI GIOVINE, *Il Judge-bot e le sequenze giuridiche in materia penale. AI e stabilizzazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 3, 2020, 953 ss.

L'interrogativo sotteso all'ultimo capitolo del presente lavoro concerne, infine, la possibilità di individuare tecniche normative che si mostrino maggiormente in grado di soddisfare il principio di determinatezza. Più in dettaglio, l'entrata in vigore della recente disposizione in tema di contrasto al *rave party* – con la sua tormentata vicenda in ordine alla formulazione del testo scritto – ha riportato sulla scena il vecchio dilemma. Il vaglio della disposizione di cui all'art. 434-*bis* c.p., prima, e all'art. 633-*bis* c.p., ora, impone di chiedersi se la norma in commento abbia o meno rispettato – in sede di conversione – il canone della determinatezza e precisione e, dunque, in definitiva la prevedibilità della sua applicazione. L'indagine sulla nuova versione e sulla diversa collocazione della norma *de qua* viene fatta precedere da un quadro che, in modo cursorio, mira a individuare le modalità tecniche di redazione della norma penale in vista della conformità al principio di determinatezza, che poi informerà il dibattito intorno al nuovo articolo 633-*bis* c.p.

Si osserva, al riguardo, che una norma penale imprecisa, indeterminata e non tassativa si tramuta, infatti, del tutto inevitabilmente, in un'accusa penale imprecisa, come tale foriera di sentenze di condanna palesemente ingiuste su cui, peraltro, si appuntano le censure più frequentemente formulate dalla dottrina.

CAPITOLO I

IL DIRITTO INCERTO NON È DIRITTO. LA PREVEDIBILITÀ COME CERTEZZA GIURIDICA IRRINUNCIABILE

SOMMARIO: 1. *Habent sua sidera lites*: il quesito eterno sull'imponderabile avventura processuale. – 2. Il principio di legalità come fondamento dello stato di diritto. – 2.1. I corollari del principio di legalità: riserva di legge, irretroattività e tassatività prerogative indefettibili nella calcolabilità del rischio penale. – 3. L'*ubi consistam* del principio di determinatezza e tassatività nella sua dimensione interna al principio di legalità. – 3.1. La determinatezza nel confronto con le articolazioni esterne: i principi di necessaria offensività e colpevolezza. – 4. La portata caleidoscopica della prevedibilità: l'angolo prospettico del reo e quello della vittima. – 4.1. Polisemia funzionale della pena e certezza del diritto. – 4.2. Dalla legalità formale alla legalità sostanziale. – 5. Il *revirement* della Consulta in ordine al principio *in fieri* della determinatezza-tassatività. – 5.1. La stagione della negazione. – 5.2. La fase intermedia: tassatività non vuol dire descrittività. – 5.3. La svolta: determinatezza è anche verificabilità. – 5.4. (*segue*) Il confronto con l'esperienza della Corte costituzionale tedesca: *Präziserungsgebot* e *Bestimmtheitsgebot*. Il nuovo volto della determinatezza. – 6. Il diritto penale liquido: *pars destruens* e *pars construens*. – 6.1. La ragionevole prevedibilità sostituisce l'antesignana garanzia della certezza assoluta del diritto. – 7. Il valore del precedente: argomento tra gli argomenti o nuova ossatura della certezza del diritto? I diversi gradi del *dictum* del giudice tra valenza persuasiva, influente e vincolante.

1. *HABENT SUA SIDERA LITES*: IL QUESITO ETERNO SULL'IMPONDERABILE AVVENTURA PROCESSUALE

L'indagine che ha ad oggetto il concetto di legge penale impone l'immediato richiamo al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta, certa et praevia*.

Il superiore canone, fondando la potestà punitiva esclusivamente su di una previa legge statale, si erge a presidio della certezza del diritto e, dunque, della sua

prevedibilità. Sul punto, Luigi Ferrajoli scriveva: il diritto «è certo nella misura in cui i suoi interventi sono prevedibili; e sono prevedibili solo quelli motivati da argomenti cognitivi di cui sia decidibile processualmente [...] la ‘verità formale’²⁴».

Si osserva, peraltro, che nei confronti della certezza del diritto si avverte, nel positivismo più maturo, un certo scetticismo restituendone una visione solo ideale del diritto concepito in continuo movimento, quale fattore dinamico soggetto a una inarrestabile evoluzione.

Invero, la questione che inerisce la prevedibilità o calcolabilità delle decisioni dei giudici è un quesito eterno che, dalla prospettiva di Max Weber²⁵ del 1930, ha suscitato, nel tempo, le reazioni di illustri giuristi e costituisce tuttora un tema vivacemente dibattuto. La dottrina in questo senso è divisa. Secondo taluni l’interrogativo sulla prevedibilità delle decisioni dei giudici si risolverebbe nel senso che i nuovi sistemi di valori avrebbero incrinato i dogmi della esaustività e univocità del diritto, da qui i noti inconvenienti dell’oscurità dei testi e dell’incomprensibilità del significato delle norme; di diverso avviso è, invece, chi guarda alla prevedibilità dell’esito giudiziale come un obiettivo concretamente perseguibile. Nel pensiero dei primi campeggerebbe la formula *habent sua sidera lites*, una espressione che plasticamente evidenzia il pericolo della totale imprevedibilità delle decisioni dei giudici. A questa visione fortemente scettica si contrappone la decisa professione di fede nei confronti della giustizia umana di Piero Calamandrei, secondo cui per trovare la giustizia bisogna mostrarsi fedeli; essa, come tutte le divinità, si manifesta soltanto a chi ci crede²⁶.

Incessante appare, dunque, da un lato l’impegno profuso nella ricerca della stabilità e della prevedibilità del diritto e, dall’altro, la presa d’atto della pratica impossibilità di preordinare un diritto stabile, perpetuo, immutabile e, quindi, del tutto prevedibile²⁷.

²⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma–Bari, 1989, 81.

²⁵ M. WEBER, *Economia e società*, IV, Roma, 1995, 20 ss.

²⁶ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 2008, rist. an. 1959, 38.

²⁷ N. IRTI, *L’Età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999, 130 ss.

In verità, l'aspirazione alla prevedibilità del diritto non è affatto una mistificazione, bensì un obbligo cui lo Stato non può sottrarsi. Un atteggiamento aprioristicamente rinunciatorio appare, quindi, inaccettabile.

Alla persona umana va riconosciuto, se non proprio un 'diritto alla certezza', almeno un 'diritto alla sicurezza' (che oggi si ritiene collocabile tra i c.d. diritti di terza generazione²⁸), ovvero alla ragionevolezza dell'operato del giudice, all'osservanza della regolarità delle procedure, alla correttezza del procedimento argomentativo, alla 'prevedibilità' dell'applicazione di un certo numero di principi e regole basilari²⁹.

In questo senso, si rinviene un esplicito richiamo alla teoria di Hobbes nel cui pensiero la legalità non significa libertà, ma sicurezza, in quanto la legge, vincolando i sudditi all'obbedienza, ne impedirebbe il conflitto³⁰. Un diritto alla 'sicurezza', questo, che non può essere disgiunto dal diritto di libertà all'autodeterminazione secondo le logiche attualmente seguite in Europa, dalla Corte di Giustizia: ove manchi la calcolabilità delle conseguenze del proprio agire, la persona risulta deprivata della propria libertà di autodeterminazione³¹. Del resto, il richiamato principio trova consacrazione nel diritto al 'giusto processo' ai sensi dell'art. 6 Cedu, tutelato dalla Corte Edu.

Nel contrastare o, quanto meno, contenere nei limiti del possibile l'imprevedibilità delle decisioni dei giudici, si possono evitare atteggiamenti in astratto arrendevoli, senza cadere nell'eccesso di auspicare un – peraltro utopistico – esautoramento totale dalle valutazioni discrezionali, proprio dei regimi autocratici. Tuttavia, non può mancare di rilevare come tra le “promesse non

²⁸ Il tema della sicurezza è riferito qui alla accezione particolare della sicurezza rispetto all'operato dei giudici. Il tema viene, peraltro, ripreso, nella più diffusa accezione, *infra* a nt. 39.

²⁹ Sul 'diritto alla sicurezza', v. in partic. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993.

³⁰ T. HOBBS, *Il Leviatano*, Torino, 1955.

³¹ Lo sottolinea F. PALAZZO, voce *Legalità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, dir. da S. Cassese, Milano, 2006, 3376.

mantenute” del diritto penale della modernità, il principio di determinatezza/tassatività rappresenta senz’altro l’esempio più evidente³².

2. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ COME FONDAMENTO DELLO STATO DI DIRITTO

Il principio di legalità assurge a connotato penalistico dello Stato di diritto – di cui costituisce non una mera appendice, ma il nucleo fondante ed essenziale – attraverso l’elaborazione del giurista tedesco Anselm Feuerbach, il quale rintraccia nel fine ultimo dell’ordinamento la necessità dell’origine legale della pena. Secondo il pensiero dell’illuminista, soltanto alla legge, intesa come espressione dell’intera comunità, è demandato il compito di stabilire l’*an* e il *quomodo* della minaccia penale individuando, in maniera precisa, quali condotte reprimere e con quali mezzi, sul presupposto che la nascita dello Stato miri alla pacifica convivenza dei cittadini e che la sanzione rappresenti lo strumento deterrente per realizzarla³³.

Il merito del giurista è quello di essere stato uno dei pionieri della moderna lettura del principio di determinatezza che fa riferimento alla necessità, imposta al legislatore, di incriminare fatti che possano costituire oggetto di accertamento e di prova nell’ambito del processo penale³⁴.

Il concetto si estrinseca nel principio secondo cui i fatti in assoluto impossibili da provare nel processo non possono essere assunti a oggetto di fattispecie astratte di reato. In altri termini, la fattispecie legale deve risultare verificabile empiricamente: occorre cioè che, in base alle regole della esperienza e con l’ausilio eventuale di criteri scientifici, sia consentito verificare la effettiva possibilità di realizzazione del fatto oggetto della norma penale. Questo esprime il

³² In questo senso, S. MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 11.

³³ Per un’analisi del pensiero di Feuerbach, si veda M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.

³⁴ A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, Chemnitz 1800, r.a. Aalen 1973, 12 ss.

significato della dimensione empirica della determinatezza: un fatto criminoso è, in questo senso, determinato quando risulta empiricamente provabile nel processo. Si osserva, infatti, che di fronte all'incriminazione di un fatto non empiricamente verificabile né transitabile nel mondo fenomenologico, il cittadino – posto sotto il vessillo di accuse indimostrabili – sarebbe sprovvisto di adeguati strumenti difensivi e la decisione circa la sua responsabilità verrebbe suffragata da meri elementi casuali, intuitivi ed emozionali.

Peraltro, si deve al filosofo tedesco il conio della formula *nullum crimen, nulla poena sine lege* utilizzata per valorizzare tanto il principio di tassatività – declinato sul versante dell'interpretazione – come divieto assoluto di analogia in ambito penale, quanto l'esigenza di sanzionare, con lo strumento della pena, unicamente fatti e comportamenti suscettibili di accertamento giudiziale³⁵. Del resto, appare il caso di osservare come le prime e più decise affermazioni del principio di legalità si siano avute proprio in ambito penale; ciò testimonia la ragione per cui si usa riferirsi ad esso ricorrendo alla locuzione di «stretta legalità»³⁶, a sottolineare che in questo settore dovrebbero essere molto più difficili le elusioni del principio.

Si tratta, dunque, di una delle acquisizioni fondamentali della cultura dello stato di diritto, in quanto la prima caratteristica di un sistema penale codificato dev'essere data dal rispetto della legalità e, quindi, dalla precisione delle sue disposizioni³⁷. Eppure, la chiarezza e la precisione sono spesso inquadrati come ideali; pure se accolti dal legislatore, hanno sempre rappresentato una nobile aspirazione. Per la maggior parte, gli elementi delle fattispecie penali sono più o

³⁵ Feuerbach assume una posizione meno radicale di Montesquieu e Beccaria per quanto concerne i limiti all'interpretazione, ammettendo che «il giudice possa interpretare la legge penale, secondo la sua lettera e anche secondo il suo spirito», precisando comunque che «il giudice non può però spingersi oltre il limite della lettera della legge: in particolare 'deve essere vietata qualsiasi forma di applicazione analogica della legge'. Evidenziano questi profili, tra i molti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale, I. Le fonti. Il reato: nozione struttura e sistematica*, Milano, 2001, 19.

³⁶ Cfr. G. VASSALLI, Voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, UTET, Torino, 1994, 282; R.G. DE FRANCO, Voce *Riserva di legge*, in *Nov. Dig. It.*, XVI, UTET, Torino, 1969, 107 e A. FIORELLA, Voce *Reato in generale (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 777.

³⁷ S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., 11.

meno indeterminati, connessi nei loro limiti e nella loro misura con un coefficiente di insicurezza³⁸.

Non è un caso, allora, che l'obbiettivo più realistico cui lo studioso del diritto può aspirare è proprio quella sicurezza³⁹ che, sebbene non si elevi al grado di certezza, possa, in ogni caso, rappresentare una cittadella fortificata entro cui l'individuo possa muoversi e calcolare le proprie azioni.

Il pensiero di Feuerbach ha innegabilmente risentito dell'influenza illuministica di *L'Esprit des lois* di Montesquieu⁴⁰, a cui si deve la rivelazione del principio di legalità indissolubilmente legato alle diverse forme di governo e al differente grado di separazione dei poteri⁴¹. Ne emerge un quadro in cui il giudizio appare rigorosamente circoscritto ad una incondizionata conformità al dettato normativo, in cui non vi è spazio per l'arbitrio del potere giudiziario, il cui limite consiste nella mera applicazione della norma e il suo ruolo nell'essere la *bouche de la loi*.

Una diretta filiazione teorica delle dottrine illuministiche francesi si rintraccia, inoltre, nell'opera di Cesare Beccaria, il quale nel suo trattato *Dei delitti e delle pene*, oltre a ribadire il primato del potere legislativo⁴², e la soggezione del

³⁸ Cfr. F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitati alla fine degli anni '70*, in *Quest. Crim.* 1980, 182 ove afferma che la determinatezza e tassatività vengono sempre più ad essere confinate tra i miti irraggiungibili.

³⁹ In rapporto alle complesse tematiche della sicurezza v., per tutti, A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?* in AA. VV., *La bilancia e la misura. Giustizia sicurezza riforme*, (a cura di) S. ANASTASIA e M. PALMA, Milano, 2001, 19 ss.

⁴⁰ L. MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois* (n. 9), L. XI, c. 3, Paris, 1832–1833, 84 s.: «[...] la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut. Dans un état, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir. Il faut se mettre dans l'esprit ce que c'est que l'indépendance, et ce que c'est la liberté. La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent; et si un citoyen pouvoit faire ce qu'elles défendent, il n'auroit plus de liberté, parceque les autres auroient tout de même ce pouvoir».

⁴¹ Cfr. D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, 2016, 22.

⁴² Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. Harlem, 1766, (a cura di) F. Venturi, Torino, 1981, 10. Per Beccaria, segnatamente «le sole leggi possono decretar le pene sui delitti».

giudice alla legge⁴³, ha il merito di aver valorizzato l'esigenza di leggi penali chiare e intellegibili, dando così ingresso al principio, oggi noto, di determinatezza in materia penale⁴⁴.

L'eredità dei pensatori illuminati viene successivamente difesa e riportata in auge dalla Costituente nei cui lavori preparatori emerge sensibilmente l'attenzione alla consacrazione del principio di legalità penale nella Carta costituzionale. Del resto, il già avvenuto riconoscimento del principio in parola nel Codice Rocco non era motivo sufficiente perché venisse omesso in sede costituzionale, osservando, sul punto, che è la legge penale a prendere norma dalla Costituzione e non già questa dalla prima⁴⁵. Il principio *de quo* viene così formalizzato e costituzionalizzato come uno dei pilastri delle garanzie della libertà del cittadino con l'obiettivo di metterlo al riparo dalle dinamiche mutevoli della legislazione ordinaria e indirizzare un ammonimento solenne al legislatore futuro. Peraltro, non può non considerarsi il rilievo attribuito dall'Assemblea costituente ai requisiti della norma penale, che hanno formato oggetto di dibattito nelle sedute immediatamente successive a quelle concernenti il tema della libertà personale, a riprova dell'importanza attribuita dagli stessi Costituenti ai corollari della determinatezza e precisione della norma penale. È evidente come la formalizzazione del principio di legalità penale all'interno della Carta fondamentale abbia comportato la naturale costituzionalizzazione anche dei suoi corollari, di

⁴³ Elemento centrale nella riflessione del filosofo è stata, in particolare, la sfiducia verso la magistratura circa i rischi sottesi alle interpretazioni creative dei giudici: «non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni [...]. Ciascun uomo ha il suo punto di vista; ciascun uomo in tempi differenti ne ha uno diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logia di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice con l'offesa e da tutte quelle minime forze che cangiano con l'apparenza di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo». Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit. 15.

⁴⁴ Sull'individuazione di Beccaria quale antesignano del principio di determinatezza, si veda, tra i molti, G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in AA. VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, (a cura di) S. Moccia, I, Napoli, 2002, 15; S. LARIZZA, *Cesare Beccaria e il principio di stretta necessità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2014, 2076 ss.

⁴⁵ Così l'On. U. Tupini, nella seduta del 18 settembre 1946.

talché può pacificamente ritenersi che il principio di determinatezza – sebbene non esplicitato – sia da considerarsi immanente nel sistema.

Si osserva, inoltre, che nello Stato di diritto la forma ha una importanza essenziale e, dunque, in nessun caso è possibile disattendere l'assunto secondo cui «la legge non può abbandonare la lettera perché la lettera è per essa lo spirito»⁴⁶. Lo spirito e la lettera dovranno, pertanto, corrispondere ai requisiti di legalità formale e sostanziale che lo Stato di diritto esige.

2.1. I COROLLARI DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ: RISERVA DI LEGGE, IRRETROATTIVITÀ E TASSATIVITÀ PREROGATIVE INDEFETTIBILI NELLA CALCOLABILITÀ DEL RISCHIO PENALE

L'effettività del principio di legalità penale impone che esso governi l'intero diritto e che il reato e la relativa pena siano assistiti da una solida base legale, di talché la prevedibilità della decisione giudiziale venga valutata tanto in rapporto al reato configurabile quanto al trattamento sanzionatorio da applicarsi.

Da questo assunto è possibile inferire che la riserva di legge si sia trasformata in una più ampia riserva di diritto, in tal modo segnando il passaggio dalla legalità formale alla legalità sostanziale⁴⁷.

Volgendo lo sguardo alle articolazioni del principio di legalità, può osservarsi che queste riflettono i profili su cui esso incide: la fonte della norma penale (principio di riserva di legge); l'efficacia nel tempo (principio di irretroattività); il contenuto della previsione normativa e sanzionatoria (principio di tassatività e determinatezza).

Preliminarmente alla trattazione dei principi cristallizzati nei tre momenti, principiando dall'analisi delle fonti, giova fornire un quadro di come sia mutato il panorama tradizionale della scala piramidale caratterizzato da una «tavola chiusa» di norme di riferimento per lasciare il posto a una struttura in cui esse si dispongono

⁴⁶ Cfr. A. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe, 1965, 3; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, Köln-Berlin-Bonn-Muenchen, 1968, 162.

⁴⁷ Il riferimento è a quanto si dirà al par. 4.2.

«a rete», portando a intersecare i diversi sistemi normativi entro cui il giudice si muove come dentro un labirinto⁴⁸.

In ordine al primo profilo, la questione che involve le fonti del diritto è tradizionalmente affrontata evocando il principio di legalità, *sub specie* riserva di legge⁴⁹. La riserva di legge in materia penale sancisce il monopolio del Parlamento nella formulazione del precetto, pertanto, posta al cospetto del principio di precisione, essa intercetta l'origine della norma, mentre quest'ultimo la sua qualità. Il principio evocato si trova sancito al comma 2 dell'art. 25 Cost., il quale legittima la sola norma primaria a regolare la materia penale con esclusione dal novero di fonti di grado inferiore ad essa. Si osserva, dunque, che la garanzia – sottesa al principio di stretta legalità – che la produzione del diritto penale sia prerogativa esclusiva del potere legislativo miri a regolamentare i rapporti che intercorrono tra questo potere e quello esecutivo in modo da sottrarre a quest'ultimo la scelta di incriminazione. La ragione per cui il Costituente abbia riservato alla legge la materia penale è ampiamente condivisa e ha un fondamento sostanziale di natura politico-garantista, poiché è diretta a soddisfare un'esigenza democratica e rappresentativa⁵⁰.

Sul piano della validità della legge penale nel tempo, la legalità formale e sostanziale trovano coerente riscontro nei due principi posti a regolare la successione delle leggi penali: il principio di irretroattività della norma

⁴⁸ L'immagine è proposta da V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 1 ss. Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 45 ss.; D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, 41 ss. e 134 ss.; V. MILITELLO, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 115 ss.

⁴⁹ A. PAGLIARO, *Legge penale: principi generali*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1040 (ora in *Scritti 1956-2008*), vol. III, 321 ss.; P.G. GRASSO, *Il principio «nullum crimen sine lege» nella costituzione italiana*, Milano, 1972; G. MARINI, «*Nullum crimen, nulla poena sine lege*», in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., 343; M. TRAPANI, *Legge penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; M. PARODI GIUSINO, *Nodi problematici in tema di fonti del sistema penale*, in *Indice penale*, 2002, 433.

⁵⁰ R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, II ed., Torino, 2021, 5 ss.

incriminatrice, *rectius*, della norma in *malam partem*, e il principio di retroattività della *lex mitior*. I due principi hanno diversa valenza e diverso fondamento.

Il principio di retroattività della norma più favorevole non si collega con la libertà di autodeterminazione individuale per la ragione, peraltro ovvia, che la *lex mitior* è una legge che sopravviene alla commissione del fatto che viene commesso dall'agente sulla base della pregressa, e meno favorevole, disciplina. La copertura costituzionale del principio si rinviene, dunque, nell'art. 3 Cost., che sancisce il principio di eguaglianza e impone di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti prescindendo dalla circostanza che essi siano stati commessi in epoca successiva o antecedente l'entrata in vigore di una norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice⁵¹. La regola si basa sul dato che sarebbe irragionevole punire, o continuare a punire più gravemente, un fatto che, secondo la legge posteriore, un soggetto diverso potrà commettere impunemente o ricevendo un trattamento più lieve. Il principio di eguaglianza, tuttavia, si atteggia qui non solo a fondamento, ma anche a limite, rendendo la retroattività *in mitius* un principio suscettibile di limitazioni e deroghe che si legittimano sul piano costituzionale dalla necessità di preservare interessi, a esso contrapposti, aventi analogo rilievo.

Come anticipato, diversa è la portata e la *ratio* dello speculare principio sulla successione di norme che, più del primo, si inserisce nel quadro che lo studio mira a condurre. Invero, il divieto di retroattività della norma sfavorevole, principio assoluto e inderogabile, è strumento posto a garanzia del cittadino e, in quanto tale, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali. Nella irretroattività della norma sfavorevole si coglie, difatti, l'esigenza di preventivare le conseguenze giuridico-penali di una data condotta e, nella prospettiva che in questo ambito rileva, il principio in parola si erge a presidio del diritto di autodeterminazione dell'individuo. Appare, allora, incontroverso che esso, in tutte le sue espressioni, trovi quale referente normativo l'art. 25, co. 2 Cost. e, non solo con riferimento all'ipotesi della nuova incriminazione – su cui la formula appare calibrata –, ma anche riguardo alla modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto in precedenza incriminato.

⁵¹ Corte cost., 8 novembre 2006, n. 394, *Considerato in diritto*, § 6.4.

Coevo al principio di legalità e assurto a punto fermo del moderno stato di diritto, il principio di irretroattività costituisce il completamento logico⁵² dei principi della riserva di legge e, in particolare, di tassatività, la cui funzione garantistica della certezza giuridica sarebbe vanificata laddove i comportamenti umani si lasciassero esposti all'incognita di future incriminazioni. Letto attraverso questa lente, il principio *de quo* si ascrive nel più generale canone del *favor libertatis*, in quanto dà al cittadino la sicurezza – a fronte del mutare delle scelte legislative – di essere non punito o non più severamente punito per fatti che, al tempo in cui furono commessi, non erano puniti o lo erano in modo più mite.

Appare *ictu oculi* evidente che la garanzia del superiore canone sia, anzitutto, antivedere il rischio penale, ossia evitare che questo possa diventare un rischio incalcolabile, come accadrebbe se un soggetto potesse essere punito sulla base di una norma che non esisteva al momento della commissione del fatto. Al fine di garantire la prevedibilità è, dunque, necessario che la legge che prevede il reato e che ricollega al reato determinate conseguenze esista prima della commissione del fatto. Ma ciò non basta.

A rilevare è il momento il cui il soggetto sceglie di autodeterminarsi; pertanto, nell'atto in cui decide di violare una norma penalmente rilevante quella norma non solo deve esistere e deve prevedere le relative conseguenze, ma deve esistere e deve prevederle – e qui entra in scena il corollario della tassatività – in maniera precisa e determinata, per completare quell'esigenza di preventivare le risposte sanzionatorie e autodeterminarsi rispetto ad esse.

Infatti, mentre il principio di riserva di legge attiene alle fonti, il principio di tassatività presiede alla tecnica di formulazione della legge penale. La funzione propria del canone della determinatezza, utilizzato in dottrina anche in funzione ampia comprensiva della prevedibilità o precisione, consiste – conformemente alla sua genesi storica – nell'assicurare ancora una volta la certezza, ma non tanto per esigenze puramente razionali, insite nella norma penale come norma-comando, quanto e primariamente per esigenze garantistiche.

Il valore del principio viene ben espresso da chi lo ha interposto tra la regola e l'eccezione: «finché si resta ancorati al principio di civiltà che la libertà è la regola

⁵² Così F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, II ed., 2007, 30 ss.

e la pena l'eccezione, la tassatività è un'esigenza oltre certi limiti irrinunciabile del diritto penale»⁵³.

Diretta conseguenza di tali statuizioni di principio è che al fine di permettere al destinatario della norma penale di apprezzare *a priori* le conseguenze giuridico-penali della propria condotta, le disposizioni penali debbano essere chiaramente definite, sicché la formulazione del divieto deve essere tale da consentire di distinguere nettamente tra la sfera del penalmente lecito e quella dell'illecito.

3. L'UBI CONSISTAM DEL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA E TASSATIVITÀ NELLA SUA DIMENSIONE INTERNA AL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Il principio di determinatezza della legge penale è definito come «l'ultimo e più raffinato frutto dell'evoluzione del principio di legalità»⁵⁴.

La determinatezza rappresenta una caratteristica essenziale del diritto che, quale insieme di proposizioni normative destinate a regolare l'attività dei consociati, non può operare se non in quanto conoscibile nei suoi enunciati e nei suoi significati⁵⁵. Cionondimeno, l'esigenza di determinatezza si impone nel diritto penale con una incidenza più elevata che in altri e diversi rami del diritto e questa maggiore forza sembrerebbe giustificarsi alla luce della *ratio* e della funzione del principio in parola. Il significato di norma determinata finisce per coincidere, in parte, con quello di norma tassativa, cioè di norma di cui è vietata implicitamente o espressamente l'analogia, o a contenuto vincolato, che non concede discrezionalità. Merita, in questo quadro, particolare attenzione l'individuazione delle fonti da cui inferire il superiore canone di determinatezza, atteso che non numerose appaiono quelle che si riferiscono ad esso.

⁵³ Così, F. MANTOVANI, *Op. ult. cit.*, 22.

⁵⁴ M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale* – Art. 1-84, III ed., Milano, 2004, 42.

⁵⁵ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 6 ss.

Preliminarmente appare, tuttavia, utile compiere una precisazione di ordine terminologico e operare un distinguo tra determinatezza e tassatività. Lungi dal configurare una endiadi⁵⁶, i principi menzionati si differiscono in rapporto al soggetto destinatario: se la determinatezza trova il suo interlocutore privilegiato nel legislatore; la tassatività, invece, costituisce un monito per il giudice. Formulazione e interpretazione sono i due diversi, ma al pari imprescindibili, momenti in cui trovano collocazione i superiori principi⁵⁷. Più in dettaglio, la determinatezza attiene al modo di costruzione della norma penale e risponde all'esigenza di una precisa descrizione tanto del precetto quanto della sanzione. Le norme penali risultano costituite generalmente dal *praeceptum legis* e dalla *sanctio legis*. Il precetto è il comando di tenere un certo comportamento, ovvero di compiere una determinata azione o di non fare una data cosa, mentre la sanzione è la conseguenza giuridica derivante dall'infrazione del primo⁵⁸.

La tassatività guarda, invece, agli effetti della norma determinata, imponendo all'interprete il divieto di estensione analogica in materia penale, che sfocerebbe nell'attribuzione a quest'ultimo di un potere creativo sottratto al vaglio dell'organo parlamentare⁵⁹.

⁵⁶ Di frequente i termini *determinatezza* e *tassatività*, stante la loro complementarità, sono stati utilizzati come sinonimi; in tal senso F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, XI ed., Padova, 2020, 60 ss.. Il principio di tassatività, nella sua interezza, postula quello di determinatezza, senza la quale si avrebbe la c.d. analogia anticipata. Esso, quindi, può essere utilizzato nel semplificante significato, onnicomprensivo ed unitario, ed in esso può essere riassorbita anche la distinzione tra *precisione* intesa come descrizione intelligibile della fattispecie astratta e *determinatezza*, ovvero la rispondenza dei fatti descritti alla fenomenologia della realtà e, pertanto, accertabili processualmente sulla base delle massime di scienza ed esperienza. Il fatto è tassativo in quanto determinato ed è determinato in quanto intellegibile ed è intellegibile in quanto appartenente al mondo reale. Il riferimento contestuale a entrambi i termini è ritenuto corretto da S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., 13.

⁵⁷ L'estrema difficoltà di precisare i rapporti intercorrenti tra formulazione e interpretazione ha condotto parte della dottrina a spostare l'accento del risultato ultimo e, dunque, delle pretese del principio di determinatezza indirizzandolo non più al momento legislativo, bensì a quello interpretativo, risultandone mutato anche il destinatario del precetto. Sul duplice contenuto, nei confronti del legislatore e dell'interprete, v. W. NAUCKE, *Strafrecht: eine Einführung*, Frankfurt a. M., 1975, 74.

⁵⁸ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 55.

⁵⁹ M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, 154; si veda anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L.

Tassatività e determinatezza sembrerebbero, dunque, porsi in un rapporto c.d. di “sintomaticità” nel senso che la descrizione di una fattispecie in termini chiari e precisi sarebbe il sintomo, l’indizio di un implicito divieto di applicazione analogica⁶⁰.

Questa presunzione, di natura *iuris tantum*, origina dal dato che la definizione del campo di applicazione e, dunque, dei confini e limiti di attuazione di una fattispecie è direttamente proporzionale al grado di precisione della descrizione della stessa. Non sembra, allora, infondato ritenere che se è indubbio che un obbligo costituzionale di determinatezza comporti un divieto di analogia; viceversa, un obbligo costituzionale di tassatività – anche se costituisce indizio dell’obbligo di determinatezza – non necessariamente lo implica⁶¹. Ne consegue che può aversi tassatività senza necessaria determinatezza e che, pertanto, il precetto di determinatezza sembra avere un contenuto più ampio di quello di tassatività: ricomprende quest’ultimo, ma in esso non si esaurisce.

I referenti normativi dei principi di determinatezza del reato si rinvengono solo implicitamente all’art. 25, comma 2, Cost., mentre essi trovano oggetto di una più immediata ed esplicita menzione all’art. 1 c.p. in cui si statuisce che «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* preveduto dalla legge come reato, né con pene che non siano da essa stabilite», ovvero all’art. 199 c.p. che ripropone il termine *espressamente* nella formula «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano *espressamente* stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla stessa legge preveduti».

La locuzione utilizzata ha il senso di vietare in modo categorico l’istituto dell’analogia nell’interpretazione della legge penale.

GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2021, 65 e ss.; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2012, 19.

⁶⁰ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 10 ss.

⁶¹ *Ibidem*, 13, per il quale la determinatezza implica la tassatività, intesa quale procedimento esegetico “indeterminato”; mentre la tassatività non implica determinatezza, sebbene ne costituisca un indizio. All’opposto, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 59 evidenzia l’asimmetria dei rapporti di reciprocità: la determinatezza non implica la tassatività; mentre la tassatività, vista come divieto di analogia anticipata, implica la determinatezza.

Mentre nella Costituzione tedesca il *Bestimmtheitsgrundsatz* viene sancito *expressis verbis*, nella nostra Carta costituzionale il riferimento è solo indiretto e, peraltro, manchevole di quella prerogativa che impone che la legge provveda *espressamente*; requisito, invece, presente nel Codice Rocco.

Un riferimento costituzionale implicito è ancora previsto all'art. 13 co. 2 Cost., a norma del quale «Non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione, o perquisizione, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge».

Ancora, l'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale recita «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

Beninteso, il divieto di analogia che emerge dalle disposizioni richiamate in precedenza ha la pretesa di essere osservato solo in rapporto a disposizioni formulate in maniera determinata, poiché unicamente in questi casi è possibile un'interpretazione tassativa. Si evidenzia, difatti, che qualora le norme siano formulate in maniera generica, sarà difficile non ricorrere al procedimento analogico che rende labile il confine tra interpretazione e creazione della norma⁶².

Orbene, le considerazioni di sistema sopra svolte non hanno lasciato indifferente la dottrina sull'interrogativo di una costituzionalizzazione del principio in parola. Un dubbio al riguardo potrebbe avanzarsi rivolgendo l'attenzione all'utilizzo della locuzione «se non in forza di una legge» contenuta all'art. 25 Cost., in luogo dell'avverbio, decisamente più pregnante, «espressamente» che figura all'art. 1 c.p.

A fugare ogni dubbio, la dottrina più attenta ha osservato che la mancanza di tale locuzione non può, in alcun modo, implicare la rinuncia della Costituzione repubblicana a un corollario tanto importante del principio di legalità; apparirebbe, pertanto, incongruo avallare una simile supposizione⁶³.

⁶² Cfr. G. CONTENUTO, *Interpretazione estensiva ed analogia*, in AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 3 ss; R. RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 194 ss.

⁶³ T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., 30.

Non può sottacersi, affrontando peraltro il tema della precisione enunciativa, che le due disposizioni, di cui al primo e secondo capoverso dell'art. 25 Cost. – che nelle intenzioni del legislatore costituente rappresentavano in modo inequivoco un accoglimento, con copertura costituzionale, del principio di legalità per tutti i rapporti penali (tanto per quelli sanzionati con pene, quanto per quelli sanzionati con misure di sicurezza) – evidentemente non brillino per chiarezza e completezza.

Del resto, sebbene l'asserita equivocità e genericità dell'articolo in esame, qualcuno non ha mancato di sottolineare come il valore effettivo del principio di legalità non è mai stato affidato alla precisione formale della sua formulazione, quanto, piuttosto, alla funzione che viene ad esso riconosciuta in un dato tempo e in una data società⁶⁴.

Invero, il comma 2 dell'art. 25, nella sua formulazione letterale, potrebbe indurre a pensare a un riconoscimento del divieto di retroattività per la norma penale incriminatrice, senza tuttavia coinvolgere necessariamente il principio della riserva di legge. «In forza di una legge» sarebbe inflitta anche una punizione che trovasse la determinazione sua e dei suoi presupposti in un regolamento emanato entro l'ambito di una potestà attribuita dalla legge. E potrebbe darsi persino il caso che la legge rinviasse, per la determinazione dell'illecito penale e della rispettiva sanzione, a un contratto collettivo di lavoro, alla consuetudine o a un atto negoziale: il soggetto sarebbe punito sempre «in forza di legge»⁶⁵.

A rigore, anche il comma 3 dell'art. 25 Cost. appare imperfetto. L'articolo prevede la riserva di legge al fine di determinare gli illeciti sanzionati con misure di sicurezza, ma non menziona il medesimo principio anche a contenuto di queste ultime. Si potrebbe ritenere, dunque, che quando il fatto rientri tra i casi per cui la legge prevede una misura di sicurezza, non vi sia garanzia alcuna in ambito

⁶⁴ In questo stesso senso, K.J.A. MITTERMAIER, *Über Analogie im Strafrecht*, in *Schw. Z. Str.*, 1948, 403 ss. secondo cui il principio sarebbe compatibile tanto con l'analogia quanto con le formule elastiche sancendo, di fatto, uno svuotamento della legalità tradizionale.

⁶⁵ Profilo in questi termini evidenziato da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, V. MILITELLO - M. PARODI GIUSINO - A. SPENA (a cura di), IX ed., Milano, 2020, 44 ss.

costituzionale circa la necessità che la misura di sicurezza da adottare in concreto sia predeterminata con una legge.

Cionondimeno, i dubbi che potevano sorgere nella lettura dell'art. 25 Cost. vengono superati dalle disposizioni del Codice penale. Gli art. 1 e 199 c.p. – che sanciscono il principio di legalità, rispettivamente, per i rapporti sanzionati con pene e per i rapporti sanzionati con misure di sicurezza – hanno un chiaro valore esegetico nei confronti dell'art. 25 Cost., il quale deve essere letto in combinato disposto con i superiori articoli, di talché il suo significato da ambiguo diviene univoco nella cornice del sistema. Pertanto, senza regresso dalle superiori statuizioni, si può chiaramente ritenere che l'esigenza di determinatezza sia munita anche della copertura costituzionale attraverso il canone della irretroattività in ambito penale che ne costituisce una logica declinazione.

L'addentellato costituzionale del principio di determinatezza viene, dunque, rinvenuto nello spirito dell'art. 25 Cost.; inoltre, una interpretazione sistematica dell'intera normativa di riferimento, fa desumere il richiamo a tutti gli aspetti della legalità a cui viene conferito rango costituzionale. D'altra parte, dal combinato disposto delle norme costituzionali è chiara l'esigenza di circoscrivere la responsabilità penale per fatti, nei casi e modi previsti, riconoscibilmente, dalla legge. Al fine, dunque, di confrontarsi con norme dotate del carattere della riconoscibilità, risulta indispensabile una descrizione determinata, tassativa, delle ipotesi di reato e, più in generale, degli istituti che dispongono limitazioni alla libertà individuale⁶⁶. D'altronde, la determinatezza è una qualità, un modo di essere delle norme.

Sul punto, sembra colga nel segno l'opinione di autorevole dottrina, la quale afferma che il principio di determinatezza «tende ad evitare non l'indeterminatezza che la legge presenta rispetto al caso concreto quale conseguenza insopprimibile dei suoi caratteri di generalità e astrattezza, malattia incurabile del diritto, ma

⁶⁶ Sulla costituzionalizzazione del principio di determinatezza/tassatività si veda F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, I, Nozioni ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 251 ss., 280 ss., 290 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 25 ss.; G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., 306-307; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso*, cit., 120.

l'indeterminatezza che si manifesta già al livello del precetto generale ed astratto, precludendo di stabilire *a priori* ciò che è comandato o vietato»⁶⁷.

Intesa in questi termini, la necessaria prevedibilità dell'intera dinamica sanzionatoria passa da due momenti imprescindibili: da un lato, il *prius* della necessaria accessibilità, comprensibilità, chiarezza del precetto; dall'altro, il *posterius* di esiti giudiziari prevedibili⁶⁸.

3.1. LA DETERMINATEZZA NEL CONFRONTO CON LE ARTICOLAZIONI ESTERNE: I PRINCIPI DI NECESSARIA OFFENSIVITÀ E COLPEVOLEZZA

Operando nel terreno del rapporto tra principi costituzionali, la compiuta analisi del canone di determinatezza impone una lettura congiunta con i suoi principi limitrofi.

Invero, l'interazione virtuosa della determinatezza con i principi affini conferisce basi meno evanescenti a una legalità penale da intendersi in senso "forte"⁶⁹. I rapporti e le interferenze con i contigui principi con cui la determinatezza si fonde e si confonde attengono non solo alle articolazioni interne della legalità penale, ma anche a quelle esterne e, dunque, ai principi di offensività e colpevolezza. Sebbene sia stato solo raramente esplicitato, un'attenta analisi sul punto mostra quanto forti siano le intersezioni tra determinatezza, offensività e bene giuridico, da cui nasce l'idea di una interpretazione tassativizzante in un'ottica offensiva. Del resto, la tutela dei beni giuridici rappresenta una delle anime del principio di determinatezza⁷⁰.

⁶⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 63.

⁶⁸ A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo a un'indagine sistemica*, Napoli, 2020, 102.

⁶⁹ A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 102.

⁷⁰ D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2006, 805.

Si sottolinea che la dialettica tra offensività e legalità si coglie nel riferimento che l'art. 25, co. 2, Cost. fa al "fatto" tradizionalmente inteso come fatto materiale e offensivo. Il principio di offensività viene, difatti, ancorato al finalismo rieducativo della pena ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost., in quanto una pena applicata senza offesa o sproporzionata rispetto all'offesa si porrebbe in contrasto con la funzione rieducativa assegnata dalla Costituzione.

Il principio di offensività trova oggi consacrazione anche a livello eurounitario. In particolare, vengono in rilievo gli articoli 49, co. 3 e 52, co. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea a mente dei quali, rispettivamente, il primo prevede la proporzionalità tra reato e pena; il secondo sancisce la necessaria rispondenza delle limitazioni delle libertà fondamentali a finalità di interesse generale riconosciute dal diritto dell'Unione o all'esigenza di protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Un ruolo centrale viene, in questa sede, attribuito all'offesa penalmente rilevante e all'interesse giuridico tutelato, che, se sufficientemente determinato, funge da direttrice per pervenire a una precisazione delle condotte penalmente rilevanti, in quanto, tra tante, intercetta quelle che ne costituiscono un'offesa. Il che, detto altrimenti, concorre a segnare il passaggio, già *aliunde* ribadito, dal concetto di determinatezza a quello di determinabilità, la cui immediata conseguenza è la collocabilità della prima in una dimensione non statica e non testuale, bensì dinamica e contestuale⁷¹. In particolare, il problema dell'equilibrio tra i principi richiamati emerge in tema di discrezionalità giudiziaria in materia di quantificazione della pena. Da un lato, vi è infatti il principio di legalità che impone che le scelte circa l'*an* della responsabilità penale e il *quantum* del trattamento sanzionatorio siano demandate alle istituzioni rappresentative, richiamando il principio di determinatezza della previsione sanzionatoria. Dall'altro lato, si pone il principio di offensività inteso come altro valore costituzionale fondamentale posto a presidio dell'arbitrio del giudice. Invero, una pena è proporzionata alla concreta offensività del fatto solo se sia possibile adattare il trattamento alle caratteristiche del caso concreto e differenziare la risposta punitiva nelle situazioni difformi, evocando anche il principio di ragionevolezza. L'offensività, nella sua

⁷¹ A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit. 306.

duplice dimensione, ossia nella veste di offensività in astratto e offensività in concreto, si pone allora come vincolo rispettivamente per il legislatore e per il giudice⁷². La scissione dei due piani dell'offensività spiega l'esiguo numero di pronunce in cui la censura si muove sulla offensività in astratto: «per le ipotesi controverse tutto si risolve, purché si abbia sufficiente fantasia e fervore nel ricercare un'entità in qualche modo offendibile⁷³», in tal modo salvando la legittimità costituzionale della fattispecie e demandando al giudice il controllo in concreto. Sebbene si sia consci delle difficoltà del bene giuridico a funzionare da filtro⁷⁴, la palingenesi costituzionale di bricoliana memoria⁷⁵ dell'illecito penale concorre ad attribuire ad esso una valenza selettiva che si pone oltre quella descrittivo classificatoria. Innanzitutto, è necessario che il bene giuridico sia riconoscibile prima e indipendentemente dalla norma penale nella forma, quantomeno, di una conoscenza prepenalistica⁷⁶ e, affinché possa ad esso attribuirsi

⁷² V, per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso*, cit., 453-454 e 458. Sul fondamento, anche costituzionale del principio di necessaria offensività, M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 274 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato* (1973), in S. CANESTRARI – A. MELCHIONDA, (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I, Milano, 1997, 772 ss.; A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 213 ss.. Considerazioni critiche sulla copertura costituzionale del principio si leggono, invece, in G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, 1982, 617 ss; G. ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, 1984, II, 1689 ss.

⁷³ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 84; v., sul punto, anche F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico (1940)*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 98-99.

⁷⁴ In questa prospettiva V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 79 ss. L'Autore evidenzia le difficoltà che il bene giuridico sconta sul piano degli interessi superindividuali o nel caso di reati plurioffensivi che individuano un bene superindividuale accanto a un bene individuale, concentrando sul primo il fuoco della tutela, e annovera tra le tecniche di aggiramento del principio di offensività il ricorso a beni giuridici vaghi o indeterminati, lo schema della plurioffensività e la seriazione dei beni giuridici nella misura in cui il bene strumentale sia privo di connessione rispetto al bene finale.

⁷⁵ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato* (1973), cit., 792 ss.

⁷⁶ A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, 554.

una funzione, la teoria del bene giuridico deve valere a selezionare i beni oggetto di tutela penale fungendo da limite esterno alle scelte legislative. Da contraltare all'ancoraggio normativo, nella teoria che intenda attribuire un ruolo critico al bene giuridico, vi è l'inevitabile mutevolezza e dinamicità degli stessi beni storicamente condizionati dal contesto di riferimento⁷⁷. Indipendentemente da quanto possa riconoscersi alla teoria del bene giuridico, in questa sede rileva come le teorie volte a valorizzarne il volto costituzionale hanno avuto il pregio di disvelare le intersezioni tra determinatezza e necessaria offensività. A ben vedere, parlare di offensività senza bene giuridico sarebbe una contraddizione in termini, posto che essa mancherebbe di base strutturale⁷⁸, in quanto, essendo un concetto di relazione, il suo complemento oggetto è rappresentato necessariamente dal bene da tutelare⁷⁹. Vista, allora, la relazione intercorrente tra offensività in astratto e bene giuridico in funzione critica, non c'è da stupirsi se la crisi della teoria costituzionalmente orientata abbia comportato una involuzione della stessa offensività⁸⁰. In altri termini, il principio in parola verrebbe inteso in una accezione monolitica che si rivolge essenzialmente al giudice, ben potendo il legislatore "creare dal nulla" un certo bene/interesse attribuendo alla sua offesa rilevanza penale: il principio così inteso richiederebbe solo di accertare che, in concreto, quell'offesa si sia verificata. Ed è in questo quadro che l'offensività si trova a condividere la medesima sorte della determinatezza: «un principio che c'è ma si vede molto poco»⁸¹. Il legame dell'offensività con la legalità presenta maggiori punti di contatto con il corollario della determinatezza con cui condivide il destinatario, ossia il legislatore, e il momento in cui è chiamata ad operare, quindi la fase di posizione della norma penale. Il legame tra i due principi si coglie evidenziando come la crisi del bene

⁷⁷ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 174 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, I*, München, 2006, 32; in senso critico, M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 40 evidenzia come la mutevolezza dei beni giuridici sarebbe da ostacolo alla teorizzazione di una funzione di limite rispetto al potere dello Stato.

⁷⁸ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2013, 8.

⁷⁹ Così A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit., 328.

⁸⁰ V. MANES, *il principio di offensività*, cit., 74 ss.

⁸¹ A. MASSARO, *op. ult. cit.*, 329.

giuridico si riverberi direttamente nel *vulnus* della legalità penale e questo induce a ritenere che solo evitando categorie eccessivamente generiche di bene giuridico il principio di determinatezza non risulterebbe conculcato⁸². In questo si evidenzia l'obbligo per il legislatore di individuare beni sufficientemente determinati, al fine di scongiurare la c.d. volatilizzazione del bene giuridico e tendere, piuttosto, verso un bene giuridico riconoscibile.

La suggestione che appare interessante è che nel rapporto tra i due principi, l'offensività diventa vettore di determinatezza⁸³. In altri termini, non è la determinatezza il principio servente rispetto all'offensività, bensì è l'offensività a riempire di contenuto gli elementi di fattispecie⁸⁴. L'offensività, in questa direzione, rileva come offensività in astratto, in quanto si pone sul piano della descrizione della fattispecie e contribuisce a selezionare, in modo strumentale alla determinatezza, il novero delle condotte di rilevanza penale. Non per nulla, le questioni di legittimità costituzionale per difetto di determinatezza sono anche questioni in cui si lamenta una carenza di offensività in astratto⁸⁵.

L'altra direzione in cui pure il principio *de quo* trova luogo è nella sua accezione di offensività in concreto. In questo senso, essa non opera contestualmente alla determinatezza, ma *ex post*, dopo la fase della previsione

⁸² F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 193.

⁸³ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit. 237. L'A. osserva che determinatezza e offensività rappresentano due facce della stessa medaglia.

⁸⁴ A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit. 331.

⁸⁵ Con riferimento ai rapporti tra offensività in astratto/bene giuridico/determinatezza, l'esempio più evidente della correlazione tra i due principi è la questione di legittimità costituzionale, ripetutamente sollevata, in riferimento all'art. 708 c.p. che, fino alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del 1996, incriminava il possesso ingiustificato di valori. La disposizione in esame è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza n. 370/1996 con cui i giudici *a quibus* lamentavano la carenza di offensività in astratto – rappresentata dalla penalizzazione di una mera condizione personale dell'autore – e, al tempo stesso, la carenza di tassatività. La Consulta preserva, invece, l'art. 707 c.p. che incrimina il possesso ingiustificato di chiavi o grimaldelli rinvenendo in quest'ultimo una indicazione precisa del fatto punibile, evidentemente assente all'art. 708 c.p. in cui il soggetto non veniva posto nella condizione di conoscere il divieto che formava oggetto della disposizione incriminatrice.

astratta e individua una selezione di fatti inoffensivi conformi al tipo⁸⁶, o più semplicemente di carenza di offensività in concreto.

Sull'altro versante dell'analisi delle articolazioni c.d. esterne, è pacifico che tra le *rationes* tradizionalmente indicate alla base dell'art. 25, co. 2, Cost. vi sia la garanzia delle libere scelte d'azione del consociato. Orbene, rispetto al principio di precisione, l'accento – oltre che sull'origine della norma – va posto sulla qualità della stessa, che deve essere accessibile e prevedibile quanto ai suoi effetti.

Proprio il profilo della prevedibilità è posto alla base della sentenza costituzionale n. 364/1988⁸⁷, che ha enucleato il principio di colpevolezza desumendolo dal principio di personalità della pena letto attraverso il prisma della sua funzione rieducativa. Non è un caso che, valorizzando la funzione dell'art. 25 co. 2 Cost., la Corte costituzionale abbia avuto modo di portare a ulteriori conseguenze il principio di prevedibilità, desumendo, dalla *ratio* che ispira la norma *de qua*, un principio che la Costituzione non enuncia espressamente, ma che la Corte, sia pure non subito, ha ritenuto immanente nel sistema costituzionale, che è il principio di colpevolezza.

La formula costituzionale che afferma che la responsabilità penale è personale deve essere interpretata non solo, come si diceva un tempo, come divieto di responsabilità per fatto altrui, ma, come si dice pacificamente ora, come divieto di responsabilità oggettiva e, quindi, come principio di colpevolezza: la necessità che ci sia sempre un coefficiente di colpevolezza che sorregga i c.d. elementi più significativi della fattispecie penale, quelli che concorrono a delineare il significato offensivo del fatto, viene giustificata dalla Consulta sulla base di diverse argomentazioni, tra cui la principale è che in assenza del principio di colpevolezza quella libertà di autodeterminazione che la Costituzione ha ben presente – tanto da sancire il principio di irretroattività – verrebbe elusa, in quanto se si ammettesse la responsabilità oggettiva, il rischio penale diventerebbe un rischio incalcolabile e il soggetto verrebbe punito anche se il superamento della soglia che separa il

⁸⁶ F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3.

⁸⁷ Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, 699.

penalmente irrilevante dal penalmente rilevante dipendesse da circostanze casuali non riconducibili a un difetto di colpevolezza. Ne consegue che l'evento che radica o aggrava la responsabilità penale deve essere concretamente prevedibile.

Alla luce delle prefate considerazioni di sistema, ci si chiede se dal principio di colpevolezza possa ricavarsi anche un principio di inesigibilità della condotta. In altri termini, che rapporto intercorra tra colpevolezza e inesigibilità.

Sul punto, la Corte costituzionale, a partire dalle storiche sentenze del 1988, nn. 364 e 1085, poi riprese nel 2007 con riferimento all'*error aetatis*, ha affermato che il reato deve essere un fatto soggettivamente rimproverabile, quindi un fatto colpevole. L'idea di fondo, sottesa alle citate pronunce, è che la pena presuppone un rimprovero personale a carico dell'autore di un fatto tipico e antiggiuridico. Ben si comprende, allora, l'intersezione tra colpevolezza e necessaria conoscibilità della norma penale, quale presupposto per muovere l'addebito di responsabilità, con la conseguenza che la presenza di un'ignoranza inevitabile sul contenuto della legge comporti la correlativa esclusione del rimprovero ai sensi dell'art. 5 c.p.

È necessario, dunque, che gli elementi che incidono sul disvalore del fatto – ossia quegli elementi senza i quali il fatto non sarebbe più offensivo o quegli elementi che ne accrescono l'offensività – e da cui dipende l'*an* o il *quantum* del trattamento sanzionatorio, debbano ricondursi al soggetto agente, non solo materialmente sotto un profilo eziologico, ma anche soggettivamente, perché sorretti da un coefficiente soggettivo di rimproverabilità.

Ne discende che deve trattarsi di un soggetto nei cui confronti sia possibile muovere un addebito, in quanto denoti un atteggiamento di contrasto aperto, voluto, quindi di dolo o di trascuratezza e negligenza rispetto ai valori protetti dall'ordinamento penale. Anche da questo punto di vista, si osserva che punire il soggetto a prescindere dalla colpevolezza renderebbe il rischio penale un rischio incalcolabile e imprevedibile.

Il principio di colpevolezza, difatti, si pone anch'esso a presidio della calcolabilità del rischio penale – in questo senso riprende una funzione propria del principio di legalità – che deve essere non solo predeterminato dal legislatore in maniera precisa, prevedibile, determinata, non retroattiva, ma è anche necessario

che la condotta che determini l'assunzione del rischio penale sia una condotta rimproverabile dal punto di vista soggettivo.

La libertà d'azione del cittadino viene, infatti, rispettata solo se ciò che gli viene addossato è un fatto preveduto e voluto, o almeno evitabile con la dovuta diligenza, e solo se egli conosceva, o almeno poteva conoscere, la norma penale che ha violato. In questo senso, in rapporto al *nullum crimen*, gli stessi giudici costituzionali hanno sostenuto che la colpevolezza non “completa”, piuttosto «costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità vigente in ogni Stato di diritto»⁸⁸.

Se il soggetto potesse incorrere nella sanzione penale anche per circostanze casuali che prescindano dalla colpevolezza, il rischio penale diventerebbe una scure che si abbatte sul soggetto in maniera incalcolabile. E questo impedirebbe di programmare la propria esistenza, mettendola a riparo da ingiustificati rischi penali.

Nei tracciati della giurisprudenza costituzionale, il principio della responsabilità personale e colpevole ha subito una profonda evoluzione. Dalla sua accezione minimale si è giunti, così, all'accoglimento del principio di colpevolezza a far data dalla storica pronuncia sopracitata, le cui argomentazioni più forti si poggiano sull'art. 27, comma 3, Cost.

Argomentando *a contrario*, e dunque prescindendo dal superiore canone, si osserva che la funzione rieducativa della pena verrebbe frustrata in radice dall'irrogazione di una sanzione avulsa dalla rimproverabilità soggettiva del fatto addebitato. Il fatto proprio, dunque, va letto e interpretato non solo come quel fatto che risulta collegato al soggetto da un mero nesso di causalità materiale, ma anche dal momento subiettivo. La funzione rieducativa della pena postula, dunque,

⁸⁸ Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, *Considerato in diritto*, § 8. Per quanto riguarda i rapporti tra principio di colpevolezza e funzione retributiva della pena, si veda S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1720-1753. Di recente, sui rapporti tra il polo della legalità e la colpevolezza, M. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali della materia penale*, Bologna, 2020, 95 ss. Per approfondire i rapporti tra *nullum crimen* e colpevolezza nella prospettiva dei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale, si rinvia fin d'ora a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 236 ss.

almeno la colpa dell'agente imponendo che gli elementi più significativi della fattispecie tipica debbano essere sorretti da un coefficiente, pur minimo, di colpevolezza⁸⁹.

4. LA PORTATA CALEIDOSCOPICA DELLA PREVEDIBILITÀ: L'ANGOLO PROSPETTICO DEL REO E QUELLO DELLA VITTIMA

Il principio di determinatezza, sebbene nelle sue intenzioni nasca per delimitare la fattispecie penale e l'interpretazione giudiziale, sembrerebbe essere il più indeterminato tra i corollari della legalità. Si potrebbe fornire di esso l'immagine di un principio perennemente sospeso tra la disposizione e la norma⁹⁰.

L'angolo visuale dal quale viene trattata la questione in esame è pressoché universalmente orientato sulla prospettiva del potenziale reo; d'altronde, quest'ultimo è il soggetto chiamato in prima persona a valutare la misura della prevedibilità della decisione giudiziale. Cionondimeno, la prevedibilità può essere osservata anche attraverso gli occhi della vittima.

A ben vedere, le aspettative da stabilizzare non sono solo quelle del soggetto che si rende autore di certi delitti, quanto anche quelle di colui che li subisce. In altri termini, la possibilità di calcolare la reazione dell'ordinamento tale per cui data una certa azione, ne scaturisca una certa conseguenza, è un sillogismo che finisce per tutelare entrambi i soggetti, tanto il soggetto attivo quanto il soggetto passivo del reato. E allora, anche la potenziale vittima deve essere messa nella condizione di fare affidamento, nell'ipotesi in cui subisca un'offesa a interessi giuridici di cui è titolare, ad una determinata reazione per il pregiudizio subito.

Va evidenziato, tuttavia, che la forma di tutela nei casi suddetti assume delle sfumature differenti. Se si intende proiettata sul lato attivo, la prevedibilità si inserisce nel prisma dell'autodeterminazione e opera quale schermatura dai rischi o dall'irrogazione di una pena a sorpresa; se si esamina la controparte passiva, il

⁸⁹ Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, *Considerato in diritto*, § 11.

⁹⁰ Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 297. L'A. evidenzia che il principio in commento segna un ponte ideale che consente di passare dalla disposizione (astrattamente considerata) alla norma (concretamente intesa).

principio collaterale che si viene chiamato in causa è la tutela dell'affidamento del soggetto offeso dal reato, che potrà conoscere in anticipo come l'ordinamento tratterà la lesione del proprio bene giuridico.

Si parla di portata caleidoscopica per mettere in luce la diversa prospettiva e i diversi significati che la prevedibilità intercetta a seconda del *focus* di volta in volta prescelto.

4.1. POLISEMIA FUNZIONALE DELLA PENA E CERTEZZA DEL DIRITTO

Come è stato notato da attenta dottrina⁹¹, oltre che al principio di riserva di legge, il principio di determinatezza si ricollega al principio della certezza del diritto penale atteso che solo le leggi chiare, precise e determinate possono conferire certezza al diritto. Secondo questa prospettiva, la determinatezza viene a configurarsi quale aspetto rilevante del rapporto che intercorre tra autorità e individuo sul presupposto che tanto più essa si attenua, tanto più l'ordinamento testimonia non sufficiente rispetto per la libertà individuale, poiché il risultato sarebbe quello di non mettere l'individuo nella condizione di orientarsi, con piena consapevolezza, nella scelta di una condotta.

Del resto, si osserva che il carattere precettivo delle norme penali, avente lo scopo di influenzare il contegno dei destinatari, passa necessariamente dalla conoscibilità delle stesse, fattore questo che costituisce *condicio sine qua non* al fine di spiegare la loro funzione precettiva e orientativa del comportamento sociale⁹².

Letto sotto questa luce, il principio in commento si inserisce nel prisma della funzione generalpreventiva della pena che, dall'ormai pacificamente riconosciuta polisemia funzionale, isola il momento della comminatoria della sanzione e della minaccia della sua irrogazione, al fine di distogliere, attraverso un precetto chiaro,

⁹¹ A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte Generale*, III, Padova, 2007, 77.

⁹² In tal senso, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2011, 141.

i consociati dal delinquere. Appare qui evidente la funzionalità di tipo teleologico della determinatezza/tassatività per la realizzazione della finalità della pena⁹³. La minaccia legale mira, per l'effetto di intimidazione, a fondare la concreta inflizione e a rendere credibile la minaccia stessa. Del resto, l'idea della coazione psicologica è connessa inscindibilmente con quella della prevedibilità, della conoscibilità e della certezza del diritto.

La pena in tanto può operare come contropinta solo in quanto essa sia determinata e prevista in rapporto a fatti precisamente descritti in una norma di legge⁹⁴. Invero, lo strumento della coazione psicologica si fonda sulla fisiologica attitudine dell'uomo a inseguire il piacere e a rifuggire il dolore, pertanto la minaccia della pena per la commissione di un fatto antiggiuridico rappresenta una forza di reazione al piacere ottenibile dalla commissione del fatto stesso⁹⁵.

Muovendo da queste premesse sulla *ratio* e sul fondamento della legge e della pena, si può agevolmente concludere che la pena e le conseguenze penali debbano essere fissati in modo chiaro, determinato ed esauriente. Il rispetto del principio di legalità esprime, come magistralmente dimostrato da Feuerbach, non solo esigenze di tipo garantistico-formale, ma anche di tipo teleologico-funzionale. Il principio di determinatezza dà, dunque, vita ad un *τέλος* di riferimento che deve informare tutte le parti del sistema penale la cui rispondenza esige di essere verificata⁹⁶. Questo quadro evidenzia che nella materia penale, in virtù della forza e della sostanza dei diritti fondamentali che vengono in rilievo, sussiste un'esigenza di regole forti, di fondamenti e, dunque, di sistema, di principi⁹⁷.

⁹³ Sull'argomento v. M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 95 ss; Cfr. F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1991, 327 ss.

⁹⁴ Sul punto, G. BETTIOL, *Il problema penale* (1948), in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, 642-643.

⁹⁵ In questo senso, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit. 89.

⁹⁶ E. BELING, *Il significato del principio «nulla poena sine lege poenali» nella determinazione dei concetti fondamentali del diritto penale*, in *Giust. Pen.* 1931, 319 ss.

⁹⁷ Per una prospettiva sul significato essenziale dei principi in diritto penale v., per tutti, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.

In sostanza, la certezza come garanzia non può che veicolarsi solo attraverso la chiarezza ed univocità delle norme, espresse in forma astratta e generale, e rispondenti ad una duplice esigenza: da un lato, estrapolare le connotazioni tipiche e universali del fatto e, dall'altro, avere come destinatari una platea indeterminata di consociati secondo il parametro dell'uguaglianza. La funzione generalpreventiva, altrimenti detto, presuppone un'esigenza di legalità⁹⁸.

Rende chiara l'idea del ruolo che assume la prevedibilità dell'esito giudiziario la riflessione che segue, in cui si evidenzia come gli elementi della legalità penale, compendiati nell'esigenza di certezza, rappresentino un profilo di primaria importanza dotato, oggi, di potenzialità garantistiche forse anche superiori rispetto al profilo democratico della legalità penale e, in particolare, «le garanzie attinenti al procedimento e le garanzie attinenti alla certezza non si trovano sullo stesso piano infatti le prime riguardano la legge *nel suo farsi*, le seconde riguardano la legge *che c'è*»⁹⁹. Questa differenza è cruciale, perché il singolo cittadino ha possibilità limitatissime di incidere sullo svolgimento delle procedure che portano all'approvazione di una legge penale, pertanto, è ragionevole immaginare che la principale e più immediata garanzia che egli si aspetti nei confronti dello strumento penale sia la conoscibilità e accessibilità della disciplina giuridica, nonché la prevedibilità delle conseguenze penali dei suoi comportamenti.

Questo significa, in termini concreti, che nell'antagonismo idealmente esistente tra esigenza di certezza ed esigenza di garanzia i consociati, destinatari diretti della norma, difficilmente parteggeranno per la garanzia a scapito della certezza. Ed è proprio in questa metaforica bilancia, che pende sul lato della certezza, che si intravede il significato della legalità convenzionale posta a presidio dei diritti dell'uomo e della preminenza del diritto certo in luogo del diritto con un *iter* procedimentale giusto.

⁹⁸ A. MASSARO, *op. ult. cit.*, 144. Per una valorizzazione del rapporto tra prevenzione generale e colpevolezza, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 29.

⁹⁹ G. PINO, *Legalità penale e Rule of Law*, in G. PINO – V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, 219.

Della certezza interessano principalmente due aspetti: certezza *a parte subiecti*, intesa come conoscibilità della norma da parte del soggetto agente; e certezza *a parte obiecti*, intesa come sicurezza che a date azioni corrispondano date sanzioni. I due concetti, sebbene l'uno di tipo soggettivo e l'altro di tipo oggettivo, risultano avvinti dalla medesimezza di *ratio*, poiché entrambi esprimono – sotto due ottiche differenti – uno strumento essenziale all'efficacia del diritto. Per vero, come è stato efficacemente sostenuto, senza certezza non esisterebbe nemmeno il diritto¹⁰⁰. Componenti essenziali di essa sono, perciò, la stabilità, l'uniformità del trattamento giuridico e la immancabilità delle conseguenze giuridiche di fatti rilevanti.

4.2. DALLA LEGALITÀ FORMALE ALLA LEGALITÀ SOSTANZIALE

La legge penale è legge dello Stato: il richiamo è, dunque, al concetto di legalità formale. Pur tuttavia, la eterointegrazione è una esigenza non eludibile tale per cui la concezione meramente formale della legge e della legalità può ormai considerarsi superata. Appare, allora, opportuno operare un distinguo tra le due accezioni di legalità, della quale si intercetta una dimensione legata alla forma e una dimensione di sostanza.

Al fine di verificare se nel nostro ordinamento trovi cittadinanza il principio di legalità inteso nel primo o nel secondo senso, la dottrina penalistica si è interrogata sull'esatta perimetrazione delle due accezioni. Sul punto, si evidenzia che una norma può essere formalmente prevista dalla legge, ma sostanzialmente incerta ed è per tale ragione che alla legalità formale viene sempre più frequentemente accostata una legalità sostanziale, ossia una legalità non solo prevista *ex lege*, ma anche certa nell'esito, sicché prevedibile. In questo nuovo significato si coglie la prospettiva della legalità penale. Le principali caratteristiche

¹⁰⁰ Cfr. N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1951, 150; P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, 62; G. FASSÒ, *Il giudice e la realtà sociale*, in *Società, legge e ragione*, Milano, 1974, 105 ss.

che di essa emergono, e che rappresentano una novità rispetto alla legalità disegnata dalla Carta costituzionale, si rinvengono nell'emersione di una legalità europea, la quale assume connotati ben diversi da quella interna, e nella crescente espansione del diritto penale giurisprudenziale¹⁰¹.

Quest'ultimo rappresenta la c.d. nuova legalità, quella che per contrapposizione alla legalità formale tradizionale verrà definita legalità sostanziale e si deve all'opera messa a punto dalle due Corti europee. Più in dettaglio, la Corte di Strasburgo, nel fornire l'interpretazione dell'art. 7 Cedu, ha accolto l'orientamento che impone i requisiti di accessibilità, nella forma della conoscibilità e di prevedibilità delle disposizioni penali. Questa Corte valorizza una legalità di tipo sostanziale rispetto a quella di tipo formale, poiché ammette – producendo effetti in ordinamenti sia di *civil law* che di *common law* – anche reati di creazione giurisprudenziale, così riconoscendo anche alla giurisprudenza il ruolo di fonte, purché questa sia prevedibile, certa e non indeterminata. Non vi è, pertanto, nella legalità europea una riserva di legge, né assoluta né relativa, al pari di quella che vige nel sistema italiano, in cui la legalità formale è imposta dalla Costituzione¹⁰².

Più nello specifico, secondo il modello da noi costituzionalmente imposto, il precetto non solo deve essere determinato, ma deve anche essere scritto, cioè promanare dal legislatore. Ne deriva che una legge non può essere creata dalla giurisprudenza, in quanto il principio di riserva di legge non funge soltanto da

¹⁰¹ E. LUPO, *Prospettive della legalità penale*, in *Sist. Pen.*, 12/2022, 105. L'A. evidenzia la chiara connessione tra le due caratteristiche nella misura in cui si evidenzia come la legalità europea non è altro che quella disegnata dalle due Corti europee e, dunque, costituisce tipico risultato di un diritto giurisprudenziale.

¹⁰² Cfr. soprattutto A. BERNARDI, *Articolo 7 – Nessuna pena senza legge*, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 260 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 74 ss.; V. MANES, *Commento all'art. 7, § 1, Cedu*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 278 ss.; M. LANZI, *Error iuris e sistema penale*, Torino, 2018, 139 ss.; A. SANTANGELO, *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 ss.

garanzia rispetto agli abusi dell'esecutivo, ma anche da limite all'arbitrio dello stesso giudice. Questo spiega il motivo per cui se il legislatore adotta una legge indeterminata delegando il giudice a concretizzarla e a individuare, nell'ambito di questa indeterminatezza, cosa effettivamente è reato, anche qualora la giurisprudenza successiva si consolidi creando un orientamento uniforme, ciò non varrebbe a ritenere rispettato il principio di legalità formale, atteso che la regola *de qua* rimarrebbe di creazione del giudice, il quale è privo di rappresentatività e democraticità. Ne discende che il *deficit* di determinatezza, in quanto originario, è insanabile in via interpretativa¹⁰³. Laddove questo venisse permesso, si aprirebbero le porte alla supplenza giudiziaria e l'attività interpretativa del giudice tenderebbe, in quest'ottica, ad avvicinarsi a quella del legislatore abbandonando la sua veste dichiarativa e partecipando all'attività di *law making*¹⁰⁴. Il risultato finale è che il potere giudiziario dismetterebbe i panni del modello montesqueiano del "potere nullo" per rivestire quelli del "terzo gigante" che si affianca come terza entità al potere esecutivo e a quello legislativo nello schema madisoniano¹⁰⁵.

Mutatis mutandis, così come sarebbe incostituzionale delegare il Governo a introdurre il reato a mezzo di una delega indeterminata, allo stesso modo sarebbe incostituzionale creare a monte una norma non chiara e chiedere al giudice di delinearne i confini a valle. Infatti, anche laddove a seguito di questa operazione si formasse una giurisprudenza univoca, rimarrebbe il dato, inaccettabile, dell'introduzione di quel reato a opera del giudice e non del legislatore.

Una lettura costituzionalmente orientata impone, dunque, che in materia penale venga rispettata una esigenza di indispensabilità della *lex scripta*: la regola penale deve essere determinata sin dalla sua formulazione nella legge scritta, non può essere creata dal giudice, in quanto la riserva di legge si pone come garanzia anche rispetto al potere giurisdizionale e non solo al potere esecutivo.

¹⁰³ P. SCEVI, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, cit., 69.

¹⁰⁴ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 14.

¹⁰⁵ G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in G. PITRUZZELLA – O. POLLICINO – M. BASSINI (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019, 7.

Diversa declinazione del principio è la legalità in senso sostanziale, intesa come prevedibilità: prevedibile deve essere la norma come applicata *in action* e non quella astrattamente prevista *in the books*.

In ragione della diversità di significato che assumono le due accezioni di legalità e della loro indipendenza, la legalità sostanziale potrebbe mancare nonostante la legalità formale, ovvero potrebbe esserci pur in assenza della seconda. È quello che accade negli ordinamenti di *common law* in cui esistono i reati di creazione giurisprudenziale, ossia reati in cui è la giurisprudenza che, attraverso le sue sentenze e il c.d. *stare decisis*, assume la rilevanza penale delle condotte. Per la Corte Edu, la quale – come ricordato – accoglie un principio di legalità in senso sostanziale, legalità è semplicemente prevedibilità, comunque si raggiunga e qualunque sia la fonte. Ciò che rileva è la sola previsione della sanzione come conseguenza di certi comportamenti. Questa concezione di legalità penale non richiede che la predisposizione dei reati e delle pene costituisca una scelta del Parlamento “accontentandosi” che, nel concreto, venga rispettata la sola prevedibilità¹⁰⁶.

Tale visione, inizialmente affermata dalla Corte Edu, viene, inoltre, recepita dalla Corte di Lussemburgo nell’interpretazione dell’art. 49, co. 1, della Carta dei

¹⁰⁶ Efficaci, in tal senso, le considerazioni che è dato leggere in A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale*, cit., 98 ss., in cui si evidenzia come la legalità nel *civil law* è tradizionalmente correlata alla *lex parlamentaria*; per i *common lawyers*, invece, essa è garanzia giudiziale. L’A., valorizzando la stessa formulazione dell’art. 7 Cedu, osserva che «tale disposizione, nel sancire il principio di legalità convenzionale, già in rubrica, col “*Nulla poena sine lege*”, opera un riferimento al brocardo latino della legalità *tendenziosamente tronco*, eludendo ogni riferimento al *crimen*. Lo strabico *focus* alla sola pena è grave indizio del preminente rilievo assegnato alla legalità *in action*». Emerge chiara la pendenza del piano convenzionale verso la signoria del giudizio *law-making* e, pertanto, del vincolo dello *stare decisis*: cfr. M. DONINI, *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2016, 5, 1853 ss., in cui si afferma l’ascesa del diritto giurisprudenziale verso il rango di “fonte”; V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 969, il quale sottolinea come il potere giudiziario da corifeo, sembra essere divenuto co-protagonista della legalità. Per approfondimenti, *ex plurimis*, O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 5 novembre 2012.

diritti fondamentali dell'UE¹⁰⁷. Di talché, risulta giustificato riferirsi in maniera generale alla legalità europea, senza distinguere nell'ambito delle stesse, in ragione di una piena conformità tra legalità penale secondo la Cedu e legalità penale secondo l'Unione europea.

Tutto quanto esposto non può, tuttavia, indurre a ritenere che nei sistemi di *common law* non sia rispettato il principio di legalità *lato sensu* inteso. Si potrebbe affermare, piuttosto, che, più che quello della riserva di legge, i corollari maggiormente garantiti siano la irretroattività e la determinatezza e che la certezza del diritto, la conoscibilità dello stesso e la prevedibilità della decisione, in assenza di norme scritte (*rectius*: in presenza anche di norme non scritte) siano garantite dal principio dello *stare decisis*, che vincola i giudici successivi ad uniformarsi alle decisioni dei giudici superiori. A rilevare, dunque, non è la fonte, ma la garanzia della qualità del diritto, nella specie la sua certezza, non importa quale ne sia il mezzo.

Nella c.d. legalità convenzionale il ruolo di primo piano svolto dalla conoscibilità della norma e dalla prevedibilità della sua applicazione viene testimoniato dal dato che «primo fondamentale corollario [è che] la garanzia dell'irretroattività si applica anche al diritto giurisprudenziale»¹⁰⁸ tanto con riferimento a una “nuova interpretazione”, quanto con riguardo a un mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Del resto, il sistema Cedu, che ritiene ammissibile anche un reato frutto di elaborazione giurisprudenziale, non ammette che una legge preveda un reato rispetto al quale la giurisprudenza si mostri talmente incerta da non garantire la prevedibilità. Di contro, l'ordinamento italiano impone che la legalità penale non sia solo prevedibilità dell'esito applicativo, ma anche prevedibilità *ab origine*, la quale dovrà ricavarsi dalla determinatezza della *lex*

¹⁰⁷ Si cita la recente pronuncia della Corte di Giustizia, I Sez., 11 giugno 2020, C-634/18, § 47-52 in cui è stata ritenuta non contrastante con il principio di legalità penale la legge polacca che considera reato la detenzione di un *rilevante quantitativo di prodotti stupefacenti o di sostanze psicotrope*, e rimette caso per caso, l'interpretazione di questa nozione alla valutazione di giudici nazionali, purché detta valutazione soddisfi il requisito della prevedibilità.

¹⁰⁸ Cfr. V. MANES, *Commento all'art. 7, § 1, Cedu*, in BARTOLE – DE SENA – ZAGREBELSKY, (a cura di) *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 257 ss.

scripta. Non solo prevedibilità dell'esito – che potrebbe essere assicurata anche da una giurisprudenza uniforme che si impadronisce di una legge indeterminata riuscendone a farne un'applicazione univoca – ma soprattutto priorità della *lex scripta* affinché ciò che è reato venga predeterminato dalla stessa legge.

Le delineate differenze tra la legalità penale europea e quella nazionale non impediscono, tuttavia, di tendere all'obiettivo dell'integrazione delle due, le quali non devono intendersi come alternative, bensì come complementari l'una rispetto all'altra. Da un lato, la riserva di legge, che connota unicamente la legalità nazionale, guarda alla sola certezza e determinatezza dell'enunciato normativo; dall'altro l'accessibilità e la prevedibilità, che connotano la legalità europea, si pongono nell'ottica della norma per come vive, ossia per come interpretata e applicata, e non per come è scritta¹⁰⁹.

Invero, l'esigenza di fondere due sistemi differenti comporta la necessità di valorizzare taluni aspetti rispetto a quelli tipici del singolo sistema; per tale ragione, la Corte europea dei diritti dell'uomo si pone a difesa dei diritti fondamentali e delle libertà dell'individuo elaborando un requisito minimo di qualità della legge – utilizzando contenuti “astorici”, quali l'accessibilità e la prevedibilità – che consiste nella ragionevole conoscibilità delle norme e nella ragionevole previsione della loro applicazione¹¹⁰.

Volendo fornire una immagine plastica, la legalità così intesa si potrebbe raffigurare come un Giano bifronte le cui teste sono rappresentate una dal corollario della accessibilità/conoscibilità della base legale dell'incriminazione e l'altra dal corollario della prevedibilità dell'esito giudiziario. A collegare al corpo l'una testa, il principio di colpevolezza; alla base dell'altra, il principio di irretroattività. D'altra parte, operando un parallelismo con le fonti sovranazionali, l'accezione minima dell'art. 7 Cedu è rappresentata proprio dal principio di irretroattività, l'unico ad essere formalizzato in modo esplicito, sebbene la dottrina e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo consacrino nello stesso il principio di legalità nelle sue diverse

¹⁰⁹ E. LUPO, *Prospettive della legalità penale*, cit., 108.

¹¹⁰ Così, V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento e (per il giudice) penale interno*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 35.

declinazioni, ampliandone così il significato¹¹¹. Inoltre, l'articolo in parola è considerato “*an essential element of the rule of law*” e contribuisce a formare il c.d. zoccolo duro della Convenzione¹¹² che, come tale, non ammette deroghe.

Aver rilevato che la legalità europea non si sostituisce alla garanzia nazionale, ma ad essa si aggiunge, permette di cogliere che tale integrazione risponde ai principi delle due Carte del diritto europeo¹¹³, ma, ancor di più, che essa risponde ai principi della Carta costituzionale in cui la prevedibilità trova autonomo fondamento¹¹⁴. Sebbene essa sia stata a fatica riconosciuta o persino ignorata a livello interno (come testimonia il caso *Contrada* di cui si dirà nel prosieguo¹¹⁵) perseguirla è doveroso nella misura in cui si consideri che la legalità, oggi intesa come “nuova legalità”, è un *mixtum* di legalità costituzionale e di legalità europea¹¹⁶. A segnare la differenza tra i sistemi di *civil law* da quelli di *common law*, allora, non sembra tanto essere la positivizzazione e la codificazione del diritto, quanto, piuttosto, il fondamento del principio della riserva di legge e il diverso strumento per addivenire alla certezza del diritto, intesa quale stella polare di

¹¹¹ Si vedano, tra gli altri, A. BERNARDI, “Riserva di legge” e fonti europee in materia penale, in *Annali dell'Università di Ferrara*, sez. V, vol. XX, 2006, p. 41; V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., 26 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006; R. SICURELLA, *General principles for a common criminal law framework in the Eu. A guide for legal practitioners*, Milano, 2017, 12 ss.; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 42; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 2/2008.

¹¹² Corte Edu, *Liivik c. Estonia*, 25 giugno 2009, in www.hudoc.echr.coe.int, § 92.

¹¹³ In tal senso è esplicito l'art. 53 Cedu: «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato Contraente o da altri accordi internazionali di cui tale Stato faccia parte». Disposizione di senso analogo è contenuta nell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹¹⁴ L'analisi è compiuta da F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO *et alii* (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, 228 ss.

¹¹⁵ Il riferimento è al par. 2 del Capitolo II.

¹¹⁶ E. LUPO, *Op. ult. cit.*, 109.

entrambi i sistemi. Leggendo i principi in questa nuova luce, i due sistemi appaiono più vicini o, quantomeno, meno lontani.

5. IL *REVIREMENT* DELLA CONSULTA IN ORDINE AL PRINCIPIO *IN FIERI* DELLA DETERMINATEZZA-TASSATIVITÀ

La Corte costituzionale, in ordine al riconoscimento del principio di determinatezza e dei suoi conseguenti effetti, non si è mostrata sempre fedele con sé stessa. Benché nella sua costante giurisprudenza abbia ancorato il principio all'art. 25 co. 2 Cost., la sua portata applicativa, in sede di giudizio di costituzionalità, non è stata affatto immediata. La Consulta, difatti, al fine di vagliare la determinatezza delle disposizioni incriminatrici sottoposte al suo vaglio, ha di volta in volta utilizzato criteri tra loro differenti, tanto che non appare implausibile pensare che questi criteri tanto diversi siano, in verità, l'espedito per aggirare la stessa legittimazione del principio.

L'approccio dei giudici della Consulta può essere esaminato attraverso tre stagioni che hanno segnato i passaggi principali del lento cammino che ha dovuto subire il principio di determinatezza, il quale da corollario storicamente più in ombra e più nascosto del principio di legalità acquisisce uno spazio autonomo nel panorama giuridico e inizia a vivere di luce propria.

5.1. LA STAGIONE DELLA NEGAZIONE

Il giudice delle leggi nei confronti delle questioni attinenti alla determinatezza ha mostrato solo di recente una certa sensibilità. Tradizionalmente, infatti, la posizione della Corte costituzionale è apparsa poco incline al riconoscimento di sentenze di accoglimento relative alla violazione del principio *de quo*, sebbene non manchino nell'ordinamento italiano fattispecie segnate da vaghezza e

indeterminatezza. Cionondimeno, attraverso una analisi diacronica, è possibile constatare come le sorti di questo principio e, conseguentemente, l'attenzione della giurisprudenza abbiano subito nel tempo un sostanziale mutamento¹¹⁷.

Sul punto, si è registrata in passato una duplice ritrosia, non solo del giudice costituzionale, ma anche del giudice ordinario al riconoscimento, prima teorico e poi pratico, del principio in commento. Alla timidezza del giudice ordinario nel sollevare questioni di legittimità costituzionale si affiancava il *self-restraint* della stessa Corte costituzionale che, investita della questione, ha raramente affrontato frontalmente i casi sottoposti al suo vaglio afferenti norme indeterminate per pervenire a espungerle dall'ordinamento. Essa ha, piuttosto, preferito un atteggiamento moderato atto a ricondurre la norma entro i crismi della determinatezza mediante il ricorso al diritto vivente o a sentenze interpretative di rigetto.

Le motivazioni di una simile diffidenza sono da ricondursi, *in primis*, al dato che il principio in parola sia stato maneggiato dalla giurisprudenza come in divenire che ha, prima di tutto, dovuto conquistarsi un posto nell'ordinamento giuridico e una copertura costituzionale. *In secundis*, la spiegazione si ascrive al timore delle implicazioni di un suo pieno riconoscimento, a loro volta incalcolabili, e consistenti nella obbligatoria eliminazione di tutte quelle norme definite imprecise con un evidente *vulnus* alla tutela penale¹¹⁸. Si sarebbe, dunque, scelto il male minore¹¹⁹.

¹¹⁷ Cfr. in proposito F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale*, cit., 26; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., 356 ss.

¹¹⁸ F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., 31. L'A. individua nel timore di lasciare un vuoto di tutela dei beni giuridici una delle motivazioni principali della riluttanza della magistratura ordinaria a sollevare questioni di legittimità costituzionale, più che della Corte costituzionale a demolire le norme indeterminate.

¹¹⁹ A ciò si aggiunga la remora derivante dalla oggettiva difficoltà di stabilire con precisione, in rapporto alle diverse fattispecie incriminatrici, il confine tra una sufficiente determinatezza (o indeterminatezza tollerabile) e indeterminatezza intollerabile. Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VIII ed., Bologna, 2019, 75 ss.

5.2. LA FASE INTERMEDIA: TASSATIVITÀ NON VUOL DIRE DESCRITTIVITÀ

Ad una prima fase segnata da un approccio decisamente cauto, segue un progressivo riconoscimento del principio, sebbene ancora difeso attraverso forme c.d. *soft* di interpretazione della norma indeterminata che mirano ad evitare la scure dell'incostituzionalità¹²⁰.

Gli interventi della Corte degli anni '60 sul principio di determinatezza sono tutti orientati nel senso di non ritenere conferente la copertura degli artt. 13 e 27 Cost. e nell'inaugurazione di un fenomeno esegetico che si caratterizza per il riferimento al consolidato indirizzo giurisprudenziale – *id est* il diritto vivente – quale strumento per riempire di contenuto una fattispecie *ictu oculi* indeterminata. Paradigmatica appare, in proposito, l'affermazione che segue contenuta in una decisione della Consulta: «Il principio in virtù del quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge non è attuato nella legislazione penale seguendo sempre un criterio di rigorosa descrizione del fatto»¹²¹. Appare di solare evidenza come la Corte si sia qui trincerata dietro il disconoscimento del principio di determinatezza nella sua autentica portata, in quanto timorosa di inaugurare così un incontrollabile *trend* di norme tacciate da indeterminatezza.

Bisognerà attendere la sentenza 19 febbraio 1965, n. 7¹²² per una timida inversione della stagione costituzionale nel senso di inquadrare la questione di legittimità nell'alveo dell'art. 25 Cost., con un esplicito riferimento al principio di tassatività-determinatezza. La rimessione alla Corte costituzionale afferisce il reato di abuso d'ufficio c.d. innominato, secondo la previgente formulazione dell'art. 323 c.p., che incriminava il generico comportamento illegittimo doloso di trasgressione

¹²⁰ Cfr. F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., 1993, 356; A. FALLONE, *Il principio di tassatività nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. merito*, 2008, fasc. 1, 279 ss..

¹²¹ Corte cost., 27 maggio 1961, n. 27, in *Giur. cost.* 1961, 357.

¹²² La sentenza è in *Giur. cost.*, 1965, 50.

ad un dovere di ufficio da parte del pubblico ufficiale¹²³. In altri termini, la norma puniva il pubblico ufficiale, il quale, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, avesse commesso, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge. La genericità strutturale della norma attribuiva un consistente potere discrezionale al giudice demandato a tracciare i confini tra il penalmente lecito e il penalmente rilevante.

La sentenza è degna di nota, in quanto esprime una evoluzione rispetto ai precedenti arresti giurisprudenziali, atteso che per la prima volta il principio di determinatezza viene inteso e ricompreso nell'alveo dell'art. 25 Cost. Cionondimeno, nel merito, la Corte rigetta la questione non riconoscendo l'asserita indeterminatezza della censurata fattispecie nei termini prospettati dal giudice *a quo*.

La sentenza richiamata non chiude, tuttavia la partita. Il delitto in esame verrà, difatti, interessato dapprima dalla novella del 1990, legge 26 aprile, n. 86, che sostituisce integralmente la fattispecie e, sempre sulla spinta della carenza di tassatività-determinatezza, da interventi successivi fino alla recente riforma ad opera del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito (sul punto) senza modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120¹²⁴. In particolare, l'art. 23 del

¹²³ Nell'impianto del codice del 1930, il delitto di cui all'art. 323, rubricato «abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge», rappresentava una norma di chiusura del sistema e rifletteva la convinzione che i delitti contro la pubblica amministrazione tutelassero l'interesse pubblico concernente il normale funzionamento ed il prestigio della pubblica amministrazione per ciò che concerne la probità, la fedeltà e il rispetto dovuto soprattutto dai pubblici funzionari, che la "incarnavano". Con l'entrata in vigore della Costituzione, e del suo art. 97, comma 2, parte della dottrina identifica i "veri" beni giuridici tutelati nel buon andamento e nell'imparzialità della pubblica amministrazione: il primo garantirebbe l'efficienza dell'azione amministrativa in aderenza al pubblico interesse; la seconda sarebbe posta a presidio della parità di trattamento tra tutti i cittadini, e implica il divieto di alterazione della stessa attraverso la condotta illecita dei pubblici agenti.

¹²⁴ Sulle ragioni e sugli effetti del lungo e tormentato cammino dell'abuso di ufficio, si veda la copiosa letteratura: M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema penale*, 29 luglio 2020; G.L. GATTA, *Da*

citato decreto-legge ha sostituito, all'art. 323, primo comma, del Codice penale, le parole «di norme di legge o di regolamento» con le seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»¹²⁵.

La superiore pronuncia della Corte costituzionale n. 7/1965 – che squarcia il velo di Maya sulla determinatezza – inaugura una stagione matura, sebbene ancora restia a interventi demolitori sul piano pratico, segnata dal riconoscimento della cogenza del principio e dall'operatività di un *escamotage* esegetico. Quest'ultimo mira a riconoscere nel dato testuale della norma un significato apprezzabile dalla generalità dei consociati, così evitando di espungere o modificare la fattispecie denunciata.

La prima sentenza in cui si coglie il peculiare *iter* argomentativo di questa stagione è la n. 191, 16 dicembre 1970¹²⁶, in cui la Corte analizza la legittimità costituzionale degli articoli 527, 528 e 529 c.p., concernenti le fattispecie di atti osceni e pubblicazioni e spettacoli osceni. Nel caso dell'osceno, i giudici *a quo* contestavano la valenza tautologica della definizione di “osceno” contenuta nell'art. 529 c.p., la quale avrebbe avuto portata polisignificativa, in quanto individuata in misura proporzionale al grado di sensibilità dell'organo giudicante. Ciò in palese

'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?), in *Sistema penale*, 17 luglio 2020; ID., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sistema penale*, 2 dicembre 2020; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema penale*, 20 novembre 2020; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, n. 7–8, 1 ss.; A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Legisl. pen.*, 23 agosto 2020; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9 ss.;

¹²⁵ Sul punto, Cass. Pen., Sez. VI, 9.12.2020 dep. 8.01. 2021, n. 442 «La modifica del delitto di abuso d'ufficio, intervenuta con l'art. 23 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, ha ristretto l'ambito di operatività dell'art. 323 cod. pen. determinando una parziale “abolitio criminis” in relazione alle condotte commesse prima dell'entrata in vigore della riforma mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità».

¹²⁶ La sentenza è in *Giur. cost.*, 1970, 2199.

contrasto con l'art. 25 Cost. Il principio di diritto espresso in quell'occasione dalla Consulta ebbe delle prorompenti ricadute. Segnatamente, «il principio di legalità si attua (*omissis*) in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato». Il concetto di osceno, dunque, facente parte dei c.d. valori immateriali che permeano la società è un concetto che non necessita di concretizzazione per dirsi determinato. A detta della Corte, chiunque, interprete profano od operatore tecnico, sarebbe in grado di definirne i contorni, così risolvendo – sulla base del comune sentire – il problema sulla determinatezza della norma.

Sulla stessa linea si pone la sentenza 3 marzo 1972, n. 42¹²⁷ che concerne il reato di violazione degli obblighi familiari di cui all'art. 570 c.p. L'“assistenza familiare” – concetto valoriale dai confini indeterminati – viene trattato alla stregua della nozione di “osceno”. Per vero, il legislatore, secondo i giudici *a quo*, non offriva parametri obiettivi al fine di stabilire se una determinata condotta di abbandono del nucleo familiare, o contraria all'ordine e alla morale familiare, integrasse la violazione degli obblighi di assistenza. Questo avrebbe comportato la violazione dell'art. 25 Cost. posto a presidio della determinatezza e avrebbe, inoltre, consentito ad ogni giudice di determinarsi arbitrariamente sul concetto di assistenza familiare, ponendosi così in contrasto con lo stesso art. 3 Cost.

Il problema della tassatività della fattispecie viene risolto, ancora una volta, *ab interno* ricostruendo i contorni della nozione attraverso la comune percezione e la generale comprensione di essa diffusa tra i cittadini.

La tecnica esegetica non cambia neanche quando il giudice delle leggi si è dovuto confrontare con il delicato tema afferente ai reati di opinione, con la sentenza 30 gennaio 1974, n. 20¹²⁸ che affronta il reato di vilipendio *ex art.* 290 c.p. con riferimento alla Repubblica, alle istituzioni costituzionali e alle forze armate. La Corte tornerà sul tema del vilipendio con la sentenza 8 luglio 1975, n. 188, stavolta con riferimento alla religione di Stato. Il concetto di vilipendio, al pari delle

¹²⁷ La sentenza è in *Giur. cost.*, 1972, 187.

¹²⁸ La sentenza è in *Giur. cost.*, 1974, 73.

locuzioni appena richiamate, si caratterizza per la sua endemica connotazione soggettiva, nonché per l'estrema genericità dovuta al labile confine tra libera manifestazione del pensiero, costituzionalizzata nel diritto di critica, ed estrinsecazione illecita delle proprie opinioni.

Anche in questa occasione la Corte rigetta la questione, adducendo argomentazioni che si basano sul criterio dell'interpretazione ancorata a concetti diffusi nella collettività. In particolare, la Corte afferma che non sussiste la denunciata contrarietà al principio di legalità, *sub specie* di determinatezza, delle fattispecie c.d. a forma libera che richiamano, cioè, con locuzioni generiche, ma di ovvia comprensione, concetti di comune esperienza o valori etico-sociali che sono oggettivamente accertabili dall'interprete.

In quella occasione la Corte ribadisce un importante principio che giustifica la coerenza delle richiamate pronunce della seconda stagione: tassatività non vuol dire descrittività. In questo modo, la Corte stessa resta completamente miope di fronte al grave problema della variabilità di significato che i singoli soggetti, operatori tecnici o comuni cittadini, attribuiscono ai concetti extragiuridici, a carattere etico e morale. Un atteggiamento, questo, che non può che scontrarsi irrimediabilmente con il principio di determinatezza, laddove il legislatore non offra dei parametri netti cui legare l'esegesi normativa del concetto indeterminato.

Ciononostante, in tutte le menzionate pronunce, la Corte ritiene che sia assolutamente consentito al legislatore il ricorso a nozioni proprie dell'intelligenza comune e che questo non determini, per ciò solo, un *vulnus* al canone della determinatezza, perché colmato da un apparente significato *self-evident* della norma incriminatrice.

Successivamente a queste pronunce, la Corte costituzionale prosegue con il riconoscimento in via teorica del principio di determinatezza, ma adotta la stessa tendenza volta a salvare le norme tacciate di indeterminatezza ricostruendo stavolta il significato non più tramite la consolidata conoscenza diffusasi nella collettività, bensì tramite il riferimento alla consolidata interpretazione della classe giudiziaria. Di talché, il diritto vivente, cui la Consulta ha fatto riferimento con atteggiamento conciliativo, assume il ruolo di stampella e, dunque, una funzione salvifica. Peraltro, già con la sentenza 23 giugno 1956, n. 3, la Corte costituzionale, pur

ribadendo la sua autonomia di giudizio rispetto ai precedenti giudiziari, affermava che oggetto della sua valutazione di legittimità costituzionale dovesse essere non solo la disposizione in sé, ma anche la «costante interpretazione giurisprudenziale che conferisca al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero – come è vero – che le norme sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice intesa a renderle concrete ed efficaci»¹²⁹.

Tuttavia, il diritto vivente in funzione salvifica costituisce un *novum* nel panorama giuridico, se non altro in quanto, valorizzando l'uniformità dell'interpretazione, si accosta al principio del *binding precedent*, il quale, come noto, non possiede cittadinanza nel nostro ordinamento. Si evidenzia, inoltre, che intendere il diritto vivente in chiave di difesa svuota di significato il canone stesso di determinatezza¹³⁰ sotto un duplice profilo: da un lato, consente che la *regula iuris* venga creata dalla classe giudiziaria e, dall'altro, non garantisce la necessaria chiarezza del precetto *ab origine*, poiché essa si andrebbe a collocare, come è logico, in un frangente temporale precedente al consolidarsi stesso dell'indirizzo giurisprudenziale.

La Corte in questa stagione pianta, dunque, il seme di un metodo che caratterizzerà alcune sentenze interpretative di rigetto e che si fonda sulla necessità di non considerare il singolo elemento indeterminato atomisticamente, bensì nel quadro sistematico e globale della normativa in cui è inserito e da cui può trarre significato. Questa teoria dell'interpretazione mira a valorizzare non solo il testo, ma anche il contesto.

In questo solco, il tema dei reati ambientali è uno dei più caldi in termini di contrasto tra giurisprudenza ordinaria e costituzionale sull'aspetto della determinatezza, poiché, a fronte dell'intricatissimo panorama legislativo, numerose

¹²⁹ Questo approccio risente dell'influenza esercitata dalla distinzione tra norma e disposizione, per cui si rinvia a V. CRISAFULLI, *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 195 ss. Su un'analisi approfondita dell'approccio generale della Corte costituzionale fino agli anni '80 al diritto vivente, si rinvia a G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 97 ss.

¹³⁰ A. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., 41.

sono state le difficoltà mostrate dai giudici remittenti nell'esatta delimitazione e applicazione delle norme ambientali; e altrettanto numerosi sono stati i responsi negativi opposti dal giudice costituzionale¹³¹.

A ben vedere, tale modo di procedere, portato a conseguenze paradossali, indurrebbe a concludere che l'argomento del diritto vivente sia idoneo a escludere qualsivoglia pronuncia di illegittimità costituzionale per difetto di determinatezza, attraverso il riferimento alle possibili interpretazioni che "la norma per come vive" potrebbe consolidare sul dato normativo indeterminato.

Il paradosso è evidente: la norma nasce indeterminata e si pone rimedio al suo difetto attraverso gli spazi che la stessa lascia residuare e che costituiscono il terreno privilegiato per la discrezionalità giudiziaria, che, così operando, riesce ad occupare un posto – che normalmente non le sarebbe concesso – nella genesi normativa. Peraltro, non si considerano i casi, che invece vanno valorizzati, in cui il ricorso al diritto vivente non sia sufficiente da solo a chiarire i contorni della fattispecie, in quanto è possibile – e non è raro – che la giurisprudenza non sia granitica sul punto ovvero non esista un indirizzo costante. In questi casi, allora, la Corte si è spinta a sostenere che esiste un grado di indeterminatezza tollerabile, perché fisiologica, e ciò si verifica allorché l'oscillazione dei significati ricavabile dalla norma sia, quantitativamente, trascurabile. Tuttavia, anche la trascurabilità del numero delle oscillazioni interpretative è un concetto intrinsecamente indeterminato.

Il diritto vivente assume importanza nella misura in cui non si limita a fornire una mera interpretazione del testo legislativo, ma si spinge fino a offrire una lettura stabile della disposizione tacciata da indeterminatezza. In questa ottica, non si tratta di un espediente in funzione salvifica, bensì di un diritto vivente consolidato. In altri termini, per diritto vivente (*lebendes Recht*) non si intende quello che nel pensiero di Ehrlich viene contrapposto al diritto vigente (*geltendes Recht*), che regola tutta la vita sociale e che, in quanto tale, includerebbe anche usi e consuetudini secondo una nozione ampia. L'accezione con cui il diritto vivente è stato utilizzato dalla Corte costituzionale è quella che lo identifica con il diritto giurisprudenziale, il diritto che vive nell'interpretazione dei giudici, in particolare in quello che si consolida in indirizzi interpretativi ripetuti.

¹³¹ *Ibidem*, 47.

Tra le più recenti e discusse sentenze che si inseriscono in questo filone merita particolare attenzione quella relativa alla fattispecie prevista dall'art. 434 c.p. con riferimento alla quale la Corte costituzionale nel 2008¹³², prima dell'introduzione dell'all'art. 452-*quater* c.p. ad opera della l. 22 maggio 2015, n. 68, riconduceva il disastro ambientale sotto la formula "altri disastri". Il collegamento è stato reso possibile mediante il ricorso alla fattispecie aperta e sussidiaria che, punendo la commissione di fatti diretti a cagionare il crollo di costruzioni o altri disastri dolosi, è stata utilizzata per fornire tutela a situazioni di danno ambientale fino a quel momento sprovviste di copertura penale. Nel contesto di una attività di supplenza giudiziaria, la fattispecie è stata utilizzata in materia ambientale e sanitaria grazie all'opera della giurisprudenza che ha ricondotto nella figura di "disastro innominato" gli assi valoriali dell'ambiente e della salute, cosicché da inverare, attraverso l'interpretazione estensiva, la tutela del bene giuridico ambiente¹³³.

L'opera di estensione del delitto *de quo*, realizzata per via pretoria, si coglie già dal *nomen iuris* di "disastro innominato" che lascia ben intendere l'indeterminatezza, l'inafferrabilità, nonché il carattere residuale della fattispecie. Si evidenzia, poi, che a far data dalla nota sentenza relativa al petrolchimico di Porto Marghera¹³⁴, la nozione di "macroevento", attorno a cui ruota la nozione di disastro, inizia a ricomprendere non soltanto gli accadimenti disastrosi di portata evidente che si manifestano con un forte impatto sulla realtà e si verificano in un ristretto arco temporale, ma anche eventi non immediatamente percepibili che si risolvono in un inquinamento lungo-latente e che producono una compromissione della sicurezza, della tutela alla salute, di altri valori della persona e da cui derivi un'offesa alla pubblica incolumità. Con la svolta di Porto Marghera si assiste, dunque, ad un cambio di passo della giurisprudenza.

¹³² Corte cost., 30 luglio 2008, n. 327, su cui, per tutti, G.M. FLICK, *Parere pro-veritate sulla riconducibilità del c.d. disastro ambientale all'art. 434 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1/2015, 12 ss.

¹³³ P. SCEVI, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, cit., 22.

¹³⁴ Cass., sez. IV pen., 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini, in *Cass. pen.*, 7-8/2009, 2837 ss. (Petrolchimico di Porto Marghera), con nota di E. DI SALVO, *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della cassazione sul caso "Porto Marghera"*.

La polisemia del termine “disastro” viene superata dal giudice delle leggi che, chiamato a risolvere una questione di legittimità sollevata per difetto di determinatezza-tassatività¹³⁵, fa chiarezza sul tema. Per vero, la norma in commento viene qualificata quale norma di chiusura del capo dedicato ai delitti «di comune pericolo mediante violenza» e, nell’*iter* argomentativo, la Corte supera il dubbio di costituzionalità ricavando dal diritto vivente gli elementi costitutivi dei disastri tipici, nella specie il profilo dimensionale ovvero quello della proiezione offensiva¹³⁶ che andrebbero a identificare il nocciolo duro del concetto di disastro. Il riferimento alla lettura offerta ai “disastri nominati” dal diritto vivente fa emergere un ruolo di primo piano attribuito al bene giuridico tutelato – incolumità pubblica – disinnescando, in tal modo, il potenziale di indeterminatezza della fattispecie.

Il rischio che si corre è evidente, ed è rappresentato dalla dilatazione del concetto stesso di disastro¹³⁷ corrispondente a un’analogia implicita e *in malam partem*¹³⁸. Nasce da qui l’esigenza di dotare l’ordinamento penale di una fattispecie di nuovo conio realmente capace di sanzionare rilevanti fenomeni di contaminazione espressamente tipizzati, qual è il disastro ambientale tipico, superando l’*horror vacui* della vecchia formulazione. Il delitto di cui all’art. 452-*quater* c.p. costituisce una delle fattispecie incriminatrici che, tra quelle introdotte con la riforma sui c.d. ecoreati, è stata maggiormente discussa rispetto al profilo della prevedibilità¹³⁹.

¹³⁵ Per una panoramica sulle critiche circa la formulazione della disposizione, sotto il profilo del mancato rispetto del canone di necessaria precisione, cfr. S. CORBETTA, *Delitti contro l’incolumità pubblica. Tomo I: I delitti di comune pericolo mediante violenza*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, diretto da Marinucci e Dolcini, Padova, 2003, 612 ss.

¹³⁶ F. GIUNTA, *I contorni del “disastro innominato” e l’ombra del “disastro ambientale” alla luce del principio di determinatezza* in *Giur. Cost.*, 2008, 3539 ss.

¹³⁷ Sul contrasto con il principio di legalità dell’orientamento giurisprudenziale del disastro ambientale costruito sul disastro innominato, cfr. A. GARGANI, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in *Legisl. pen.*, 3 febbraio 2020, 5.

¹³⁸ Sulla illegittimità delle estensioni applicative dell’art. 434 c.p., si veda M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 25.

¹³⁹ A. GARGANI, *La punizione del fatto non ancora previsto dalla legge come reato: dinamiche della tipicità tra diritto vivente e principi di garanzia*, in G.A. DE FRANCESCO

L'aspetto senza dubbio più critico afferisce al *deficit* di precisione che affligge il fatto tipico e si riverbera sull'esatta definizione dei confini applicativi delle due *figurae criminis* del disastro ambientale e della controversa figura del disastro innominato quale fattispecie antesignana.

Non senza ragione, di essa si è detto che costituisca «una cambiale in bianco consegnata alla giurisdizione»¹⁴⁰.

5.3. LA SVOLTA: DETERMINATEZZA È ANCHE VERIFICABILITÀ

Per assistere al pieno ed effettivo riconoscimento del principio di determinatezza, non solo sotto il profilo teorico, ma anche attraverso la pronuncia di sentenze di accoglimento, bisognerà attendere gli anni '80. Si giunge, così, alla terza fase.

È con la significativa sentenza 8 giugno 1981, n. 96, in materia di plagio, art. 603 c.p., che la Corte costituzionale muta radicalmente orientamento. La pronuncia in commento rappresenta storicamente il punto di svolta nel riconoscimento di una particolare declinazione del principio di determinatezza, *i.e.* la provabilità giudiziaria. Invero, la determinatezza, come visto sopra, impone la predisposizione di fattispecie normative che siano lessicalmente intellegibili e riferite a ipotesi circoscritte che facciano, altresì, riferimento a fenomeni la cui realizzabilità possa essere accertata tramite criteri verificabili. Più in dettaglio, nel dichiarare l'incostituzionalità della disposizione di cui all'art. 603 c.p., la Corte afferma che la fattispecie di plagio rappresenta una ipotesi di reato «non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato», dichiarando che il legislatore ha l'obbligo di «formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico

– A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Atti del Convegno di Pisa (8-9 maggio 2015), Milano, 2017, 267. L'A. osserva come la fattispecie di nuovo conio, a cagione della sua indeterminatezza, sia una «disposizione malferma e di ardua decifrazione».

¹⁴⁰ F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, Pisa, 2019, 27.

della chiarezza e della intellegibilità dei termini impiegati nonché suscettibili di accertamento giurisprudenziale»¹⁴¹.

Onere della legge penale è, dunque, la determinatezza in termini di precisione affinché possa avvenire la corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, in ossequio alla *ratio* dell'art. 25 della Carta costituzionale. Questo significa – e qui è evidente l'influsso del pensiero di Feuerbach – che la norma deve riferirsi a fenomeni non solo rispondenti alla realtà, ma che siano anche razionalmente accertabili, con la conseguenza che il legislatore non può sottoporre a pena ciò che, in concreto, non possa essere provato.

Invero, con riferimento al fenomeno giuridico del plagio, non si conoscono né sono accertabili i modi in cui si può effettuare l'azione psichica richiesta per l'integrazione della norma consistente nella sottoposizione al proprio potere, né tantomeno come sia raggiungibile il totale stato di soggezione che lo qualifica. A ciò si aggiunga che non è reso noto se per l'esistenza dello stato medesimo sia necessaria la continuità dell'azione plagiante o se il suo venire meno farebbe cessare lo stato di totale soggezione del plagiato. Non è dato, pertanto, conoscere se l'effetto dell'azione plagiante sia permanente e duraturo o se può venir meno in qualunque momento per volontà del plagiante o per altre cause.

Per queste ragioni, il reato di plagio viene dichiarato costituzionalmente illegittimo per contrasto al principio di tassatività della fattispecie contenuto nella riserva assoluta di legge in materia penale. La stessa Corte ha più volte espresso che alla base del principio invocato risiede, in primo luogo, l'intento di evitare arbitri nell'applicazione di misure limitative di quel bene sommo ed inviolabile costituito dalla libertà personale.

Pertanto, nella dizione dell'art. 25 Cost., che impone la formulazione di norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e

¹⁴¹ Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. cost.* 1981, 806 ss.; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 1147, con nota di M. BOSCARRELLI, *A proposito del principio di "tassatività"*; e in *Giur. cost.* 1981, I, 806, con nota di P.G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato. Sui profili della determinatezza nei termini affrontati dalla Corte*, si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 94.

dell'intellegibilità dei termini impiegati, deve ritenersi implicito anche l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie che trovino rispondenza nella realtà fenomenica. Nella citata pronuncia, al fine di rinvenire un significato soddisfacente della figura giuridica del plagio, la Corte procede fornendo un *excursus* diacronico delle sue diverse accezioni che, tuttavia, all'esito risultano inappaganti e paiono offrire un'ulteriore dimostrazione che questo articolo – di per sé inapplicabile – si attualizza nella giurisprudenza e nella dottrina in forza di un'interpretazione analogica, tesa ad assimilare gli stati realizzabili di quasi totale soggezione allo stato irrealizzabile di totale soggezione. Da un esame dettagliato delle varie e contrastanti interpretazioni fornite dell'art. 603 c.p., in dottrina e giurisprudenza emerge «chiaramente l'imprecisione e l'indeterminatezza della norma, l'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale e, pertanto, l'assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione. Giustamente essa è stata paragonata a una mina vagante nel nostro ordinamento, potendo essere applicata a qualsiasi fatto che implichi dipendenza psichica di un essere umano da un altro essere umano e mancando qualsiasi sicuro parametro per accertarne l'intensità»¹⁴².

Dunque, dalla constatazione del contrasto con il principio di tassatività della fattispecie, la Corte giunge alla dichiarazione di illegittimità costituzionale – in riferimento all'art. 25 Cost. – dell'art. 603 c.p. e ad espungerlo dall'ordinamento.

5.4. (SEGUE) IL CONFRONTO CON L'ESPERIENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE TEDESCA: *PRÄZISIERUNGSGEBOT* E *BESTIMMTHEITSGEBOT*. IL NUOVO VOLTO DELLA DETERMINATEZZA

Nell'ordinamento tedesco, il principio di determinatezza, riconosciuto a livello costituzionale dall'art. 103 II GG e a livello legislativo dal § 1 StGB, ha un contenuto assimilabile a quello proprio del diritto italiano. Nel suo nucleo

¹⁴² Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. cost.* 1981, cit., § 16.

essenziale, esso garantisce che i presupposti della punibilità siano descritti in maniera tanto concreta che l'ambito applicativo e la portata della fattispecie penale emergano dalla lettera o, in ogni caso, siano accertabili mediante interpretazione¹⁴³. Anche in Germania, tuttavia, il parametro della determinatezza ha conseguito effetti pratici piuttosto modesti¹⁴⁴.

Invero, l'approccio timido ed evolutivo alla determinatezza seguito dalla Corte costituzionale italiana si rinviene, in maniera non dissimile, nell'esperienza giuridica tedesca. Più in dettaglio, si sarebbe assistito a un processo di metamorfosi giurisprudenziale: la garanzia della certezza del diritto si traduce nella prevedibilità della reazione statale o in un principio di calcolabilità anticipata¹⁴⁵, di talché la giurisprudenza diviene un fattore di concretizzazione delle leggi indeterminate¹⁴⁶.

Ne discende una nuova concezione del *Nullum-crimen-Grundsatz* che avrebbe segnato il passaggio dalla determinatezza legale alla determinabilità giurisprudenziale, che, lungi dal costituire il punto di approdo della prima, ne costituisce una delle componenti. Questa impostazione suggerisce, dunque, di abbandonare la visione rigidamente statica della disposizione-enunciato e guardare con favore una visione dinamica che attiene, invece, alla norma-significato¹⁴⁷.

Immediata conseguenza di questo fenomeno è il mutamento dell'accezione di prevedibilità: da un versante soggettivo rivolto al singolo consociato a un profilo oggettivo indirizzato al giurista chiamato a delimitare l'area del penalmente rilevante. La descritta trasformazione del principio di determinatezza ha come conseguenza una deresponsabilizzazione del legislatore legittimato a formulare

¹⁴³ Sono parole della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*), riportate da C. ROXIN, *Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit, im deutschen Strafrecht*, in E. HILGENDORF (Hrsg.), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, Tübingen, 2013, 133.

¹⁴⁴ Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale tedesca sul principio di determinatezza, si rinvia a E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, 168 ss.

¹⁴⁵ Così M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, vol. V, 1998, colonna 324.

¹⁴⁶ Si veda, tra gli altri, H.J. PAPIER – J. MÖLLER, *Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung*, in *AOR*, 2/1997, 202 ss.; G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Mohr Siebeck, 2001, 170 ss.

¹⁴⁷ G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989, 92 ss.

leggi poco chiare confidando nell'opera di puntualizzazione *ex post* operata dalla giurisprudenza; opera che, a ben vedere, si risolverebbe in un allarmante rafforzamento del ruolo del giudice.

La Corte costituzionale tedesca offre un affresco del nuovo volto del principio – che potrebbe battezzarsi quale “volto pragmatico della determinatezza” – attraverso pronunce che rimodellano la fisionomia del principio di legalità. Si introduce una distinzione tra precisione e precisazione¹⁴⁸; la prima è rivolta al legislatore, cui spetta la scelta relativa all'*an* e al *quomodo* della protezione penale di un determinato bene giuridico; la precisazione è, invece, rivolta al giudice, dunque, guarda al momento dell'applicazione della legge e si risolve in una concretizzazione mediante interpretazione.

Atteso che l'approccio della Corte costituzionale federale impone degli “obblighi interpretativi” ai giudici penali, appare opportuno segnalare che l'obbligo di precisazione del giudice dovrebbe aggiungersi e non sostituirsi all'obbligo di precisione del legislatore. Questo modello, tuttavia, avrebbe delle immediate ricadute anche sul singolo cittadino che vedrebbe indebolire le proprie garanzie a causa degli spazi vuoti lasciati all'interpretazione.

Il dilemma comune alla tradizione tedesca e italiana può, dunque, cogliersi nell'interrogativo se data una certa disposizione indeterminata *ex ante*, ma determinabile *ex post*, la circostanza che essa possa assumere un significato, sebbene postumo, valga a dimostrare che si tratta, pur sempre, di disposizione *ab origine* determinata o se, di contro, l'interpretazione tassativizzante e salvifica della giurisprudenza non sia altro che uno sconfinamento del giudice in un potere che la Carta costituzionale attribuisce al solo legislatore¹⁴⁹. Sebbene questo interrogativo rimanga inevaso, uno sguardo alla Corte costituzionale tedesca è funzionale a rivelare la possibilità di elaborare un modello che segni il passaggio dal «diritto come legge applicata dal giudice» al «diritto prodotto dal giudice entro limiti di

¹⁴⁸ R. ESCHELBACH – C. KREHL, *Art. 103 Abs. 2 GG und Rechtsanwendung*, in *FS für W. Kargl*, Berlin, 2015, 84 ss.

¹⁴⁹ L'interrogativo è evidenziato da A. NISCO, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Archivio penale web*, 2017, 4.

legge»¹⁵⁰. In questo senso, anche nell'esperienza tedesca la determinatezza si traduce nella prevedibilità oggettiva della decisione.

6. IL DIRITTO PENALE LIQUIDO: *PARS DESTRUENS* E *PARS CONSTRUENS*

La premessa-conclusione è che la legalità penale è “un valore che non solo merita di essere perseguito, ma che è anche possibile perseguire”¹⁵¹. La presa di coscienza compendiata in questi termini è il frutto di una analisi non meramente realistico-descrittiva, quasi disincantata, della fluidità del diritto che ormai governa anche la materia penale, bensì di una riflessione che si spinge fino ad assumere i caratteri di una impostazione normativo-prescrittiva.

Le flou du droit giunge a permeare anche il campo chiuso del diritto penale¹⁵², sicché il giudice si trova a doversi confrontare con un sistema di fonti che si mostra reticolare e labirintico¹⁵³. Fa da sfondo a queste premesse il momento di crisi che attraversa il diritto penale e che indica un fenomeno di mutamento qualitativo in cui l'avvento della giurisprudenza-fonte¹⁵⁴ prende il posto di un

¹⁵⁰ M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 176: «Dalla crisi della legge si esce solo rovesciando la visione ereditata da Beccaria – il diritto come legge applicata dal giudice – in una visione opposta: il diritto prodotto dal giudice entro i limiti della legge»); uno scritto in cui si riconosce apertamente il valore del sillogismo giudiziale ai fini dell'affermazione del principio di legalità in materia penale (*ivi*, 172–173).

¹⁵¹ G. PINO, *Legalità penale e Rule of Law*, cit., 178.

¹⁵² M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, 2004. Il saggio dal titolo provocatorio, pubblicato nel 1986 (trad. it. a cura di A. BERNARDI, *Dal Codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992) rappresenta un precursore di una dimensione del diritto che è diventata una realtà e sembra perfino porsi a salvaguardia necessaria di fronte alla crescente complessità dei sistemi giuridici.

¹⁵³ F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Torino, 2013, 29; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 5 ss.

¹⁵⁴ Sulla consapevolezza da parte della scienza penalistica del ruolo svolto dal giudice penale nell'attività di interpretazione e applicazione del diritto G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 92. L'A. sottolinea la presa d'atto attraverso

legislatore che si mostra inadeguato a fronteggiare le esigenze della post-modernità. La crisi a cui si fa riferimento si rinviene tanto in fattori endogeni quanto in fattori esogeni. In particolare, la perdita di centralità del Parlamento, l'ipertrofia delle leggi penali, l'europeizzazione del diritto penale e la complessità del sistema delle fonti sono da individuare quali principali focolai¹⁵⁵. Questo determina una alterazione del momento preesistente, ma al tempo stesso – e qui si rintraccia la versione costruttiva e luminosa che segue la crisi – getta le basi sulle quali edificare la nuova stabilità¹⁵⁶. Del resto, sebbene di crisi i giuristi parlino ormai da più di un secolo, sembrerebbe non si sia ancora manifestata quella separazione cui la stessa etimologia del termine (dal verbo greco *κρίνω*) allude e che si stia piuttosto assistendo ad una lenta metamorfosi¹⁵⁷.

Il filo conduttore attraverso cui ripristinare il rapporto tra diritto penale e calcolabilità giuridica è rappresentato dal principio di determinatezza, da intendersi come predeterminazione della regola di comportamento e delle conseguenze sanzionatorie che derivano dalla sua violazione. Il ruolo che in questa opera *construens* assume il principio in parola fa sì che lo stesso, spesso fagocitato da quelli limitrofi – sia pure logici corollari della legalità – recuperi una propria forza e autonomia anche sul piano applicativo. La legge deve essere chiara, comprensibile, accessibile a chiunque, di talché attorno all'uomo calcolatore si costruisca anche il miraggio di un diritto calcolabile che trovi la sua manifestazione nella certezza del diritto¹⁵⁸.

l'affermazione «viviamo nell'età della giurisdizione o – detto altrimenti – nell'epoca del giudice».

¹⁵⁵ C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 130 ss., 171 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 48 ss.; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido*, cit., 1109 ss.; O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 2250-2251.

¹⁵⁶ C. COLLOCA, *La polisemia del concetto di crisi: società, culture, scenari urbani*, in *Società mutamento politica*, 2010, I, 20.

¹⁵⁷ Cfr. A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 9.

¹⁵⁸ In questo senso, A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale: aspetti teorici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966, 134 ss.

È proprio valorizzando il ruolo svolto dal principio di determinatezza che si può affermare come, dopo l'entrata in vigore della Costituzione italiana, la crisi della legalità sia uno sgretolamento che attiene non tanto alla legalità sostanziale, come evidenziato in dottrina¹⁵⁹, bensì alla legge anzitutto sul piano formale. Cionondimeno, la crisi della legge non comporta anche una necessaria crisi della legalità, almeno di quella penale¹⁶⁰. Più precisamente, parlando di legalità penale, una crisi in senso stretto non può riguardare allo stesso modo le tre articolazioni della stessa. Si evidenzia come i corollari della riserva di legge, irretroattività e determinatezza si caratterizzano per un diverso grado di adattabilità e resistenza agli urti dei mutamenti storici¹⁶¹. Più in dettaglio, la riserva di legge appare essere il principio più storicamente condizionato, mentre l'irretroattività sembra un principio immutabile al variare delle coordinate spazio-temporali e questo lo rende un principio tendenzialmente universale. A metà strada tra il relativismo del primo e l'universalità del secondo, si pone la determinatezza che presenta il fondamento democratico della riserva di legge e l'interconnessione con la libertà di autodeterminazione del singolo che è propria dell'irretroattività¹⁶².

Quanto esposto non deve indurre a pensare che la determinatezza non partecipi della crisi. Al contrario, la crisi che investe in maniera evidente la riserva di legge intercetta anche la determinatezza nel momento in cui l'ipertrofia legislativa abbia come diretta conseguenza una scarsa accessibilità della norma penale. Ciononostante, la determinatezza ha il pregio di non dipendere dalla separazione dei poteri e dalla centralità del Parlamento, anzi quando il mito della legge si sgretola, la determinatezza resta un baluardo, insieme all'irretroattività della legge penale sfavorevole, capace di assicurare la predeterminazione della regola di condotta. Il risultato è che il singolo potrà fare affidamento sul fatto che il giudice applicherà una pena solo in presenza di fatti già previsti come reato al

¹⁵⁹ A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 26.

¹⁶⁰ F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale, significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 49.

¹⁶¹ A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 104.

¹⁶² F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge*, cit., 52-54. Sulla *ratio* non assoluta, ma storica della riserva di legge, si veda anche M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 7.

momento della condotta. Da ciò discende che la *ratio* della irretroattività e della determinatezza in poco si differenzia rispetto a quella della riserva di legge: tutte le articolazioni della legalità rispondono ad una esigenza di garanzia, sia pure orientata in modo differente a seconda del corollario della legalità penale preso in considerazione. Si osserva che la prevedibilità, quale secondo corollario qualitativo della legalità europea¹⁶³, opera in concreto. In altri termini, essa rappresenta la luce che illumina e garantisce lo spazio di azione del cittadino¹⁶⁴, *a fortiori*, nel momento storico segnato dal tramonto della calcolabilità, in senso weberiano, del diritto e della certezza, in cui appare svanire la tipicità del fatto illecito, fino a divenire sempre più labile l'interpretazione e l'applicazione della fattispecie.

In questa visione, la parte *construens* è fornire sull'argomento elementi di visione per il futuro o per lo stesso presente, attribuendo il giusto peso alla prevedibilità delle regole senza tuttavia sacrificare, sull'altare di questa esigenza, altre istanze meritevoli di protezione, quali la giusta flessibilità nella particolarità dei singoli casi.

L'interrogativo che ci si pone è se il rimedio debba essere ricercato "a monte" oppure "a valle". Per fornire una risposta soddisfacente bisogna oggettivamente chiedersi se sia ancora possibile attendersi dal potere legislativo più di quanto, in termini di precisione, gli sia permesso fare. Per vero, dinanzi a un legislatore in perenne crisi di legittimazione democratica potrebbe risultare ingenuo auspicare nuova attenzione al profilo di tipizzazione della fattispecie. La soluzione andrebbe, dunque, ricercata "a valle" nel rapporto tra interprete e testo. La premessa di una simile conclusione risiederebbe nel compimento di quello sforzo esigibile già operato dal legislatore a cui non potrebbe chiedersi di più nella costruzione della fattispecie.

¹⁶³ In questi termini, Corte Edu *Sunday Times c. Regno Unito*, 26 aprile 1979, ric. 13166/87, in www.hudoc.echr.coe.int, § 48-49 in cui compare per la prima volta il principio di accessibilità.

¹⁶⁴ F. CARNELUTTI, *La morte del diritto*, in *La crisi del diritto*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, 1953, 178: «la previsione precede l'azione come la luce dei fari precede la marcia d'un veicolo nella notte. E quanto più la marcia è veloce, tanto maggiore ha da essere lo spazio illuminato dai fari. Perciò, se oltre ad essere giustizia il diritto non fosse certezza, non offrirebbe la garanzia dell'azione».

Le soluzioni, dunque, non coinvolgono il potere legislativo, ma si indirizzano al potere giudiziario¹⁶⁵. Appare, allora, quanto mai opportuno, muoversi entro le vie meno battute senza contrapporre la legalità alla prevedibilità, ma considerandola una sua conseguenza ultima. In questa visione si coglie l'attualità del pensiero beccariano. Se il diritto non è appannaggio del legislatore, ma ha natura relazionale, di questa rete di relazioni un ruolo principe è attribuito al giudice, allora è evidente che va riconosciuto alla giurisdizione un ruolo di primo piano nel processo di formazione del diritto.

Si evidenzia come questo ruolo assuma oggi una maggiore portata in vista del passaggio da uno Stato legislativo di diritto a uno Stato costituzionale di diritto, che pone il giudice *a latere* del legislatore e, al contempo, al cospetto della Costituzione.

Il significato della legge diventa, dunque, un ragionevole connubio tra *lex* e *ius*, tra quello che è stato qui definito testo e contesto in cui, seguendo la prospettiva ermeneutica che esplicitamente si richiama alla tradizione aristotelica della filosofia pratica¹⁶⁶, il senso di un enunciato normativo non si conosce, ma si progetta. Intesa in questa accezione, la legge finisce per essere il risultato di un'attività interpretativa: della Costituzione come interpretata dalla Corte costituzionale; del diritto eurounitario, come interpretato dalla Corte di Giustizia; della Convenzione europea, come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

¹⁶⁵ Si evidenzia come nella letteratura penalistica tradizionale, la legalità abbia come referente privilegiato il legislatore, disinteressandosi del piano dell'applicazione del diritto. Sull'attenzione del giurista sempre focalizzata sul versante legislativo della legalità penale si veda G. PINO, *Legalità penale e Rule of Law*, cit., 178; F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2020, 45–87.

¹⁶⁶ H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, 1983, 363.

6.1. LA RAGIONEVOLE PREVEDIBILITÀ SOSTITUISCE L'ANTESIGNANA GARANZIA DELLA CERTEZZA ASSOLUTA DEL DIRITTO

Dalla parte costruttiva, *ut supra* delineata, emerge una visione teleologica, pragmatica e programmatica del fenomeno giuridico. Essendo quest'ultimo basato sul formante giurisprudenziale, diventa di primaria importanza che sia stabile e uniforme.

Nel nuovo scenario, in cui l'attore principale è il giudice, la garanzia della prevedibilità non può più essere affidata – come accadeva nel contesto dominato dalla mitologia della legge – alla legislazione, *rectius*, alla sola legislazione. Si evidenzia, inoltre, come questo mutamento abbia delle ricadute pratiche piuttosto importanti nella misura in cui segna l'assottigliamento della distanza tra legge e diritto, sicché per legge non si intenderà tanto l'atto approvato dal Parlamento, quanto, piuttosto, tutto ciò che costituisce diritto nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano.

L'inversione di tendenza a cui si assiste impone di valorizzare il ruolo che assume la giurisprudenza nonché il comportamento del singolo giudice, di talché non sarà più possibile – e questo sembra essere l'effetto più prorompente della moderna visione – bypassare l'efficacia del precedente¹⁶⁷. Al contrario, appare assurgere perfino a dovere giuridico¹⁶⁸ il rispetto del *dictum* in precedenza emesso

¹⁶⁷ Nella comunità penalistica italiana, l'autore che, per primo, ha sottolineato l'importanza di una valorizzazione, seppur relativa, del precedente è A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, nella prima versione del 1999, riedita nel 2014. L'A. aveva ipotizzato di istaurare un onere di motivazione qualificata per le ipotesi in cui i giudici di merito volessero discostarsi dalle pronunce della Cassazione, costruendo un meccanismo di rimessione del tutto simile a quello su cui si fonda il nuovo art. 618, co. 1-bis, c.p.p.: cfr. infra § 7. Una recente presa di posizione a favore del rafforzamento dell'autorità del precedente si rinviene in F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 254: «Io credo che il sistema penale italiano abbia bisogno, oggi più che mai, di una dose massiccia di cultura del precedente: che è, anche, cultura del limite al potere del (singolo) giudice, e argine al rischio che il giudice stesso si percepisca come onnipotente».

¹⁶⁸ Riconosce un vero e proprio dovere quanto al rispetto del precedente, da intendere in termini relativi così da non travolgere la garanzia costituzionale, M. VOGLIOTTI, *La nuova*

dal giudice; un dovere che si fonda sul principio di eguaglianza e, ancor di più, sul principio di ragionevolezza che ne fa da sfondo e ne costituisce una logica proiezione. Il cuore del suddetto criterio si compendia, del resto, nel trattare in modo diverso situazioni diverse e in modo uguale situazioni uguali, evitando ingiustificate e arbitrarie discriminazioni. Orbene, il giudizio sulla ragionevolezza dell'operato del legislatore, utilizzato dalla Corte costituzionale per vagliare la costituzionalità delle leggi, viene qui proposto come declinazione sull'operato del giudice a garanzia di una ragionevole prevedibilità.

Il dovere di rispettare il precedente non va, tuttavia, inteso in senso assoluto, in quanto dovrà adeguarsi alla storicità del diritto e ai cambiamenti fattuali, storici e culturali nonché bilanciarsi con il valore dell'indipendenza della magistratura *ex art. 101, co. 2 Cost.*, a mente del quale «I giudici sono soggetti soltanto alla legge».

Se le parole sono importanti, il lemma “soltanto” ha un peso essenziale nella citata disposizione, in quanto indica, in forma chiara e decisa, la soggezione del giudice alla sola legge e non ad altri poteri. Pertanto, l'obbligo in capo al giudice di applicare la legge e l'assenza di condizionamenti esterni è, stando alla lettera della Carta costituzionale, il modo per sancirne l'indipendenza, avendo così la consapevolezza che date due situazioni considerate uguali dalla legge si otterrà lo stesso giudizio.

Nel quadro appena delineato, al raggiungimento di questo risultato non osta «il rafforzamento della cultura e della cura formale del precedente»¹⁶⁹, anzi ciò appare di massima importanza nella misura in cui si combini con le predette garanzie costituzionali. La vigenza di questo principio comporterebbe che il giudice, specie in ambito penale, faccia un uso responsabile della discrezionalità.

legalità penale e il ruolo della giurisdizione, cit., 60, precisando che «le ragioni della stabilità, che spingono verso il rispetto del precedente, devono quindi conciliarsi con le opposte ragioni del mutamento, ragioni che devono essere gravi e ben motivate, perché nel diritto penale l'esigenza della stabilità è fondamentale». Sui confini sempre più sfumati tra *common law* e *civil law* in punto di vincolatività del precedente, cfr. G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022. 68.

¹⁶⁹ Testuali parole sono del Primo Presidente della Corte di cassazione Zucconi Galli Fonseca contenute nella lettera indirizzata il 13 giugno 1994 a tutti i presidenti e consiglieri della Corte. La lettera si può leggere in A. ESPOSITO – G. ROMEO, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Padova, 1995, 40–50.

Per esercizio responsabile della discrezionalità si intende che lo sguardo si rivolga alla prevedibilità ragionevole e che la cura di questa sia affidata non alla determinatezza (*rectius*, non solo alla determinatezza), bensì (anche) alla giurisdizione. Acquista così un peso oggettivo la giurisprudenza, *law in action* contrapposta alla *law in the book* in un sistema come quello italiano, che sconosce e sembra rifiutare i vincoli del precedente¹⁷⁰. A ben vedere, in un contesto in cui si assiste alla crisi della legalità, e non solo in ambito penale, la lente di ingrandimento viene posta sulla perdita di centralità della legge e del potere legislativo, cui fa da contraltare il non meno preoccupante *deficit* di certezza cui condurrebbe l'incontrollato ricorso al diritto giurisprudenziale.

Orbene, se il risultato a cui si aspira viene individuato nella certezza del diritto e nella sua prevedibilità, l'unico rimedio che pare percorribile sembra quello di lasciare spazio all'intervento della giurisprudenza, ma, al contempo, arginare l'imprevedibilità attraverso l'espedito della vincolatività del precedente.

Una ragionevole prevedibilità, intesa come *fairness*, ossia come affidamento a che lo Stato non cambi le regole del gioco¹⁷¹, si mostra, difatti, come un risultato più agevolmente auspicabile rispetto a quella certezza assoluta del diritto, figlia di uno standard utopico della modernità giuridica. Il pensiero fin qui esposto trova, peraltro, avallo in una recente pronuncia a Sezioni unite che ha cristallizzato il seguente principio di diritto «in un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione non in linea con i precedenti non può essere di per sé gratuita, né immotivata, né immediata», ma deve essere «frutto di scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale»¹⁷².

¹⁷⁰ Su questo tema cfr. L. VIOLANTE, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in C. GUARNIERI – G. INSOLERA – L. ZILLETTI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., *passim*.

¹⁷¹ In questo solco, M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*, cit., 1998, 324; D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2016, 235; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*. Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2017, 7; C. SOTIS, *"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu*, in *Quest. Giust.* 4/2018, 68-78.

¹⁷² Sezioni unite civili, 3 maggio 2019, n. 11747, § 13.12, §13.14.

7. IL VALORE DEL PRECEDENTE: ARGOMENTO TRA GLI ARGOMENTI O NUOVA OSSATURA DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO? I DIVERSI GRADI DEL *DICTUM* DEL GIUDICE TRA VALENZA PERSUASIVA, INFLUENTE E VINCOLANTE

Nell'ottica della previsione dell'esito giudiziario, il precedente può essere rappresentato come una sorta di "ponte" tra passato e futuro, tra il nobile sogno della stabilità e l'ineludibile desiderio di novità. Ci si chiede, tuttavia, di quale e di quanta forza sia dotato il precedente giudiziale in un ordinamento di *civil law*.

Fornire una risposta a questo interrogativo potrebbe apparire più agevole laddove la domanda fosse posta in senso negativo, chiedendosi quale valore non abbia il precedente giudiziale in un ordinamento siffatto. Senza ombra di dubbio, nel modello giuridico appartenente alla famiglia romano-germanica, anche detto di "diritto continentale", il precedente è sprovvisto di autorità; dunque, non possiede la forza della vincolatività formale. Cionondimeno, l'interrogativo posto si giustifica alla luce della sempre maggiore attenzione rivolta alla vincolatività del precedente in quelli ordinamenti in cui la regola dello *stare decisis* non è formalizzata.

Se l'espressione non suona come un ossimoro, si potrebbe ritenere che la giurisprudenza, pur qualificandosi come creativa, si attegga a fattore di stabilizzazione¹⁷³, ciò in quanto nel *dictum* del giudice è possibile cogliere due anime, una retrospettiva e l'altra in prospettiva.

La fisionomia ibrida, altrimenti detto, del precedente si coglie nel volgare lo sguardo alla conservazione del diritto esistente – attraverso la lente dell'interpretazione giurisprudenziale – e, al tempo stesso, ad una interpretazione nuova e svincolata dalle statuizioni in materia, prassi da cui scaturisce l'inevitabile imprevedibilità. Orbene, dal dato che le sentenze emanate non assumono il medesimo valore che viene riconosciuto ai precedenti giurisprudenziali negli ordinamenti di *common law* non discende, quale logica conseguenza, che esse siano

¹⁷³ Di questo avviso D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, 50.

sprovviste di qualsivoglia valenza. Un conto è non avere valore di legge, altro è non avere valore *tout court*. Date queste premesse, si passa, dunque, a fornire una risposta all'interrogativo in positivo.

Prima ancora di procedere in questo senso, appare opportuno vagliare le ragioni per cui una parte della dottrina è orientata nel senso di non ritenere estensibile agli ordinamenti di *civil law* il vincolo del precedente. Invero, un ipotetico vincolo rigido al precedente rischierebbe di indebolire la dignità e la libertà del discorso ermeneutico di giudici, teorici e pratici del diritto, in quanto rappresenterebbe un mutamento di paradigma che mal si concilierebbe con il dettato costituzionale, il già richiamato articolo 101 Cost.¹⁷⁴, ma anche con la sostanza del diritto di difesa.

Si richiama l'attenzione anche sull'art. 107 della Carta costituzionale a mente del quale i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni. Introdurre una vincolatività forte del precedente renderebbe, dunque, questa prerogativa lettera morta, in quanto avrebbe quale esito ciò che la norma mira ad evitare, ossia la gerarchizzazione all'interno della magistratura¹⁷⁵.

La ragione di fondo per cui si indugia sull'eventuale introduzione della vincolatività del precedente anche nell'ambito del sistema penale italiano origina dalla presa d'atto di una giurisprudenza sempre più giuscreativa da cui dipendono le difficoltà della Corte Suprema di cassazione a svolgere la sua funzione nomofilattica. Come già notava Zagrebelsky alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, affinché ciascun giudice incarni la cultura del precedente, è necessario abbandonare la tradizionale «lettura eccessivamente individualistica del rapporto

¹⁷⁴ Sul punto, cfr. C. cost., sent. 50/1970, ove si esclude che il vincolo del giudice del rinvio al principio di diritto stabilito dalla Cassazione comporti una violazione dell'art. 101, co. 2, Cost., sulla base dell'argomento per cui "la pronunzia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza": argomento che, nel suo tenore letterale, parrebbe potersi estendere anche all'ipotesi in cui il giudice sia chiamato a formare il proprio convincimento sulla base di un *precedente*, reso in relazione ad un diverso caso di specie da una giurisdizione superiore.

¹⁷⁵ A. MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 1, 184-185.

legge-giudice» per fare posto all'acquisizione del «rilievo istituzionale della giurisprudenza»¹⁷⁶.

In una prospettiva orientata alla prevedibilità, si appalesa indubbiamente più proficuo rivolgere l'attenzione ai meccanismi di stabilizzazione del risultato interpretativo. E, per quanto possa apparire *prima facie* paradossale, «è il secondo giudice che – per così dire – crea il precedente adottando la medesima *ratio decidendi* del caso anteriore»¹⁷⁷. La regola dello *stare decisis* nei sistemi in cui essa non trova formale riconoscimento si traduce, allora, nell'«autorevolezza o plausibilità sostanziale»¹⁷⁸ del precedente.

L'analisi si sposta, perciò, sulla capacità di una decisione giurisprudenziale di assumere valore vincolante per gli altri operatori del diritto e, in definitiva, sull'attitudine della giurisprudenza a operare quale fonte del diritto¹⁷⁹. Giunti a questo punto, appare opportuno chiarire che l'innegabile ruolo svolto dalla giurisprudenza consolidata non comporta l'assimilazione tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law*, sebbene possa individuarsi un lento e progressivo avvicinamento. Dall'altro lato, riconoscere che la giurisprudenza abbia oggi un ruolo creativo non implica il necessario riconoscimento della stessa quale fonte del diritto.

Sul punto, sembra opportunamente utile sottolineare che «il regime dello *stare decisis* [...] va scelto dal legislatore costituzionale. Non può tollerarsi che esso si insinui per vie oblique o mendaci. [...] La scelta tra decidere secondo legge e decidere secondo precedenti non è questione di dottrina, ma questione di potere: se siamo ancora in uno Stato di leggi, o si proceda verso uno Stato dei giudici»¹⁸⁰.

Questa presa di posizione tanto netta quanto decisa si scontra con la pretesa di fondo che non è tanto quella di convertire il *civil law* in *common law* quanto, piuttosto, la presa d'atto che la vera differenza tra i due sistemi è segnata dal

¹⁷⁶ V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 1988, 1576-1577.

¹⁷⁷ M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, 40.

¹⁷⁸ L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, 135.

¹⁷⁹ G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, 1.

¹⁸⁰ N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, n. 4/5, 917, 25.

differenti grado di vincolatività attribuito al precedente. Accogliendo questa impostazione¹⁸¹, l'invocazione al precedente giudiziale diviene sovente sempre più recitata.

Le proposte ricostruttive che mirano a dare cittadinanza al principio dello *stare decisis* anche negli ordinamenti di *civil law* si fondano essenzialmente su un dato difficilmente criticabile, ossia sulla originaria efficacia del precedente. Più in dettaglio, il principio di diritto enucleato nelle sentenze di *civil law* non è altro che la *ratio decidendi* del *common law*; esso «non è meramente attuativo della norma applicata, ma è ostensivo della stessa»¹⁸². Questo significa, in termini concreti, che non c'è differenza di *ratio* tra precedente e principio di diritto, in quanto in entrambi i casi il diritto si manifesta attraverso la pronuncia ed è a quel diritto che il giudice sarà sottoposto attraverso l'autorità del precedente.

Sulla vincolatività *ab origine* del precedente – almeno nell'ipotesi in cui si tratti di precedenti tra loro coerenti – si innesta l'esistenza di un vero e proprio dovere giuridico a carico del giudice comune di uniformarsi ai precedenti della Corte di cassazione, un dovere sussistente già *de lege data*¹⁸³.

Posto che, altrimenti detto, l'efficacia vincolante del precedente sarebbe originaria, non si imporrebbe come necessaria l'introduzione di una specifica previsione legislativa che sancisca detto obbligo. Sicché, sebbene il principio

¹⁸¹ Sulla definizione di precedente e sul differente grado di vincolatività si veda A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit., 243; M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, cit., 39; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 29.

¹⁸² E. SCODITTI, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in *Quest. Giust.*, 4/2018, 34.

¹⁸³ Di questo avviso è F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 8-32. L'A. afferma che «ogni sentenza ha, oltre alla funzione di 'rendere giustizia' nel caso concreto, una valenza *comunicativa* nei confronti della *generalità dei consociati* (e degli operatori del diritto in ispecie), a seconda dei casi rassicurandoli sulla correttezza delle prognosi già formulate sulle future decisioni giudiziarie ovvero – all'opposto – destabilizzando queste prognosi e creando un alone di *incertezza* sullo stato del diritto. Il singolo giudice (specie se di merito, ma a volte anche di legittimità) spesso non è consapevole di questa seconda, importante funzione delle proprie sentenze, che egli tende a pensare come unicamente rivolte ad assicurare un giusto equilibrio degli interessi in gioco nel caso concreto, trascurando così la valenza di *precedente* che qualsiasi sentenza fatalmente assume, come modello per possibili decisioni future».

anglosassone dello *stare decisis* non sia un principio formalizzato, la sensibilità nei confronti dell'esigenza di assicurare il più possibile la prevedibilità delle decisioni giudiziali per mezzo della giurisprudenza porta a voler riconoscere – operati i dovuti distingu – un valore al precedente che, cautamente, viene “graduato” come persuasivo¹⁸⁴.

Come è stato efficacemente osservato, tuttavia, la distinzione tra precedente vincolante e precedente persuasivo rischia di risultare fuorviante, senza considerare che il carattere persuasivo non restituisce al meglio la reale forza che ha, *rectius*, che si auspica abbia il precedente. Più corretto potrebbe sembrare qualificare il precedente come influente, dando rilievo al grado e all'intensità degli orientamenti giurisprudenziali di influire e influenzare le decisioni future¹⁸⁵.

Tra il vincolante e il meramente persuasivo si colloca, dunque, il precedente influente. Si tratta, in altre parole, di ammettere che il precedente possa influenzare, ma non formalmente determinare la giurisprudenza successiva. Il valore del precedente si coglie nella misura in cui esso venga considerato come lo strumento per assicurare la coerente attuazione di quei principi fondamentali per l'ordinamento che vengono bene espressi sotto l'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario, a mente del quale «La Corte Suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» e garantisce «l'unità del diritto oggettivo nazionale».

Invero, lo spirito, ma anche la lettera dell'ordinamento costituzionale italiano osta all'affermazione di un dovere assoluto a carico del giudice di osservanza dei precedenti che si atteggi nella stessa forma e nello stesso grado di quello anglosassone. Si deve osservare, tuttavia, che l'effettiva portata di tale vincolo si

¹⁸⁴ Per una concezione di nomofilachia basata sul precedente persuasivo si veda A. PIZZORUSSO, *Cassazione e diritto vivente*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 376; sul precedente ragionevole declinato sul versante della garanzia dell'esatta osservanza della legge, ma anche su quello del rapporto tra interpretazione e uniformità della giurisprudenza cfr. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, 89.

¹⁸⁵ R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 279 ss.; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 22; ID., *Aspetti del precedente giudiziale*, cit., 49.

rivela, nel concreto, assai meno rigida di quanto si potrebbe pensare, di guisa che il giudice anglosassone dispone di un vasto repertorio di tecniche volte a discostarsi dalle pronunce rese in precedenza. Si evidenzia, difatti, che ciò che entra a far parte del precedente non è tutto ciò che è contenuto nella decisione, bensì la sola *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto a cui il giudice ha fatto riferimento per decidere sulla questione. D'altra parte, l'elemento essenziale affinché la regola del precedente possa trovare luogo è la necessaria analogia tra i fatti del primo caso e quelli del caso da trattare. In caso contrario, il secondo giudice farà ricorso al c.d. *distinguishing* e, sulla base di tale difformità, giustificherà il mancato rispetto del precedente. Un altro espediente il cui effetto è la non applicazione della regola del precedente è l'esclusione retroattiva dello stesso dalla *common law* e la sua sostituzione con il nuovo precedente stabilito dal giudice che l'ha operata. Quest'ultima tecnica della revoca, detta *overruling*, necessita che venga adeguatamente motivata con riferimento a una più approfondita analisi della fattispecie, al mutamento delle circostanze di fatto o all'interesse pubblico. Dunque, tanto con l'*overruling* quanto con il *distinguishing* il giudice legittima sé stesso a individuare in modo autonomo la regola del caso sottoposto al suo giudizio astraendo dalla vincolatività del precedente.

Il carattere comparatistico, come dimostrato, offre un argomento di rilievo per analizzare la reale efficacia del precedente. Da questa analisi si desume che, in verità, il precedente non appare in assoluto vincolante neppure negli ordinamenti che tipicamente si fondano su tale regola. In sostanza, il giudice disattende il precedente quando ritiene opportuno e necessario discostarsi dalle pronunce rese in passato, al fine di giungere ad una decisione più giusta¹⁸⁶.

In ultima analisi, dunque, al di là delle etichette che si vogliono attribuire al precedente, sembrerebbe che esse non facciano altro che tradurre, sul piano pratico, una gradazione dell'efficacia e della forza che spiega la *ratio decidendi* posta a fondamento delle decisioni, di talché il giudice che opererà sulla "medesima" materia per secondo non sarà mai veramente obbligato a utilizzare il precedente. Per vero, i gradi dell'efficacia del precedente possono dipendere da innumerevoli

¹⁸⁶ Questo pensiero è ben evidenziato da M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., 76.

fattori che possono variare dalla struttura dell'ordinamento giudiziale alla funzione svolta dalla Corte che ha emesso la pronuncia; dall'autorevolezza di tale Corte al pregio delle argomentazioni addotte a sostegno, ricomprendendo financo il momento storico in cui la decisione viene emessa.

Alla luce delle incalcolabili variabili che possono venire in considerazione, si individua, pur tuttavia, un obbligo in capo al giudice, che se non è quello di sottomettersi in senso forte al precedente, è, piuttosto, quello di fornire adeguate giustificazioni laddove scelga di non uniformarsi ad esso. E allora è evidente che la domanda finisce per cambiare.

L'interrogativo non è più rivolto a conoscere quanto forte sia il vincolo del precedente, ma quanto forte sia l'obbligo del giudice di motivare¹⁸⁷. La distinzione per gradi di intensità non deve più essere riferita alla forza del precedente, bensì all'obbligo del giudice di motivare, che può essere più intenso o meno intenso a seconda dell'ordinamento di riferimento. La motivazione sarà, dunque, più forte nei sistemi in cui vige lo *stare decisis*, mentre è più flessibile e meno incisiva nei sistemi in cui non vige la regola del precedente, ma può rinvenirsi una tendenza a uniformarsi alla giurisprudenza pregressa laddove questa sia granitica.

Affinché questo possa avvenire, si ritiene che l'operato di un giudice sensibile al valore della prevedibilità e conscio della funzione di precedente che potrebbe assumere la propria decisione, dovrebbe orientarsi verso scelte ben precise. Prima di tutto, la *regola iuris* dovrebbe incarnare i requisiti della generalità e dell'astrattezza e, in secondo luogo, non in termini di importanza, dovrebbe attribuire alla stessa dei contorni precisi, cosicché tale regola si possa candidare a fungere da principio di diritto anche per le future decisioni¹⁸⁸. Ne discende che il principio di precisione finisce per operare – e così non potrebbe non essere – non solo quale criterio di legittimità costituzionale delle leggi penali, ma anche come

¹⁸⁷ Cass. civ., sez. un, ord. 6 novembre 2014, n. 23675, si pone in linea con questa ricostruzione affermando che il giudice che non segue il precedente deve addurre “buone ragioni” per giustificare la sua scelta (ragioni che dovrebbero essere “ottime” in materia processuale); nello stesso solco si colloca il pensiero di M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, cit., 50.

¹⁸⁸ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 27.

canone ermeneutico per la giurisprudenza comune nella propria attività di interpretazione delle leggi penali¹⁸⁹.

Con ciò, non è implausibile ritenere che il sistema penale italiano possa e debba oggi coltivare una cultura del precedente, che è anche cultura del limite all'arbitrio del singolo giudice¹⁹⁰ in capo al quale ricade la responsabilità in ordine alla qualità della *regola iuris* da enunciare in modo chiaro e riconoscibile sì da assicurare – nella versione teleologica e pragmatica del fenomeno giuridico – l'applicazione di una giurisprudenza stabile e uniforme all'interno dell'ordinamento.

È indubbio che l'obiettivo dell'uniformità, della certezza e della prevedibilità, rimesso alle Sezioni unite, è oggi regolamentato da nuove regole che disciplinano i rapporti tra Sezioni unite e Sezioni semplici della suprema Corte di cassazione. Più in dettaglio, la legge 23 giugno 2017, n. 103 ha introdotto il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p., che prevede una rimessione obbligatoria ogni qual volta un collegio di una delle Sezioni semplici ritenga di non allinearsi con il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite. La novità per il diritto giurisprudenziale penale è costituito dall'introduzione di una sorta di “precedente vincolante”: è come se lo *stare decisis* fosse stato limitato alle sole sentenze delle Sezioni unite. A fronte di questa novella normativa, ci si chiede se il modello che risulta sia definibile come vero e proprio precedente, seppur relativo.

Va subito evidenziato che tale modello non può qualificarsi alla stregua del precedente conosciuto nei paesi anglosassoni. Si è, piuttosto, in presenza di un meccanismo formalizzato di precedente che è vincolante (relativamente) non perché autorevole, ma in quanto promana dalla Corte di cassazione nella sua composizione più autorevole. Esso, infatti, si ritiene “precedente” sebbene affermato per la prima volta, sicché in questo si differenzia dal sistema del precedente vincolante autorevole, poiché quest'ultimo viene “creato” dalla seconda decisione in cui il successivo giudice, a conferma del principio, applica, a un caso simile, la medesima regola.

¹⁸⁹ Il duplice ruolo assegnato alla precisione viene valorizzato da G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso*, cit., 156.

¹⁹⁰ F. VIGANÒ, *Op. ult. cit.*, 35.

Ancora, il precedente di cui trattasi ha ad oggetto principi e non sempre ha un fatto concreto cui ricollegarsi, fatto che, invece, è essenziale nel modello del precedente anglosassone, poiché la regola del precedente è tale solo se può applicarsi ai fatti simili, tale per cui la decisione viene considerata regola per i casi futuri a cui si applicherà la *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto.

Appare chiaro che la novella dell'articolo in parola non possa essere letta nell'ottica dell'introduzione di un sistema in cui vige lo *stare decisis* nella maniera tradizionale. A ciò osterebbe quanto già esposto sulle obiezioni alla configurazione di un modello siffatto. Gli aspetti critici attengono, anzitutto, alla funzione nomofilattica, ossia al rischio che le Sezioni unite vengano percepite come organo gerarchico di vertice, ma ciò deve essere smentito dal dato che l'obbligatorietà della rimessione non implica, per ciò solo, il monopolio sull'interpretazione a scapito delle Sezioni semplici e in favore delle Sezioni unite, dal momento che queste non risultano ad esse sovraordinate, né è possibile riconoscere loro alcuna autonomia esterna. Difatti, laddove l'obbligatorietà non venga osservata, la mancanza della rimessione non è assistita da sanzione. *Ad abundantiam*, deve ribadirsi che è la stessa Carta costituzionale ad ergersi a barriera a un simile riconoscimento.

Sulla natura del sistema introdotto con la novella dell'art. 618 c.p.p. può, allora, ragionevolmente affermarsi che si tratti di un modello *soft* di precedente a vincolatività relativa¹⁹¹ che, instaurando un momento di dialogo paritario tra sezioni della Corte di cassazione, riconosce ad essa la vocazione naturale a fare nomofilachia e porta alla costruzione, condivisa, del precedente. Peraltro, il legislatore del 2017 aveva chiara l'intenzione del dialogo tra Corti e l'art. 618, comma 1-*bis* c.p.p. ne costituisce una prova, in quanto fa sì che avvenga un continuo e proficuo confronto tra le sezioni attraverso il procedimento di devoluzione della questione. In questo contesto convincono le pronunce¹⁹² nelle quali è stato esplicitato in motivazione che, a fronte di incertezze nella interpretazione della disposizione, la lettura datane segue al confronto dei giudici della sezione, con ciò rispondendo alla *ratio* di garanzia del principio di legalità.

¹⁹¹ Così, G. FIDELBO, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., 39.

¹⁹² Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 17902; Cass., sez. VI, 22 novembre 2021-16 febbraio 2022, n. 5538.

Da questo punto di vista, deve riconoscersi che le modifiche apportate alla disposizione in commento si rivelano funzionali nell'ottica di una maggiore stabilità che, attraverso il vincolo, le pronunce sono destinate ad acquistare. Si osserva, inoltre, che la lettera del comma 1-*bis* è chiara nel prevedere – attraverso la formula «rimette», in luogo di quanto statuisce il precedente comma 1 «può [...] rimettere» – una ipotesi di rimessione obbligatoria nel segno della volontà di rafforzare la funzione di nomofilachia attraverso il consolidamento del dialogo¹⁹³.

Se l'obiettivo fondamentale è garantire la prevedibilità del contenuto della norma, la riforma sulla rimessione alle Sezioni unite coglie nel segno, poiché non fa altro che rafforzare la funzione di garanzia sottesa al principio di legalità, tanto in ottica interna quanto in prospettiva sovranazionale.

¹⁹³ La differenza tra rimessione facoltativa e obbligatoria è evidenziata da Cass. pen., sez. un., n. 36072 del 2018, PM in proc. Botticelli, Rv. 273549.

CAPITOLO II

L'INDETERMINATA DETERMINATEZZA: I CASI CHE HANNO SEGNATO LA STORIA. UNA VISIONE COMPARATA DELLE MATERIE CHE DEI PRINCIPI DI PRECISIONE E DETERMINATEZZA HANNO SUBITO L'INFLUSSO

SOMMARIO: 1. L'impatto delle Carte e delle Corti sovranazionali: i due volti dell'europeizzazione del diritto penale. – 2. Caso *Contrada*. il concorso esterno: tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. – 2.1. La configurabilità del concorso eventuale nelle fattispecie a concorso necessario. La causalità nel concorso esterno e le ricostruzioni ad opera della giurisprudenza. – 2.2. La saga dei “figli di un dio minore”: il ricorrente vittorioso a Strasburgo rimane figlio unico. – 3. L'*affaire Taricco* e il ruolo di primo piano dei corollari della legalità penale in nome dei quali la Consulta viene sollecitata per la prima volta ad azionare l'arma dei controlimiti. – 3.1. L'*actio finium regundorum* della Corte costituzionale: la regola *Taricco* e il *deficit* di determinatezza. – 3.2. L'epilogo della saga *Taricco*. Il giudice delle leggi scrive l'ultimo capitolo e chiude la partita. – 4. Imprevedibilità e indeterminatezza nel “sistema del sospetto”. Le pene *ante delictum* e l'efficacia sanante dell'interpretazione giurisprudenziale. – 4.1. La portata della sentenza *De Tommaso* della Corte Edu: una breccia nel sistema della prevenzione. – 4.2. La prevedibilità al cospetto delle categorie di pericolosità e del contenuto delle prescrizioni imposte. – 4.3. Due pronunce della Corte costituzionale in punto di principio di legalità e misure di prevenzione all'indomani della sentenza *De Tommaso*. – 5. Incerto è l'*an*, il *quantum* e il *quomodo*. La sfuggente fisionomia del principio di prevedibilità nei complessi criteri di valutazione elaborati dalla Corte Edu: indagine comparata e ricadute del principio di legalità negli ordinamenti stranieri. – 5.1. Il criterio soggettivo. – 5.2. Il criterio oggettivo. – 5.3. Il criterio evolutivo. – 6. La Corte europea dei diritti dell'uomo: giudice del caso concreto?

1. L'IMPATTO DELLE CARTE E DELLE CORTI SOVRANAZIONALI: I DUE VOLTI DELL'EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE

Alla luce dell'interazione con il diritto europeo e sovranazionale, la prevedibilità si atteggia a strumento di garanzia, assumendo la forma di un diritto di protezione¹⁹⁴. Il motivo per analizzare in profondità il principio europeo di legalità nella sua versione di Strasburgo è che la definizione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ha raggiunto una portata globale per il diritto eurounitario e la sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Il *nullum crimen* da principio non scritto nel diritto dell'UE, in quanto facente parte dei principi generali, è diventato un principio espresso grazie alla sua inclusione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il principio europeo di legalità, attraverso la definizione elaborata dai giudici di Strasburgo, ha così assunto un significato condiviso.

Si evidenzia, infatti, come la comune concezione del principio negli Stati europei, che è anche l'interpretazione dell'art. 7 Cedu, contribuisca a far progredire le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e, in questo senso strettamente interpretativo, le si riconosce un effetto indiretto sul loro sviluppo a livello europeo¹⁹⁵.

Giova sottolineare, e non è un caso, che il concetto di prevedibilità del fatto illecito si sia imposto sulla scena del dibattito penalistico in tempi relativamente recenti a seguito della giurisprudenza sviluppatasi intorno all'art. 7 Cedu dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Sarebbe ingenuo e antistorico negare che i principi fondamentali del diritto penale risultano, ora più che mai, investiti dal vento che soffia dalle istituzioni europee, il quale ha contribuito a ridisegnare la

¹⁹⁴ In questo senso, S. MANACORDA, *Dalla giustizia "bendata" a quella veggente": rilievi di sintesi sulla garanzia della prevedibilità nel fatto illecito*, in F. CENTONZE – S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, 2021, 287.

¹⁹⁵ Una lucida ricostruzione sulla portata globale del principio di legalità è offerta da S. PAIUSCO, *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, Baden, 2021, 87–89.

fisionomia del complessivo sistema penale¹⁹⁶. Ai giudici di Strasburgo si deve, di fatto, l'elaborazione di una nozione peculiare del *nullum crimen sine lege* in grado di 'gettare un ponte'¹⁹⁷ tra esperienze giuridiche diverse. Sono stati così formulati i parametri di *accessibility* e di *predictability/foreseeability* che mettono in rilievo la qualità della norma più che il suo rigore formale, inteso quale tipo di fonte da cui essa proviene.

Indagando il ruolo della giurisprudenza rispetto alla *lex scripta*, non può, tuttavia, sottacersi che l'ascesa della prevedibilità, per quanto avesse il pregio di cogliere il lato più pragmatico della giustizia penale, sembri, ciononostante, prestare il fianco all'accusa di aver contribuito alla degradazione dell'obbligo formale imposto *ex lege*. Invero, il *topos* del diritto alla legalità della condanna pone in evidenza le asincronie tra ordinamento convenzionale e ordinamento interno. La diversità tra i due ordinamenti si ravvisa già dal punto di vista ontologico, nel senso che mentre il diritto convenzionale si muove sul piano della sostanza, il sistema italiano è fortemente orientato e ancorato alla forma. Così, accanto alla legalità interna o costituzionale si afferma una legalità europea o convenzionale e si finisce per parlare di due legalità, entrambe operanti nel nostro sistema¹⁹⁸.

Queste due vocazioni differenti, sostanzialista da un lato e formalista dall'altro, creano delle tensioni in ordine alla lettura da attribuire al principio in parola, ponendo, in concreto, la questione se attribuire al precedente giurisprudenziale dignità para normativa o se, *ex adverso*, valorizzare la lettera del testo normativo e rimanere fedeli al principio di riserva di legge. Oggi la tematica si fa più complessa in virtù di una sempre più incidente tendenza a 'comunitarizzare' o, per renderla con una espressione meno infelice, a 'leggere a sistema', 'armonizzare' la legislazione domestica con quella sovranazionale. I problemi nascono dal fatto che il sistema convenzionale assegna valore normativo alla giurisprudenza-fonte; di contro, il nostro ordinamento non solo nega alla giurisprudenza di fregiarsi del potere di normazione in materia penale, ma, ancor di

¹⁹⁶ F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 3/2022, 942.

¹⁹⁷ S. MANACORDA, *Dalla giustizia "bendata" a quella veggente*, cit., 283.

¹⁹⁸ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs "legalità convenzionale"?*, cit., *passim*.

più, le nega persino un ruolo tassativizzante a fronte di una norma che nasca indeterminata. Da questo punto di vista, i giudici di Palazzo della Consulta hanno, a ragione, sostenuto che il principio convenzionale di legalità sia meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana, poiché ad esso rimane «estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell’assetto interno – della riserva di legge, nell’accezione recepita dall’art. 25, secondo comma, Cost.; principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell’individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all’istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire il Parlamento, eletto a suffragio universale dall’intera collettività nazionale, il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all’esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione¹⁹⁹».

Avverso orientamenti volti ad accostare alla legge la rilevanza della giurisprudenza e del mutamento giurisprudenziale, la Consulta è intervenuta a dirimere la questione. Coerentemente con la logica suesposta, la citata sentenza della Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 673 c.p.p. «nella parte in cui non prevede l’ipotesi di revoca della sentenza di condanna [...] in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato», sollevata in riferimento agli artt. 3, 13, 25, comma 2, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost.²⁰⁰: un intervento che ribadisce fermamente e mantiene saldo il discrimine tra mutamento legislativo e mutamento giurisprudenziale²⁰¹.

¹⁹⁹ Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, *Considerato in diritto*, § 7.

²⁰⁰ *Ibidem*. Sulla sentenza v. il commento di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra “diritto giurisprudenziale” e “legge”*, in *Giur. cost.*, 2012, 5, 3474 ss.

²⁰¹ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Tra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., 46.

Al riguardo, non può trascurarsi come nella sentenza n. 25 del 2019²⁰², la Corte costituzionale abbia riaffermato la refrattarietà al formante giurisprudenziale della costruzione interamente legislativa della dinamica della punibilità, nelle sue fasi della costituzione, modificazione e abrogazione²⁰³.

Avendo riguardo agli approdi cui è pervenuta la Corte costituzionale, può ritenersi che i requisiti sostanziali della qualità della legge incontrino resistenza ad affermarsi a livello statale, mentre appaiono ben adattarsi all'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

Invero, la Corte di Strasburgo e la Corte di Giustizia, come già rilevato, sono entrambe orientate a un principio di legalità che non guarda più e soltanto alla fonte della norma. A mente degli artt. 7 Cedu e 49 Carta di Nizza, il principio di legalità viene espresso secondo la formula: “Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno e il diritto internazionale”. È, *ictu oculi*, evidente che nell'ordinamento sovranazionale ed europeo il canone *de quo* è costruito in maniera differente rispetto all'ordinamento italiano. In quest'ottica, la legalità, per entrambi gli ordinamenti, coincide con la prevedibilità/accessibilità e con la conoscibilità agevole²⁰⁴.

Disponendo, alla luce dell'analisi svolta, degli strumenti per operare un raffronto tra le due concezioni della legalità, si può affermare che la concezione sostanziale sia solo apparentemente meno garantista a causa delle oscillazioni cui può dar luogo – oscillazioni che non sono di certo foriere della prevedibilità – ma, in concreto, porta, ove applicata, ad un risultato di ampliamento delle garanzie per il singolo. Di converso, la seconda concezione – quella formale – all'apparenza più garantista in termini di certezza del diritto, nella specie comporta l'esclusione di un più ampio spettro di tutele che la visione pragmatica delle Corti europee, invece, garantisce.

²⁰² v. *infra*, § 4.3.

²⁰³ V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sist. pen.*, 3/2020, 129 ss.

²⁰⁴ In questi termini, G.M. FLICK, *Il principio di legalità: variazioni sul dialogo fra Corte di Giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014.

Le più rilevanti ricadute pratiche dell'interazione tra Carte e Corti verranno *funditus* esaminate nel presente capitolo attraverso l'analisi dei casi che hanno segnato un paradigma *in subiecta materia*.

2. CASO *CONTRADA*. IL CONCORSO ESTERNO: TRA INDETERMINATEZZA LEGISLATIVA E TIPIZZAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Il caso *Contrada* accende i riflettori sulla carenza di conoscibilità della norma penale determinata dall'incertezza giurisprudenziale²⁰⁵.

In principio, è apparso necessario indagare il canone di determinatezza valorizzando il rapporto che intercorre tra legalità e colpevolezza, in quanto la sentenza *Contrada* si inserisce a pieno titolo in una “terra di mezzo”. In altre parole, ciò che più rileva nella causa in esame è l'invocazione a una soggettivizzazione del rimprovero *contra reum*, in cui si deve, giocoforza, ricondurre un problema di legalità nello schema della colpevolezza.

L'elemento soggettivo attiene alla qualifica del ricorrente, Bruno Contrada, il quale ricopriva il ruolo di alto funzionario di polizia in servizio prima presso la Questura di Palermo, assumendo anche il ruolo di Capo della Squadra Mobile, e poi di funzionario presso l'Alto Commissariato per il coordinamento della lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso e, ancora, di vicedirettore dei servizi segreti civile (SISDE). Contrada aveva, inoltre, preso parte alle indagini svolte dal giudice Falcone che inaugurarono il maxiprocesso di Palermo e, a seguito delle numerose notizie apprese in ragione della qualifica ricoperta, veniva accusato di avere reso informazioni alla consorteria mafiosa di “Cosa nostra” nel periodo intercorrente il 1979 e il 1988.

La vicenda processuale origina dalla condanna del Contrada per concorso esterno in associazione di tipo mafioso nel 1996 dal Tribunale di Palermo, poi da

²⁰⁵ Corte Edu, sez. IV, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, *Contrada c. Italia*.

un'assoluzione nel 2001 in secondo grado con sentenza annullata dalla Corte di cassazione nel 2002 per difetto di motivazione e poi, ancora, da una condanna pronunciata dalla Corte di Appello di Palermo in sede di rinvio nel 2006, divenuta definitiva l'anno successivo in seguito al rigetto del ricorso ad opera della Suprema Corte.

La vicenda approda a Strasburgo alla Corte europea dei diritti dell'uomo dinanzi alla quale il ricorrente si doleva, *in primis*, dell'applicazione retroattiva del precetto, in quanto asseriva che il reato a lui addebitato veniva dalla giurisprudenza delineato solo in epoca successiva alla commissione del fatto e, in secondo luogo, della mancanza di prevedibilità della sanzione penale che risultava, dunque, irrogata in violazione dell'art. 7 Cedu in ordine al principio *nulla poena sine lege*.

La Corte Edu, dopo aver chiarito la portata del denunciato articolo attraverso i suoi precedenti, ha precisato che la legge deve definire in modo chiaro i reati e le pene, essendo tale requisito 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»²⁰⁶.

I giudici di Strasburgo, sul presupposto (erroneo, ma sostenuto da parte della dottrina) che il concorso esterno in associazione mafiosa fosse un reato di origine giurisprudenziale, oltre che dall'esistenza di un contrasto interno tra le Sezioni semplici della cassazione, giungono alla conclusione che tale condanna fosse imprevedibile per Bruno Contrada. In particolare, l'argomentazione si basava sul dato che all'epoca dei fatti il reato non fosse sufficientemente chiaro e, dunque, il ricorrente non potesse avere contezza specifica della pena cui sarebbe stato sottoposto per la responsabilità penale che discendeva dagli atti compiuti. I giudici di Strasburgo accolgono, pertanto, l'istanza del ricorrente affermando che i tribunali nazionali, nel condannare Contrada, non avessero rispettato i principi di non retroattività e di prevedibilità della legge penale.

²⁰⁶ Corte Edu, IV Sezione, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, cit., § 79.

È qui il caso di osservare che, a differenza di quanto si era in precedenza affermato secondo una idea subito diffusasi in dottrina e giurisprudenza, la violazione dell'art. 7 Cedu ravvisata dalla Corte non risiede sul dato secondo cui il concorso esterno in associazione mafiosa sarebbe un reato creato dalla giurisprudenza. Del resto, l'affermazione parrebbe del tutto irrilevante nella misura in cui si consideri che la Corte europea ammette reati di creazione giurisprudenziale e, al tempo stesso, erronea dal punto di vista del diritto nazionale atteso che il concorso esterno risulta semplicemente dall'applicazione di una norma estensiva della punibilità (l'art. 110 c.p.) a una norma incriminatrice, che è l'esito di una operazione compatibile con il diritto positivo di fonte legislativa. Il problema rilevato dalla Corte europea attiene, piuttosto, alla circostanza per cui all'epoca dei fatti commessi dall'imputato la giurisprudenza italiana si era mostrata incerta sulla possibilità di applicare il combinato disposto degli artt. 110 e 416-*bis* c.p., a causa dell'intervento, in quel periodo, di varie pronunce della Corte di cassazione di annullamento relative a provvedimenti o sentenze fondate sul medesimo combinato disposto. Ciò avrebbe, dunque, reso per l'imputato non prevedibile la prospettiva di una propria futura sottoposizione a procedimento penale a quel titolo²⁰⁷.

Questa incertezza può oggi certamente dirsi scomparsa a seguito del definitivo assestamento della giurisprudenza in materia di concorso esterno a partire dalla decisione delle Sezioni unite della cassazione *Demistry* del 1994²⁰⁸, che rende prevedibile per chiunque la prospettiva di essere condannato in forza del combinato disposto degli artt. 110 e 416-*bis* c.p. nell'ipotesi in cui egli intenda fornire consapevolmente un contributo causale alla sopravvivenza o al mantenimento in vita di un'associazione di tipo mafioso.

Questa decisione e le corredate argomentazioni hanno sollevato aspre critiche. Se, difatti, sovente la giurisprudenza è chiamata a intervenire al fine di chiarire il significato di alcuni elementi costitutivi di una fattispecie, ne discende che negare la prevedibilità dell'esito giudiziario in ognuna di queste circostanze significherebbe escludere la condanna in mancanza di uniformità di interpretazione. È di tutta evidenza che dall'esistenza di un contrasto giurisprudenziale non

²⁰⁷ Corte Edu, IV Sezione, sent. 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, cit., § 67-75.

²⁰⁸ Cass. pen., sez. un., sent. 5 ottobre 1994, n. 16, *Demistry*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 422 ss.

discende, quale logico corollario, l'imprevedibilità della decisione, dovendosi, piuttosto, ragionevolmente ritenere che il caso possa essere deciso tanto in un senso quanto nell'altro potendosi, pertanto, parlare più che di imprevedibilità di dubbio²⁰⁹. La controversia dottrinale o giurisprudenziale, altrimenti detto, non rende imprevedibile una decisione, bensì la rende incerta. Tuttavia, ci si chiede, «questa incertezza del diritto, dunque, può mai essere “sanzionata” con la sua disapplicazione fino al momento di un guadagnato assestamento ricognitivo? Un tale esito pare francamente improponibile, peggio ancora del male a cui vorrebbe porre rimedio. Basterebbe una controversia giuridica seria per indubbiare qualsiasi decisione su di essa»²¹⁰.

Questo appare quanto mai evidente nella misura in cui si consideri che all'indomani della sentenza *Contrada*, mentre il Tribunale di Catania disponeva il non luogo a procedere nei confronti di un indagato per concorso esterno in associazione mafiosa, in quanto il fatto non sarebbe stato previsto come reato²¹¹, la Corte di appello di Caltanissetta, nel rigettare l'istanza di revisione avanzata da Bruno Contrada a seguito della decisione di Strasburgo, puntualizzava che «parlare di “inesistenza del reato” e di “mera creazione giurisprudenziale” del concorso esterno, per sintetizzare i contenuti della decisione della Corte Edu, costituisse se non un vero e proprio errore giuridico, quantomeno una disinvolta forzatura tecnica», ma chiariva anche il dato, non trascurabile, che la funzione professionale

²⁰⁹ S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2017, 142.

²¹⁰ M. DONINI, *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. proc. pen.*, 1/2016, 354; nello stesso senso anche G. LEO, *Concorso esterno nei reati associativi*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017, 8, secondo cui «se i contrasti di giurisprudenza bastassero a rendere “imprevedibile” l'irrogazione di una pena, addirittura in senso retrospettivo [...], l'efficacia del sistema di tutela penale dei beni giuridici sarebbe rapidamente dispersa. Con conseguenze altrettanto perniciose, fra l'altro, in punto di capacità evolutiva del diritto giurisprudenziale».

²¹¹ Trib. Catania, sezione G.I.P., 12 febbraio 2016, n. 1077, *Ciancio*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016, con nota di G. MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte Edu*. La pronuncia è stata poi annullata da Cass., Sez. V pen., 14 settembre 2016, n. 42996.

svolta dal *Contrada* implicava che lo stesso fosse consapevole dell'estensibilità dell'art. 110 c.p. all'art. 416–*bis* c.p.²¹².

Giova rammentare che in quegli anni era in essere, in seno alla giurisprudenza italiana, un contrasto giurisprudenziale in ordine alla configurabilità del concorso eventuale in fattispecie plurisoggettiva necessaria, di cui si dirà *funditus* nel prosieguo. Si discuteva, in altre parole, se imputare il reato a titolo di partecipazione all'associazione ovvero a titolo di concorso *ab externo*. Su questo contrasto la Corte d'appello di Caltanissetta (sentenza 18 novembre 2015, n. 924) respingeva l'istanza di revisione presentata dal *Contrada* contro la sentenza emessa a suo carico, e divenuta definitiva nel 2007, in cui l'appellante chiedeva che l'ordinamento italiano si conformasse al *dictum* dei giudici di Strasburgo che avevano dichiarato illegittima la condanna, in quanto fondata sulla imprevedibilità del precetto.

In verità, le ragioni del diniego si fondavano sullo *status* di Bruno *Contrada*, il quale, in ragione della posizione ricoperta, si è ritenuto fosse nelle condizioni di prevedere la rilevanza penale e le conseguenze delle proprie azioni di agevolazione ai sodalizi mafiosi. Si osserva, sul punto, che le incertezze del *Contrada* potevano vertere sul titolo dell'imputazione, favoreggiamento ovvero concorso esterno – questi erano i termini in cui si articolava la *querelle* in giurisprudenza sottesa alla sentenza *Demistry* – ma l'incertezza non poteva giungere fino a far ritenere che il contegno dell'agente fosse tale da non assurgere a rilevanza penale. Si argomenta, peraltro, a sostegno di quanto suesposto, che in casi diversi²¹³ la stessa Corte Edu non ha mancato di valutare la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie sulla base della posizione professionale ricoperta dal ricorrente. Appare, dunque, alquanto anomalo che, nel caso *de quo*, questa valutazione non sia stata compiuta e i giudici di Strasburgo abbiano deciso prescindendo dalla rilevanza della qualifica soggettiva. Ciononostante, in ottemperanza al dettato di cui all'art. 46 Cedu e alla

²¹² App. Caltanissetta, 18 novembre 2015, n. 924, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2016, con nota di F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*.

²¹³ Il riferimento è al caso *Soros c. Francia* di cui si dirà, in generale, al § 5 e, in particolare, al § 5.1.

sua natura precettiva, l'Italia è tenuta a conformarsi al c.d. giudicato europeo: la sentenza è da ritenersi vincolante e insuscettibile di essere riesaminata nel merito.

La fine della tormentata vicenda si è avuta, pertanto, con l'annullamento da parte della Corte di cassazione della sentenza di condanna emessa contro Contrada per concorso esterno, la quale viene contestualmente dichiarata «ineseguibile e improduttiva di effetti penali»²¹⁴.

2.1. LA CONFIGURABILITÀ DEL CONCORSO EVENTUALE NELLE FATTISPECIE A CONCORSO NECESSARIO. LA CAUSALITÀ NEL CONCORSO ESTERNO E LE RICOSTRUZIONI AD OPERA DELLA GIURISPRUDENZA

Ripercorrendo i tratti salienti della vicenda *Contrada*, il problema della prevedibilità della condanna reca con sé un ulteriore interrogativo in ordine alla configurabilità di un concorso eventuale ai sensi dell'art. 110 c.p. nei reati necessariamente plurisoggettivi. Il Codice penale disciplina il reato di associazione a delinquere di tipo mafioso all'art. 416-*bis* c.p.: si tratta di un reato plurisoggettivo proprio che richiede la coscienza e volontà di entrare a far parte dell'associazione in maniera stabile e permanente (c.d. *affectio societatis*), nonché la coscienza e volontà di realizzare gli scopi dell'associazione mafiosa, ossia il suo mantenimento in vita. La configurazione in questi termini del reato in commento pone la questione se sia ammissibile un concorso eventuale in un siffatto reato da parte di soggetti che non siano membri stabili dell'associazione, ma che forniscano all'associazione medesima un loro contributo.

Secondo un orientamento negazionista, l'ammissibilità era stata in un primo momento esclusa sulla base dell'argomentazione secondo cui i contributi causali

²¹⁴ Cass. Pen. 6 luglio 2017, n. 43112, in *dejure.it*, con nota di S. BELTRANI. Sul punto, si vedano le osservazioni di F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la cassazione chiude il caso contrada*, in *Dir. pen. cont.* 9/2017, 173 ss.

penalmente rilevanti dovessero ricadere nell'art. 416-*bis* c.p. o entro fattispecie criminose diverse, tra cui si annoverano l'art. 378, comma 2 c.p., l'art. 418 c.p. e l'art. 7 d.l. n. 152/1991, di talché non sarebbero rimasti profili di punibilità in cui potesse trovare luogo il combinato disposto degli artt. 110 e 416-*bis* c.p. In linea con il suesposto orientamento, il comportamento del concorrente esterno non differirebbe, né dal punto di vista oggettivo, né da quello soggettivo, dalla condotta dell'*intraneus*, ne consegue che la prestazione di un contributo di tipo causale al sodalizio avrebbe integrato il requisito della partecipazione ex art. 416-*bis* c.p. La tesi in esame veniva suffragata, dunque, dal dato che il legislatore avesse previsto specifiche disposizioni volte a sanzionare possibili contegni contigui con il sodalizio mafioso che si rivelerebbero superflue qualora si ammettesse la configurabilità del concorso esterno nel reato associativo.

La tesi di segno opposto osserva, di contro, che le due figure del concorrente interno ed esterno vadano diversificate: l'*intraneus* deve, infatti, essere connotato dal requisito soggettivo dell'*affectio societatis* e, sul piano oggettivo, si richiede che egli sia stabilmente inserito nell'organizzazione; l'*extraneus* è colui che, invece, presta all'associazione un contributo idoneo al suo mantenimento senza, tuttavia, esserne partecipe.

La questione relativa alla configurabilità del concorso eventuale nei reati necessariamente plurisoggettivi è stata successivamente affrontata dalla giurisprudenza di legittimità e aveva trovato il suo esito con risposta positiva²¹⁵. Invero, a partire dalla fine degli anni Sessanta del secolo scorso, diverse sono le pronunce in tema di cospirazione politica attraverso la costituzione di una associazione, di guisa che la nozione di concorso esterno era ben consolidata nella giurisprudenza anche in tempo antecedente ai fatti oggetto di contestazione²¹⁶. È

²¹⁵ Il Governo italiano, nella presa di posizione durante il processo Contrada di fronte alla Corte Edu, ha sostenuto che le decisioni che contestano l'esistenza del reato di concorso esterno in un'associazione di stampo mafioso sono state solo minoritarie e la giurisprudenza, seppure in riferimento a fattispecie diverse rispetto all'art. 416-*bis* c.p., ha riconosciuto tale reato fin dall'inizio, ossia dal 1968 al 1989.

²¹⁶ Si veda, Cass. Pen., 13 giugno 1987, n. 3492 ric. Altivalle, in *C.E.D. Cass.*, n. 17789; Cass. Pen., 4 febbraio 1988, ric. Barbella, in *C.E.D. Cass.*, n. 179169; Cass. Pen., 23 novembre 1992, ric. Altomonte, in *Guida Dir.*, n. 19/2007, 100 ss.; Cass. Pen., 18 giugno 1993, ric. Turiano, in *C.E.D. Cass.*, n. 194623, 1994.

pur vero che, in materia, non sono mancati orientamenti volti a contestare la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa²¹⁷, cionondimeno – nel caso sottoposto all’attenzione – i fatti oggetto di causa non potevano non ricondursi nell’alveo del concorso esterno e ciò, peraltro, poteva ben prefigurarsi agli occhi del ricorrente, «tenuto conto delle competenze professionali, della sua personalità e del suo percorso»²¹⁸.

Invero, nella pronuncia delle Sezioni unite si evince un argomentare fortemente critico circa il ragionamento seguito dalla Corte Edu. *In primis*, il concetto di fattispecie di creazione meramente giurisprudenziale sarebbe improprio, ma sarebbe «altresì sfuggito alla considerazione dei giudici europei»²¹⁹ che la giurisprudenza interna aveva già superato i dubbi circa la configurabilità di un concorso eventuale in una fattispecie a concorso necessario; «l’unico esito non prevedibile in quel contesto interpretativo della fattispecie era l’assoluzione»²²⁰.

La frattura esegetica emersa nella giurisprudenza di legittimità ha provocato l’intervento del massimo organo nomofilattico, il quale con la sentenza *Demistry*²²¹ ha accolto la tesi favorevole alla configurabilità del concorso esterno in associazione per delinquere di stampo mafioso. In rapporto di continuità sono, poi, intervenute la sentenza *Carnevale*²²² e la sentenza *Mannino*²²³. Di recente, con la sentenza *Dell’Utri*²²⁴, la Cassazione è tornata ancora sul tema confermando l’orientamento consolidato.

Passando in rassegna i principali arresti giurisprudenziali, è con la sentenza *Demistry* che la giurisprudenza ha differenziato *expressis verbis*, per la prima volta, la figura del partecipe – concorrente necessario – da quella del concorrente eventuale, nonché ha chiarito l’ambito di operatività del concorso esterno punibile.

²¹⁷ In questo senso, Cass. Pen., 14 luglio 1987, ric. Cillari, in *Cass. Pen.*, 1989, 36; Cass. Pen., 27 giugno 1989, ric. Agostani, in *Cass. Pen.*, 1991, 223; Cass., 27 giugno 1994, ric. Abbate e Clementi, in *Foro it.*, 1994, II, 560.

²¹⁸ Corte Edu, IV Sezione, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, cit., § 56.

²¹⁹ Cass., Sez. un. pen., 24 ottobre 2019, n. 8544, *Considerato in diritto*, § 6.1.

²²⁰ Cass., Sez. un. pen., 24 ottobre 2019, n. 8544, *Considerato in diritto*, § 6.2.

²²¹ Cass., Sez. un. pen., 5 ottobre 1994, n. 16.

²²² Cass., Sez. un. pen., 30 ottobre 2002, n. 22327.

²²³ Cass., Sez. un. pen., 12 luglio 2005, n. 33748.

²²⁴ Cass., Sez. V pen., 9 marzo 2012, n. 15727.

Più in dettaglio, la condotta di partecipazione – elemento materiale del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. – è da intendersi come stabile incardinazione in una associazione dotata delle caratteristiche indicate nella norma incriminatrice e, dunque, stabile permanenza del vincolo associativo che rispecchi un grado di compenetrazione del soggetto con l'organismo criminale. Differente è la posizione del concorrente eventuale rispetto a quello necessario. Qualora difettino i suddetti caratteri e il concorrente non possa, dunque, dirsi che faccia parte del sodalizio, ma ciononostante ponga in essere una condotta atipica, la quale, per assurgere a rilevanza, contribuisca – sia pure atipicamente – alla realizzazione della condotta tipica realizzata da altri, si avrà concorso eventuale. In altri termini, il contributo di quest'ultimo consente agli altri associati di realizzare la condotta tipica. A ben vedere, si tratta di un contributo connotato da atipicità che, per definizione, non è stabile (sarebbe altrimenti un concorrente necessario) e non può essere sovrapposto alla condotta tipica del partecipe. Al fine di ritenere che nel reato *de quo* non vi sia spazio per il concorso eventuale si dovrebbe fornire la prova che non sia pensabile una condotta atipica, ma un apporto che non si estrinsechi nella realizzazione della condotta tipica, bensì rimanga contributo alla realizzazione della stessa – ciò che non è realizzazione, ma che *ab externo* contribuisce alla realizzazione medesima – non può essere altro che contributo atipico. Peraltro, si osserva, a riprova della tesi positiva, come sia un dato pacificamente acquisito la possibilità di concorrere con dolo generico in un reato a dolo specifico, purché almeno uno dei concorrenti abbia agito con la finalità richiesta *ex lege*. Può, dunque, sostenersi che mentre il partecipe che, in quanto tale, prende parte all'associazione agisce nella fisiologia della stessa, il concorrente eventuale che non fa parte del sodalizio, né intende entrare a farne parte, viene in scena quando la fisiologia dell'associazione entra in fibrillazione ed è in questa fase c.d. patologica che si inserisce la figura del concorrente esterno, il quale, attraverso il suo intervento limitato e temporaneo, contribuisce al ripristino dello *status quo ante*.

Secondo il massimo consesso nomofilattico, in questa prima decisione a Sezioni unite in tema, lo spazio riservato al concorso eventuale materiale appare essere quello dell'emergenza nella vita dell'associazione o, quanto meno, non lo spazio della normalità, occupabile da uno degli associati. L'anormalità o la

patologia possono esigere anche un solo contributo, il quale, dunque, può rivelarsi anche episodico, estrinsecandosi in un unico intervento: ciò che rileva è che quell'unico contributo serva per consentire all'associazione di mantenersi in vita, anche solo in un determinato settore, al fine di poter perseguire i propri scopi.

L'ancoraggio dell'operatività del concorso eventuale all'esistenza di una situazione emergenziale e la conseguente riconducibilità del concorrente esterno al paradigma della fibrillazione associativa sono stati oggetto di reazioni critiche che sono sfociate nel qualificare l'approdo delle Sezioni unite una vera invenzione giurisprudenziale²²⁵. Sul punto, ancora, si è ritenuto che ammettere una siffatta configurazione, relativa all'eccezionalità dell'ausilio in rapporto all'eccezionalità delle condizioni cui versi il sodalizio, si traduca nell'assoggettamento (o assoggettabilità) dell'art. 110 c.p. ad un regime a intermittenza difficile da sostenere²²⁶. Sul piano criminologico, l'infondatezza del modello della fibrillazione si coglie osservando la sensibile differenza rinvenibile tra l'organizzazione mafiosa e le altre organizzazioni criminali. Invero, il sodalizio mafioso possiede, quale caratteristica pregnante, l'intreccio di relazioni stabili con esponenti del mondo politico, economico e professionale, a tal punto che la ricerca del sostegno esterno non rappresenta la fase patologica, bensì il naturale e fisiologico funzionamento dell'attività mafiosa stessa²²⁷.

La giurisprudenza successiva alla sentenza *Demitry* si è uniformata ai principi in essa espressi. L'unica pronuncia dissonante nel panorama giuridico è la sentenza *Villecco*²²⁸ con cui viene sferrato un attacco demolitorio all'impianto della

²²⁵ Sul punto, v., per tutti, F.M. IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2081. L'A. afferma che la distinzione tra "fisiologia" e "patologia" nella vita dell'associazione mafiosa non è nella legge e non la si può ricavare attraverso l'interpretazione.

²²⁶ In questi termini, A. MACCHIA, *"Concorso esterno". Storia di una creazione giurisprudenziale*, in *Dir. e giust.*, 2003, 22, 39.

²²⁷ G. FIANDACA, *La tormentata vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Leg. Pen.*, 2003, 693. Per ulteriori commenti sulla "metafora clinica" cfr. G. LEO, *Un altro passo in avanti delle Sezioni unite verso la definizione dell'istituto*, in *Guida dir.*, 2003, 30, 71; G. INSOLERA, *Il concorso esterno in delitti associativi: la ragione di stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, II, 426; V. ADAMI, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e in particolare nei reati associativi*, in *Cass. pen.*, 1997, 2299.

²²⁸ Cass. Sez., VI pen., 21 settembre 2000.

precedente pronuncia appuntandosi su ogni suo punto nodale, di talché – rimettendo interamente in discussione l’istituto – la questione passa a un nuovo vaglio delle Sezioni unite.

Segue, così, la sentenza *Carnevale* che rivisita compiutamente l’istituto del concorso esterno e si pone in rapporto di sostanziale continuità rispetto alle Sezioni unite del 1994 con cui avviene la prima importate elaborazione sul punto. La decisione, dunque, conferma il principio di diritto sulla configurabilità dell’istituto in parola valorizzando la già segnalata distinzione tra partecipe e concorrente esterno. Sebbene in linea con l’orientamento precedente, è il caso di segnalare che la decisione del 2002 evidenzia una significativa innovazione – definita il contributo più prezioso²²⁹ – nel superamento del controverso paradigma della fibrillazione, evidenziando che la fattispecie concorsuale viene in rilievo a prescindere dalla situazione di anormalità. Ulteriore punto oggetto di rivisitazione concerne, poi, il rapporto tra il concorrente esterno e gli scopi dell’associazione, atteso che la sentenza *Demiry* aveva escluso la necessità che l’*extraneus* portasse nelle sue azioni la volontà di realizzare gli scopi del sodalizio mafioso. In verità, si osserva che il dolo del concorrente esterno, oltre a essere caratterizzato in negativo dall’inesistenza dell’*affectio societatis*, deve possedere una connotazione in termini positivi e, dunque, la consapevolezza accompagnata dalla volontà di apportare un contributo finalizzato alla realizzazione del programma criminoso, cosicché l’aspetto subiettivo assumerà la forma del dolo diretto.

In tempi successivi, la Corte di cassazione emette in materia un’ulteriore pronuncia²³⁰, a mente della quale la partecipazione all’associazione criminosa si sostanzierebbe nell’impegno assunto dal soggetto di contribuirne alla vita attraverso una condotta a forma libera, ma tale da costituire un apprezzabile contributo al rafforzamento del sodalizio. Ne consegue che, secondo detta pronuncia, in assenza di partecipazione, solo la prestazione di contributi reali rende concreta ed effettiva la disponibilità nei confronti di fatti ritenuti tali da agevolare il sodalizio, nelle forme dell’apprezzamento e della collaborazione. La presa di posizione in esame,

²²⁹ G. LEO, *Un altro passo in avanti delle Sezioni unite verso la definizione dell’istituto*, cit., 74.

²³⁰ Cass. pen., 28 dicembre 2004, n. 49691, c.d. sentenza *Andreotti*.

per i principi innovativi che afferma rispetto al quadro precedente, ha imposto un nuovo intervento da parte delle Sezioni unite.

È con la sentenza *Mannino* che avviene l'ulteriore definizione dei presupposti del concorso eventuale nel reato associativo. Il *punctum crucis* della decisione afferisce al requisito della rilevanza causale della condotta dell'*extraneus*, il cui contributo deve dispiegare una efficacia causale reale, con accertamento *ex post*, non rilevando la mera idoneità, intesa quale astratta e potenziale proficuità per la consorceria criminale, secondo i crismi della sentenza Franzese²³¹. Si è, in particolare, ritenuto che la tenuta dei principi di offensività e tipicità sia meglio ancorata al modello causale e al criterio condizionalistico, a cui riferirsi nell'operazione di selezione delle condotte concorsuali penalmente rilevanti che accedono a un reato a concorso necessario²³².

A chiudere sul tema è la sentenza *Dell'Utri* con cui la Sezione V penale suggella l'orientamento consolidato. La pronuncia si sofferma sull'elemento psicologico evidenziando che, ai fini della configurabilità del concorso esterno, occorre che il dolo investa sia il fatto tipico sia il contributo causale consistente nella condotta dell'agente alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione. Il comportamento dell'agente e la natura di esso devono, perciò, essere investiti dal doppio dolo o doppio coefficiente psicologico.

In ordine ai delineati paradigmi, nelle attuali contingenze, si assiste a un passaggio a ritroso da parte della giurisprudenza di legittimità che, con due recenti arresti, ha condotto la rotta verso approdi antichi.

Sul punto, si osserva, la riemersione dello schema delineato con la sentenza *Demitry* con la quale le Sezioni unite individuavano nel requisito dello stato di fibrillazione del sodalizio mafioso uno spazio di apertura per l'operatività del

²³¹ Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328.

²³² Cfr., per spunti critici, la posizione di V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, 1352.

concorso esterno. Più in dettaglio, le sentenze Chiocchini²³³ e Pittelli²³⁴ del 2020, hanno fatto riemergere il prototipo che la sentenza *Carnevale* aveva abbandonato e che le Sezioni unite *Mannino* sembravano in via definitiva aver superato. In verità, il riemergere del modello *Demitry*, condiviso in entrambi i recenti arresti giurisprudenziali, torna a influenzare il dibattito sul concorso esterno alimentando un interesse, mai completamente sopito, *in subiecta materia*, in quanto intercetta «la complessità semantica del diritto contemporaneo», nonché gli scenari che narrano il «rapporto tra (fonti di) produzione e (fonti di) interpretazione della materia penale»²³⁵ i cui spazi di intersezione sono venuti, nel tempo, a mutare.

²³³ Cass. pen., sez. un., sent. 3 marzo 2020, n. 8545, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2020; le Sezioni unite, chiamate a decidere se l'aggravante dell'agevolazione delle associazioni mafiose «abbia natura oggettiva concernendo le modalità dell'azione, ovvero abbia natura soggettiva concernendo la direzione della volontà», dopo aver chiarito come «quel che caratterizza il concorrente esterno rispetto all'autore dell'illecito aggravato è che solo il primo ha un rapporto effettivo e strutturale con il gruppo, della cui natura e funzione ha una conoscenza complessiva, che gli consente di cogliere l'assoluta funzionalità del proprio intervento, ancorché unico, alla sopravvivenza o vitalità del gruppo», rilevano che «elemento differenziale della condotta è l'intervento non tipico dell'attività associativa, ma maturato in condizioni particolari (la c.d. fibrillazione o altrimenti definita situazione di potenziale capacità di crisi della struttura), che rendono ineludibile un intervento esterno, per la prosecuzione dell'attività» e affermano che in rapporto «allo sviluppo dello scopo sociale l'azione del concorrente esterno si contraddistingue da elementi di atipicità ed al contempo di necessità in quel particolare ambito temporale».

²³⁴ Cass. pen., sent. 25 giugno 2020, n. 25619, in *Giur. pen.*, 24 novembre 2020. Sul punto, è stato efficacemente osservato come la pronuncia, volgendo le affermazioni delle Sezioni unite a giustificazione della decisione presa, le emancipa «dalla condizione di meri *obiter* che sembrava condannarli a non aver seguito nel diritto dei tribunali – e ancor più nel *capitale semantico* (...) della giurisprudenza di legittimità», e indirettamente riconosce loro «un'efficacia conformativa *de facto*, assimilabile al *precedente* impropriamente inteso»; così V. MAIELLO, *Il cantiere sempre aperto del concorso esterno*, in *Sist. pen.*, 22 febbraio 2021, 4. Per l'A., prendendo le mosse da *Demitry*, la pronuncia «ambisce a collocarsi lungo una linea di evoluzione dialettica della giurisprudenza».

²³⁵ V. MAIELLO, *Il cantiere sempre aperto del concorso esterno*, cit., 8 ss.

2.2. LA SAGA DEI “FIGLI DI UN DIO MINORE”: IL RICORRENTE VITTORIOSO A STRASBURGO RIMANE FIGLIO UNICO

Le Sezioni unite della Corte di cassazione²³⁶ chiudono la saga dei “figli di un dio minore”²³⁷ sancendo l’improduttività di effetti *erga omnes* della sentenza del ricorrente vittorioso a Strasburgo che, pertanto, rimarrà “figlio unico”. Lo squarcio di incertezza aperto dalla sentenza *Contrada c. Italia* viene, così, ricucito dalle pronunce italiane successive con cui è stata sbarrata la strada alla produzione di effetti generalizzati. Invero, sul versante dei c.d. fratelli minori di Contrada, la giurisprudenza di legittimità ha negato che la sentenza della Corte Edu abbia i crismi di una sentenza pilota o la consistenza di un diritto consolidato. Si può notare, d’altra parte, che il diritto non sufficientemente consolidato viene, in questa vicenda, utilizzato dalla giurisprudenza nazionale come argomento per sottrarre alle sentenze di Strasburgo il potenziale effetto *erga omnes*.

Il quesito consisteva nel chiedersi se la sentenza della Corte Edu, relativa al difetto di prevedibilità della condanna di Bruno Contrada per concorso esterno in associazione mafiosa, potesse estendersi ai soggetti che, diversi dal ricorrente, si fossero, tuttavia, trovati nella medesima situazione e, in caso di risposta positiva, attraverso quale rimedio attuare l’effetto estensivo. La risposta delle Sezioni unite è stata negativa e nell’*iter* motivazionale si valorizza l’assoluta eccezionalità del caso concreto che ha condotto alla condanna dell’Italia da parte della Corte Edu. La suggestione è che più che non consolidata, la pronuncia emessa dai giudici di Strasburgo, concernente il caso *Contrada*, alla giurisprudenza di legittimità sia apparsa non del tutto convincente.

²³⁶ Cass., sez. un. pen., 24 ottobre 2019-3 marzo 2020, n. 8544, *Genco*, in *Giur. it.*, 2020, 1756.

²³⁷ Con l’espressione “fratelli minori” si intende il riferimento ai soggetti, diversi dal Contrada, che, analogamente condannati per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti antecedenti all’intervento delle Sezioni unite *Demitry* del 1994, hanno presentato ricorso alla Corte di Strasburgo senza, tuttavia, ottenere il medesimo trattamento del ricorrente vittorioso, rimanendo, pertanto, alla ricerca di adeguata tutela.

Sull'operatività *ultra partes* della sentenza Cedu si è pronunciata la giurisprudenza, la quale ha osservato una divergenza di posizioni sostanziali e processuali tra i casi portati all'attenzione rispetto al caso *Contrada*. A rilevare sull'esito del ricorrente vittorioso a Strasburgo è la posizione soggettiva dell'imputato nonché la modalità di esercizio del diritto di difesa nel processo. Si evidenzia, in proposito, che il Dell'Utri²³⁸ non aveva mai contestato, nella linea difensiva seguita, il *deficit* di prevedibilità del precetto penale in ordine al concorso esterno, a differenza del *Contrada*, il quale aveva, invece, prospettato una differente qualificazione giuridica dei fatti: in questo risiederebbe il diverso contegno processuale tenuto, da cui scaturisce la previsione o meno delle conseguenze delle condotte e, dunque, il carattere soggettivo della prevedibilità in concreto della pena.

La valenza *intra partes* della pronuncia su Bruno *Contrada*, ribadita nelle richiamate Sezioni unite *Genco*²³⁹, ne valorizza la portata quale *unicum* nel panorama delle sentenze Cedu, che spiega la sua vincolatività al solo caso ivi disciplinato²⁴⁰.

²³⁸ Cass. pen., sent. 18 ottobre 2016, n. 44193.

²³⁹ Cass., sez. un. pen., 24 ottobre 2019-3 marzo 2020, n. 8544, *Genco*, in *Giur. it.*, 2020, 1756, *Considerato in diritto*, § 5 ss.

²⁴⁰ In ordine al quesito sulla rilevanza del principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali, è da evidenziare il contenuto del § 6.5 della motivazione: «il concetto di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta non è estraneo nell'ordinamento nazionale, ma è veicolato attraverso la nozione di errore di diritto incolpevole, come elaborata dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988 [...] che ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 5 c.p., “nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile». L'imprevedibilità è qui ricondotta nell'alveo della colpevolezza, la quale non si limita alla conoscenza del testo di legge, ma è estesa alla legge interpretata, in conformità all'orientamento delle Corti d'Europa.

3. L'AFFAIRE *TARICCO* E IL RUOLO DI PRIMO PIANO DEI COROLLARI DELLA LEGALITÀ PENALE IN NOME DEI QUALI LA CONSULTA VIENE SOLLECITATA PER LA PRIMA VOLTA AD AZIONARE L'ARMA DEI CONTROLIMITI

Prima di descrivere i suoi principali snodi, giova evidenziare che la vicenda *Taricco* reca con sé due grandi eredità.

Per quanto più è di interesse in questa sede, la prima è segnata dall'interrelazione tra i corollari della legalità, di cui non tutti rivestono il medesimo ruolo. La riserva di legge, che storicamente ha rappresentato il primo e più evidente ostacolo all'affermazione di un diritto penale europeo, nella vicenda *Taricco* vede notevolmente ridimensionato il proprio ruolo di baluardo di garanzia²⁴¹, assumendo il ruolo di "attore non protagonista". A suo discapito, appare valorizzato, invece, il peso del principio di determinatezza assunto dalla Corte costituzionale sia nell'ordinanza n. 24 del 2017 (prima) che nella sentenza n. 115 del 2018 (poi), tanto da risultare protagonista nella difesa del diritto penale nazionale nei confronti del diritto eurounitario.

In particolare, il giudice delle leggi individua l'oggetto del giudizio di determinatezza nella regola ricavata dall'art. 325 TFUE dalla Corte di Giustizia: «questa Corte è chiamata dai giudici rimettenti a valutare, tra l'altro, se la regola tratta dalla sentenza resa in causa *Taricco* soddisfi il requisito della determinatezza, che per la Costituzione deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale»²⁴².

Si evidenzia, peraltro, che la scelta della Corte costituzionale di estendere le garanzie del *nullum crimen et nulla poena sine lege* ad una sentenza della Corte di Giustizia sembra voler prospettare un compromesso tra legalità formale e legalità

²⁴¹ A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 76.

²⁴² Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24, *Considerato in diritto*, § 5.

sostanziale²⁴³. La determinatezza diventa, dunque, l'attributo non di una disposizione, ma di una norma elaborata dalla Corte europea²⁴⁴.

Preliminarmente, al fine di inquadrare il fatto e il ruolo da protagonista svolto dai principi di determinatezza e irretroattività, appare utile fornire un *excursus* sui termini della vicenda che prende nome dalla sentenza della Corte di Giustizia 8 settembre 2015²⁴⁵, e che trae spunto da distinte ordinanze della Terza Sezione penale della Corte di cassazione e della Seconda Sezione penale della Corte d'appello di Milano, concernenti l'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, §§. 1 e 2 TFUE, come interpretato dalla citata pronuncia *Taricco* della Corte di Giustizia.

I giudici di Lussemburgo, in sede di rinvio pregiudiziale, vengono investiti del ruolo di verificare se sussista una antinomia tra la normativa interna e il diritto eurounitario riservando, in ultima analisi, al giudice nazionale se e fino a che punto l'eventuale disapplicazione susseguente alla rilevata incompatibilità si ponga in linea con i principi generali dell'ordinamento e con quella barriera invalicabile rappresentata dai c.d. controlimiti²⁴⁶.

È d'obbligo precisare, sul tema, che la difesa delle fonti dell'ordinamento e la soggezione del giudice alla legge – segnatamente in ambito penalistico – «non riguarda un piccolo rimasuglio di sovranità statale, ma l'idea stessa di

²⁴³ A. LAURITO, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *Arch. pen. web*, 2/2017, 6-7.

²⁴⁴ In questo senso, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 288.

²⁴⁵ CGUE, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*.

²⁴⁶ Il passaggio con cui la Corte di Giustizia, nella sentenza *Taricco I*, precisava che sarebbe spettato al giudice nazionale verificare che i diritti fondamentali degli imputati venissero rispettati, lungi dal rappresentare un *obiter dictum*, mirava a delineare il meccanismo e il presupposto logico della teoria dei controlimiti. Cfr. M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni "punitive" della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2018, 7 ss.; M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in *Forum costituzionale*, 2012; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Quest. Giust.*, 22 ottobre 2018.

legalità e il rapporto fra legge e giurisdizione»²⁴⁷. Essa, difatti, involve la struttura stessa del sistema costituzionale italiano.

Orbene, la prima sentenza *Taricco*, con la quale la Corte di Giustizia ha affermato l'obbligo per il giudice italiano di disapplicare le disposizioni di cui agli artt. 160 e 161 c.p. nella parte in cui fissano un termine assoluto di prescrizione pur in presenza di atti interruttivi, in relazione a reati gravi che offendono gli interessi finanziari dell'Unione europea, non ha tardato di suscitare reazioni contrastanti presso la giurisprudenza italiana, come era prevedibile.

In particolare, immediatamente dopo la decisione con cui la Corte di cassazione²⁴⁸ ha per la prima volta dato esecuzione alla sentenza della Corte di Giustizia disapplicando una prescrizione già maturata in materia di frodi Iva, la Corte di appello di Milano ha rimesso con ordinanza²⁴⁹ gli atti alla Corte costituzionale, invitandola espressamente ad opporre, per la prima volta nella storia della nostra giurisprudenza costituzionale, lo strumento dei “controlimiti” alle limitazioni di sovranità imposte dall’ordinamento europeo.

Più in dettaglio, la Corte milanese procede sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, con cui viene ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, *"nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia nella sentenza in data 8.9.2015, causa C-105/14, Taricco – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per*

²⁴⁷ D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, cit., 1, 263.

²⁴⁸ Cass., sez. III pen., sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, Pres. Franco, Est. Scarcella.

²⁴⁹ Corte d'appello di Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto.

l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, secondo comma, Cost."

Il controlimite invocato in rapporto all'obbligo generale per il giudice italiano di fare applicazione delle norme di diritto primario dell'Unione – nel caso di specie l'art. 325 TFUE, come interpretato dalla Corte di Lussemburgo – viene identificato dalla Corte di Milano nel principio di legalità in materia penale, ai sensi dell'art. 25 co. 2 Cost. A mente dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale italiana, il principio in esame viene, all'evidenza, considerato dal giudice *a quo* quale principio fondamentale nell'ordinamento giuridico italiano e, come tale, prevalente in base a quanto pacificamente sostenuto dalla Corte costituzionale a far data dalla storica sentenza *Granital* (n. 170/1984), in rapporto ai vincoli assunti dall'Italia nei confronti dell'ordinamento dell'Unione europea al momento della sua adesione al medesimo²⁵⁰.

Invero, la sentenza *Taricco* esclude che possa ravvisarsi un contrasto tra la decisione in commento e il principio di legalità dei reati e delle pene, come riconosciuto dall'art. 49 della Carta europea dei diritti fondamentali (CDFUE) e come letto alla luce della giurisprudenza della Corte Edu in materia di art. 7 Cedu. Quest'ultima giurisprudenza si fonda sulla nota considerazione secondo cui la materia della prescrizione del reato sia estranea al principio di legalità, in quanto afferente alle concrete condizioni di procedibilità del reato; con la conseguenza che non violerebbe il principio *de quo* l'allungamento con effetto retroattivo dei termini di prescrizione rispetto a quelli previsti dalla legge al momento della commissione del fatto.

Sul punto, si richiama l'orientamento di segno opposto patrocinato dalla Corte costituzionale italiana, la cui costante giurisprudenza ha sempre affermato che la disciplina della prescrizione del reato è soggetta al principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 e, conseguentemente, a tutti i suoi corollari, in particolare riserva di legge e irretroattività dei mutamenti sfavorevoli della relativa disciplina.

²⁵⁰ F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad attivare i 'controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015.

Sulla base di tale premessa, la Consulta rileva l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale volte a modificare *in peius* la disciplina della prescrizione, atteso che dal loro eventuale accoglimento scaturirebbe non solo l'ingerenza della Corte in una materia riservata esclusivamente al legislatore democratico, ma anche l'applicazione retroattiva della disciplina peggiorativa a chi aveva commesso il fatto nel vigore della più favorevole disciplina dichiarata illegittima.

Invero, la disapplicazione delle norme sulla prescrizione imposta dalla Corte di Giustizia condurrebbe a una violazione del principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost., nella misura in cui una tale pronuncia produrrebbe la retroattività *in malam partem* della normativa nazionale risultante da tale disapplicazione e implicante l'allungamento dei termini prescrizionali.

La soluzione dell'antinomia viene, dunque, rimessa alla Corte costituzionale, sul presupposto che la valutazione circa la sussistenza di controlimiti agli obblighi discendenti dall'Unione europea è nel nostro ordinamento riservata al giudice delle leggi ed è, invece, preclusa al giudice comune²⁵¹. La strada attraverso cui invocare i controlimiti sarebbe, dunque, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge di esecuzione nell'ordinamento interno del Trattato di Lisbona, nella misura in cui attribuisce forza cogente all'art. 325 TFUE, dal quale la Corte di Giustizia ricava l'obbligo di disapplicare la disciplina di cui alle norme *de quibus* in materia di prescrizione.

La questione viene, perciò, trasmessa alla Corte costituzionale la quale avrà il difficile e delicatissimo compito di decidere se allinearsi con la decisione dei giudici europei o se porsi in contrasto con essa resistendo al principio di primazia del diritto eurounitario.

²⁵¹ Sul punto, si vedano gli univoci pronunciamenti della Corte costituzionale in questo senso (cfr., *ex aliis*, ord. n. 454/2006 e sent. n. 284/2007).

3.1. L'ACTIO FINIUM REGUNDORUM DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LA REGOLA TARICCO E IL DEFICIT DI DETERMINATEZZA

A proposito di eredità tramandata dalla saga *Taricco*, il secondo aspetto significativo che da essa si fa discendere attiene al ruolo efficacemente svolto dalla Corte costituzionale, che, muovendosi in una direzione paragonabile all'azione civilistica di regolamento dei confini, ha ammirevolmente evitato strappi politici, ristabilendo i confini della materia penale.

La Consulta, chiamata a pronunciarsi in due occasioni sul caso *Taricco*, non ha formalmente opposto i controlimiti, ma, in luogo di essi, esemplare è stata l'attivazione dello schema del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE, un'operazione che si inserisce, a pieno titolo, tra i meccanismi diretti di virtuosa cooperazione fra le giurisdizioni interne e quelle nazionali²⁵². Cionondimeno, attraverso l'ordinanza n. 24 del 2017²⁵³, il giudice delle leggi perviene, in sostanza, al medesimo risultato cui si sarebbe giunti attraverso la violazione del principio di primazia. Per vero, i consistenti dubbi di conformità ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale, sollevati dalla sentenza della Corte di Giustizia *Taricco I*, hanno portato la Corte costituzionale italiana a interrogarsi sulla portata del principio.

Di talché, imboccando la via di un nuovo rinvio a Lussemburgo, la Corte costituzionale suggerisce alla Corte di Giustizia – attraverso quesiti che assumono

²⁵² G. CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in *Sistema Penale*, 12/2022, 62.

²⁵³ Corte costituzionale, ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24. Il rilievo della decisione trova conferma nei commenti autorevoli di R. BIN, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 13 novembre 2017, 1 ss.; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca, Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017, 1 ss.; D. PULITANÒ, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2017, 108 ss.; C. SOTIS, "Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". *Riflessioni su Corte costituzionale n. 24 del 2017 (caso Taricco)*, 3 aprile 2017, 1 ss.

una veste retorica²⁵⁴ – di esplicitare la barriera dei controlimiti, evitando così la rottura politica, ma al contempo rivendicando il proprio ruolo di custode dei principi fondamentali. In altri termini, ravvisata l'incompatibilità tra i principi fondamentali costituzionali e quanto espresso nella ricordata sentenza *Taricco I*, la Consulta – anziché contrapporsi frontalmente – ha optato per una soluzione conciliativa e ha inteso subordinare l'applicabilità della regola alla compatibilità della stessa con l'identità costituzionale dello Stato membro.

La Corte costituzionale, più in dettaglio, ha posto alla Corte di Giustizia tre questioni sull'interpretazione dell'art. 325, §§ 1 e 2, del TFUE, al fine di chiarire se la norma debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare la normativa nazionale sulla prescrizione: 1) anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata; 2) anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità; 3) anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro.

La verifica della determinatezza viene svolta su due piani. Il primo attiene alla possibilità che la persona potesse ragionevolmente prevedere che l'art. 325 TFUE avrebbe imposto al giudice la disapplicazione degli artt. 160, ultimo comma c.p. e 161, secondo comma c.p. e che, dunque, la norma in parola ricevesse una simile interpretazione. La verifica successiva involve l'idoneità della regola enunciata dalla Corte di Giustizia a circoscrivere compiutamente la discrezionalità del giudice. Sotto questo versante, appare necessario evidenziare le due nozioni affette da *deficit* di determinatezza enucleate nella regola Taricco.

In particolare, la suddetta regola stabilisce che il giudice nazionale debba disapplicare – a determinate condizioni di seguito esposte – gli artt. 160, comma 3 e 161, comma 2, c.p., omettendo di dichiarare prescritti i reati e procedendo nel giudizio finale in due casi: a) quando il regime giuridico della prescrizione impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive *in un numero considerevole*

²⁵⁴ A. MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giur. pen.*, 3/2017, 14 ss.

di casi di frode grave che ledano gli interessi finanziari dell'Unione; b) quando il termine di prescrizione risulti più breve di quello fissato dalla legge nazionale per casi analoghi di frode in danno dello Stato membro (c.d. principio di assimilazione).

Va rilevato che i giudici remittenti ritengono violato l'art. 25, comma 2, Cost., per i profili di riserva di legge in materia penale – posto che il regime della prescrizione cesserebbe di essere legale – e della determinatezza, a causa della genericità dei concetti di *frode grave* e di *numero considerevole di casi*, intorno ai quali ruota la regola *Taricco*. Si tratta di una conclusione fondata sul fatto che la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, tale da offrire agli imputati un livello di protezione più elevato rispetto a quello riconosciuto dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della Convenzione Edu, per come salvaguardato dallo stesso diritto eurounitario ai sensi dell'art. 53 della Carta.

Si evidenzia, peraltro, come in *Taricco* non è posto in discussione il primato del diritto dell'Unione, si ravvisa, piuttosto, un impedimento costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice; un impedimento, dunque, che non dipende da una antinomia o da un contrasto tra la norma nazionale e il diritto dell'Unione, bensì dalla sola circostanza – esterna all'ordinamento europeo – che il regime italiano della prescrizione si inquadra nell'ambito del diritto penale sostanziale, soggiacendo, per ciò, alle garanzie della legalità penale.

Dal canto suo, la Corte di Lussemburgo accoglie l'invito rivolto dal Custode delle leggi, comprendendo il dubbio interpretativo ravvisato dalla Consulta. Di talché, con la seconda sentenza *Taricco*²⁵⁵ (M.A.S., “*Taricco 2*” o “*Taricco-bis*”), la Grande sezione della Corte di Giustizia ha deposto le armi conferitele dall'assunzione del principio di primazia che non ammette eccezioni e ha intrapreso la via dell'onorevole compromesso.

La sentenza M.A.S. – sforzandosi di realizzare una interpretazione orientata ai principi costituzionali del *dictum* dei giudici di Lussemburgo – ha precisato che l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione, sulla base della “regola *Taricco*”, viene meno quando ciò comporta

²⁵⁵ CGUE, Grande Sezione, sent. 5 dicembre 2017, C-42/17, M.A.S. e M.B.

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 reato²⁵⁶.

Si è trattato di una pronuncia europea motivata in ragione di parametri eurounitari comuni, ossia la non conoscibilità di un diritto giurisprudenziale nuovo e *in malam partem*. Va rilevato che tali criteri sono stati applicati a una disciplina sulla prescrizione che risulta una eccezione nel panorama europeo in cui prevale la sua natura processuale e rispetto a cui vige, in materia di successione di leggi, il principio *tempus regit actum*, che impone che tali norme sfuggano al divieto di retroattività sfavorevole.

Si osserva, inoltre, che l'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, da cui scaturisce la citata sentenza della Corte di Giustizia, non sempre viene interpretata nel medesimo modo. In verità, lungi dal rappresentare uno strumento di dialogo e di leale collaborazione, è stata, non di rado, letta come un *ultimatum* della Consulta nei confronti dei giudici di Lussemburgo. I toni perentori del giudice delle leggi miravano, infatti, a un ripensamento *ab ovo* circa il verdetto emesso su *Taricco*, in cui il giudice eurounitario avrebbe dovuto adeguarsi alle indicazioni contenute nell'ordinanza di rinvio²⁵⁷. Tuttavia, se si guarda al risultato, può ritenersi che le parole della Consulta «in fin dei conti hanno funzionato»²⁵⁸.

In questa vicenda si evince come il principio di determinatezza assume una duplice direzione, in quanto non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque «una

²⁵⁶ CGUE, Grande Camera, M.A.S., cit., *dispositivo*, § 62.

²⁵⁷ A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, in *Consulta online*, 1/2017, 1; Di «*ultimatum*» si parla anche in M. CAIANELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2017, 19.

²⁵⁸ F. VIGANÒ, *Legalità "nazionale" e legalità "europea" in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. (Taricco II)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2017, 1284.

percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta²⁵⁹.

Pertanto, quand'anche la “regola *Taricco*” potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un contorno meno sfocato, ciò non varrebbe a «colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale»²⁶⁰ (orientamento ribadito dalla Corte nel 2019 con la sentenza n. 24²⁶¹).

Nello stesso solco, si inserisce – quasi in logica consequenzialità – la recente pronuncia n. 98 del 2021 della Consulta, la quale asserisce che «nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore»²⁶².

Opinare in senso opposto significherebbe, difatti, “tradire” entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione – cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della *regula iuris* – verrebbe meno giacché la *regula* verrebbe creata dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata, perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma e non

²⁵⁹ Corte cost., 30 luglio 2008, n. 327, *Considerato in diritto*, § 4.; in senso analogo, *ex plurimis*, sentenze n. 5 del 2004, n. 34 del 1995, n. 122 del 1993, n. 247 del 1989; ordinanze n. 395 del 2005, n. 302 e n. 80 del 2004.

²⁶⁰ Corte cost., 30 luglio 2008, n. 327, *Considerato in diritto*, § 6.

²⁶¹ v. *infra*, Cap. II, § 4, nota 244.

²⁶² Corte cost., 28 aprile 2021, n. 98, *Considerato in diritto*, § 2.4. L'indicazione della Corte costituzionale non pare lasci margini di fraintendimento. Pur se in apparenza modulata su una questione di diritto processuale, la pronuncia afferma con chiaro nitore il valore fondamentale della testualità e della correlata precisione linguistica degli enunciati normativi. Sulla sentenza v. il commento di L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *disCrimen*, 16 luglio 2021.

già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti.

Se è vero che anche «la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpretazioni sistematiche»²⁶³, resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta*, che mira a garantire ai consociati «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione»²⁶⁴. Questo in quanto i paesi di tradizione continentale necessitano di un diritto scritto di produzione legislativa rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo»²⁶⁵.

Oltre al descritto profilo della determinatezza, un aspetto che della vicenda *Taricco* colpisce è che per la prima volta la Corte di Giustizia UE afferma che una legge va disapplicata applicando direttamente una norma comunitaria. Del resto, la regola *Taricco* viene desunta dall'art. 325 del TFUE che prevede un obbligo di tutela effettiva e non discriminatoria che gli Stati devono predisporre relativamente agli interessi finanziari dell'Unione e viene utilizzata una norma comunitaria con effetti diretti, ossia per giustificare la disapplicazione di una norma penale che sarebbe *in bonam partem* la cui disapplicazione produce, dunque, un effetto *in malam*.

È evidente che la norma che pone un limite alla prescrizione, *rectius* al suo tetto massimo, statuendo che spirato questo termine il reato si prescrive è una norma *in bonam partem*. La Corte di Giustizia, dunque, per la prima volta afferma che una norma *in bonam partem* va disapplicata in luogo di una regola che viene desunta dal Trattato e senza l'*interpositio* del legislatore nazionale. Questo passaggio sembrerebbe aprire un nuovo scenario. *Prima facie*, parrebbe che la Corte di Giustizia stia rinnegando il principio della necessaria statualità della legge in materia penale.

In verità questa contraddizione è più apparente che reale.

²⁶³ Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, *Considerato in diritto*, § 18.

²⁶⁴ Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, *Considerato in diritto*, § 6.

²⁶⁵ Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, *Considerato in diritto*, § 11.

L'apparenza della contraddizione, almeno in seno alla Corte di Giustizia, tra un orientamento giurisprudenziale fino a quel momento portato avanti con coerenza, secondo cui in materia penale l'Unione europea non possiede una competenza diretta potendosi soltanto rivolgere allo Stato e la citata pronuncia, da cui si evince un obbligo di immediata disapplicazione al ricorrere delle menzionate condizioni, si giustifica per la semplice ragione che per la Corte, così come per molti ordinamenti stranieri, l'istituto della prescrizione appartiene al diritto processuale penale e non a quello sostanziale.

La prescrizione attiene, dunque, all'esercizio della pretesa punitiva segnando il termine entro il quale lo Stato può esercitare tale pretesa e, poiché la Corte di Giustizia inquadra l'istituto nell'alveo del diritto penale processuale, essa non soggiacerebbe alle garanzie del diritto penale sostanziale, tra cui quella della riserva di legge statale e sarebbero, dunque, possibili effetti diretti anche *in malam partem* da parte del diritto eurounitario.

La Corte di Giustizia, nelle proprie argomentazioni, fornisce una interpretazione della regola *Taricco* secondo la quale non chiederebbe di punire un fatto che non è reato, né di punirlo più severamente; sia il reato che la pena sono stabiliti dalla legge nazionale, semplicemente chiede di perseguirlo nonostante sia stato raggiunto il tetto temporale. Del resto, questo è un profilo collegato al compimento dell'atto interruttivo della prescrizione, il quale – secondo l'impostazione seguita – sarebbe un atto processuale. Per questi motivi, la Corte di Giustizia argomenterà che, in virtù della sua natura, non si porrebbe la questione della riserva di legge.

Si tratta, dunque, di una sentenza con cui la Corte di Giustizia si mostra coerente e non fa *dietrofront* sulla possibilità di effetti *in malam partem*, ma non li considera preclusivi alla soluzione accolta, in quanto inquadra la materia della prescrizione non nel diritto penale sostanziale, bensì in quello processuale. Il problema attiene, infatti, non tanto al *dictum*, quanto all'impatto che ha questa sentenza sul sistema italiano in cui, invece, la prescrizione attiene al diritto penale sostanziale.

Non a caso, nei commenti, sin da subito, si dirà che tale pronuncia si pone in contrasto con il principio di riserva di legge e di irretroattività, in quanto

quest'ultimo vale anche per i fatti commessi prima, assistendo improvvisamente a un allungamento dei tempi di prescrizione per fatti commessi in precedenza. Ma si porta all'attenzione che, soprattutto, la regola *Taricco* viola il principio di determinatezza, poiché la regola che il giudice nazionale deve applicare per far venir meno il tetto massimo è alquanto indeterminata: non è conoscibile né prevedibile *ex ante* l'esito di questa operazione.

Si osserva, ancora, che la Corte di Giustizia non impone una disapplicazione di *default*, bensì al ricorrere di talune condizioni, ossia quando si ravvisa il rischio che ci sia l'impunità in un numero considerevole di frodi gravi, senza ulteriormente specificare cosa debba intendersi per grave e senza meglio individuare come andrebbero calcolati questi casi. Del resto, il giudice nazionale normalmente si confronta con i casi oggetto del suo giudizio, e allora l'interrogativo che si pone è che tipo di valutazione debba essere compiuta: se guardare limitatamente ai fatti che si stanno giudicando oppure operare un esame statistico, di più ampio respiro, chiedendo dati al Ministero su quanti processi rischierebbero di rimanere impuniti se si applicassero quei tetti. Appare evidente la complessità del fenomeno.

Inoltre, il *deficit* di determinatezza, che colpisce la prima parte della regola, si intensifica nella seconda parte quando la Corte afferma che la regola andrebbe applicata “quando il tetto non è previsto per analoghe fattispecie”. Qui si obietta che, in sostanza, la Corte abbia operato una analogia pura. Ci si chiede, dunque, quali sarebbero le fattispecie analoghe. In particolare, solo per fornire un esempio, l'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri è analoga all'associazione finalizzata alla frode fiscale? Si rileva come, in questo caso, si vada a introdurre una possibilità di analogia senza, tuttavia, individuare un criterio che consenta di identificare i connotati omogenei.

Per tale ragione, la Corte si appunterà maggiormente sul profilo dell'indeterminatezza, oltre che sulla retroattività, affermando che la regola in parola è soprattutto una regola indeterminata, poiché è una regola che può avere esiti imprevedibili.

Si fa notare – e questo è un dato non irrilevante – che il principio di legalità si sarebbe potuto, in qualche modo, superare facendo leva sulla particolare natura della materia che si pone ai margini del diritto penale sostanziale, cionondimeno il

profilo della indeterminatezza sarebbe rimasto privo di giustificazioni. Pur volendo ritenere la prescrizione un istituto di diritto processuale e non sostanziale, in ogni caso doveva assicurarsi un'esigenza di determinatezza e di calcolabilità dello scenario temporale entro cui il reato si sarebbe prescritto, esigenza che, all'evidenza, sarebbe stata vanificata.

Questo argomento porterà, infatti, la Corte di Giustizia ad affermare che, a ben vedere, la regola *Taricco I* deve essere interpretata nel senso che essa trova applicazione solo a condizione che rispetti i principi di determinatezza e irretroattività. È significativo che nella seconda sentenza della Corte costituzionale sulla *Taricco II* il giudice delle leggi, il quale avocherà a sé questo vaglio con la sentenza 115 del 2018, affermerà che tale regola non rispetta mai i suddetti parametri.

La regola *de qua* è affetta da un vizio genetico: nasce indeterminata, è oggi indeterminata, potrà forse *ex post* determinarsi a seguito dell'applicazione giurisprudenziale, ma ciò non basterebbe a sanare l'originale "peccato" di indeterminatezza.

3.2. L'EPILOGO DELLA SAGA *TARICCO*. IL GIUDICE DELLE LEGGI SCRIVE L'ULTIMO CAPITOLO E CHIUDE LA PARTITA

Con il deposito della sentenza n. 115 del 2018²⁶⁶, la Corte costituzionale chiude definitivamente il caso *Taricco*.

Attraverso la sentenza in epigrafe, che sugella la vittoria della strategia diplomatica promossa a tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale interno e, in particolare, del principio di legalità in materia penale, vengono poste le basi per un futuro diritto penale europeo 'certo' e a base legislativa²⁶⁷. Più in dettaglio, la pronuncia in commento ha fatto applicazione di

²⁶⁶ Corte cost., 31 maggio 2018 (ud. 10 aprile 2018) n. 115, Pres. e Red. Lattanzi.

²⁶⁷ Sulla possibilità che la sentenza 2018, n. 115, dia impulso a un nuovo processo di consolidazione delle garanzie democratiche proprie della materia punitiva, C. CUPELLI, *La pareidolia del caso Taricco. La reale posta in gioco, l'attivazione 'indiretta' dei*

un concetto “massimalista”²⁶⁸ di determinatezza, esigendola “*ante applicationem*”²⁶⁹, ossia già a partire dal solo enunciato legislativo e, dunque, prescindendo dall’interpretazione giurisprudenziale, con un assetto che si pone in controtendenza rispetto ai precedenti orientamenti.

Nell’*iter* motivazionale, la Corte costituzionale riserva a sé stessa, in via esclusiva, l’ultima parola in materia di controlimiti, tanto da far apparire il giudizio come «eurounitario nella forma, ma nazionalistico nella sostanza»²⁷⁰. Con una decisione che era ormai prevedibile nel suo esito, la partita, dunque, si conclude con affermazioni che non lasciano adito a interpretazioni, ma che, anzi, si pongono a ulteriore conferma di quanto già in precedenza affermato, all’udienza del 10 aprile²⁷¹, in merito a «significato, portata, estensione e limiti della c.d. regola *Taricco*»²⁷².

Di certo proficuo è stato l’aver messo da parte il profilo più “divisivo” nella dimensione della legalità sovranazionale rappresentato dalla riserva di legge in luogo della determinatezza – declinata in termini di certezza del diritto e di prevedibilità – criteri più familiari alla concezione sovranazionale e convenzionale di legalità penale.

Il compiuto vaglio di determinatezza ad opera della Consulta ha, prevedibilmente, avuto esito negativo. A parere dei giudici delle leggi appare

controlimiti e i possibili scenari ‘costituzionali’ del diritto penale europeo, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2020, 1821 ss.

²⁶⁸ E. LUPO, *Prospettive della legalità penale*, cit., 109.

²⁶⁹ M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018.

²⁷⁰ M. DONINI, *Lettura critica*, cit. 7. Sulla fine della saga *Taricco* v. anche C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude sul caso Taricco e apre a un diritto penale “europeo” certo*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2018; C. AMALFITANO – O. POLLICINO, *Jusqu’ici tout va bien...ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Riv. Dir. comp.*, 5 giugno 2018; A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta online*, 3 settembre 2018; P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in *Riv. Dir. comp.*, 5 giugno 2018.

²⁷¹ Ufficio stampa della Corte costituzionale, comunicato del 10 aprile 2018, *Inapplicabile la “regola Taricco” sulla prescrizione*, www.giurisprudenzapenale.com.

²⁷² D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimite e implicita negazione dell’effetto diretto*, in *European papers*, Vol. 3, 2018, n. 2, 885–895.

evidente il *deficit* di determinatezza che caratterizza sia l'art. 325, paragrafi 1 e 2 TFUE, per la parte in cui si evince la regola *Taricco*, sia la regola *Taricco* in sé: quest'ultima, infatti, si appalesa indeterminata, in quanto il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita. Né a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge, al quale è soggetto ex art. 101, secondo comma, Cost.

Parimenti, analoghi rilievi sono stati svolti dai giudici anche per il segmento della “regola *Taricco*” tratto dal paragrafo 2 dell’articolo 325 TFUE. In questo caso, infatti, se anche il principio di assimilazione non desse luogo sostanzialmente a un procedimento analogico *in malam partem* e potesse permettere al giudice penale di compiere un’attività priva di inaccettabili margini di indeterminatezza, essa, comunque sia, non troverebbe una base legale sufficientemente determinata nell’art. 325 TFUE, dal quale un soggetto non avrebbe potuto, né oggi potrebbe, desumere i contorni della regola.

Si argomenta, infatti, che «qualora si reputasse possibile da parte del giudice penale il confronto tra frodi fiscali in danno dello Stato e frodi fiscali in danno dell’Unione, al fine di impedire che le seconde abbiano un trattamento meno severo delle prime quanto al termine di prescrizione, ugualmente l’articolo 325, paragrafo 2, TFUE non perderebbe il suo tratto non adeguatamente determinato per fungere da base legale di tale operazione in materia penale, posto che i consociati non avrebbero potuto, né oggi potrebbero sulla base del solo quadro normativo, raffigurarsi tale effetto»²⁷³.

Secondo la Corte costituzionale non si può (sempre) guadagnare la tassatività *ex post*, attraverso un progressivo intervento della giurisprudenza. Esiste, infatti, un nucleo di indeterminatezza irrecuperabile²⁷⁴ ed è quello che sussiste non al momento della condotta, bensì ancor prima, al momento dell’entrata in vigore della legge, con la conseguenza che saranno indeterminate tutte quelle norme frutto dell’evoluzione giurisprudenziale non prevedibili al momento della loro introduzione come regola legale.

²⁷³ Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, *Considerato in diritto*, § 13.

²⁷⁴ R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, cit., 30.

Sulla scorta delle prefate argomentazioni, la Corte ha, quindi, concluso nel senso dell'inapplicabilità della regola *Taricco*: tale regola, neppure nella sua formulazione affinata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, può dunque fare ingresso nel nostro ordinamento giuridico, in quanto contiene enunciati generici che, comportando un apprezzamento opinabile, violano il principio della determinatezza della legge penale e, in particolare, non assicurano ai consociati una sicura percezione del diritto.

A seguito della ritenuta inapplicabilità della regola *de qua*, discende: i) per i reati in materia di IVA resta ferma la disciplina dettata agli artt. 160, ultimo comma e 161 del Codice penale; ii) le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge di autorizzazione alla ratifica del trattato di Lisbona (n. 1130/2008), là dove dà esecuzione all'art. 325 TFUE – sollevate dalla Corte di cassazione e dalla Corte di appello di Milano – sono state dichiarate infondate in quanto originavano da un presupposto errato, ossia che la regola *Taricco* fosse applicabile nei giudizi in corso.

Il comunicato, prima, e la sentenza della Corte costituzionale, poi, chiariscono infatti che la regola *Taricco* non può trovare attuazione né ai fatti anteriori all'8 settembre 2015 – e, dunque, nei giudizi *a quibus* – né quando il giudice interno ravvisi un contrasto con il principio di legalità in materia penale. Pertanto, indipendentemente dalla collocazione dei fatti, prima o dopo l'8 settembre 2015, il giudice nazionale non può dare applicazione alla regola, *rectius* non può disapplicare la normativa interna, in quanto a ciò ostano i due principi di irretroattività e determinatezza. In particolare, per i fatti commessi in data antecedente alla prima sentenza *Taricco*, il baluardo è rappresentato dal divieto di irretroattività della norma penale sfavorevole; per quelli successivi, l'ostacolo è rappresentato dal principio di determinatezza – quale principio supremo dell'ordine costituzionale italiano e, al contempo, principio cardine del diritto dell'Unione in base al disposto di cui all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella misura in cui ad esso è demandato di individuare in maniera sufficientemente precisa il confine tra il penalmente lecito e il penalmente rilevante.

Con questi argomenti, la Corte costituzionale traccia i limiti futuri di una possibile applicazione della sentenza *Taricco*, negando in radice ogni suo impiego da parte del giudice penale a venire²⁷⁵. Questa precisazione consente di apprezzare le ricadute pratiche della pronuncia in commento che, di fatto, rappresenta lo sviluppo della precedente ordinanza e della sua strategia risultata vincente.

L'importante capitolo dei rapporti tra la legalità e le sue declinazioni in rapporto all'ordinamento eurounitario scritto dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia nel caso trattato ha scolpito un inderogabile principio di diritto, secondo cui ogni scelta in ordine alla punibilità deve potersi ricavare dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso, diversamente da quanto sarebbe accaduto qualora fosse stata resa *tout court* operativa la "regola *Taricco*".

4. IMPREVEDIBILITÀ E INDETERMINATEZZA NEL "SISTEMA DEL SOSPETTO". LE PENE ANTE DELICTUM E L'EFFICACIA SANANTE DELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE

In materia penale, come ampiamente espresso *supra*, la determinatezza deve caratterizzare la legge sin dal suo principio, non essendo mai possibile che una legge che nasca affetta dal vizio di genericità possa superare il vaglio del rispetto della riserva di legge attraverso l'evoluzione giurisprudenziale e, dunque, per mezzo del diritto vivente.

L'espressione di questo principio, compiutamente dichiarato dalla Consulta nella vicenda *Taricco*, in verità non rappresenta un caso isolato, poiché, di recente, la Corte sarà chiamata – sia pure a contrario – a ribadirlo. Difatti, mentre nel caso *Taricco* la Corte costituzionale afferma che la regola oggi indeterminata non potrebbe mai più essere sanata, in quanto a compiere questa opera sarebbe il giudice, di talché si avrebbe un effetto *in malam partem* frutto di una regola di creazione giurisprudenziale in frontale contrasto con la riserva di legge,

²⁷⁵ Così, M. DONINI, *Lettura critica*, cit., 9.

argomentando in senso opposto, la stessa Corte ha, invece, dichiarato che questo è ammissibile in una materia diversa da quella penale, *id est* quella afferente le misure di prevenzione.

Si tratta di una premessa metodologica attraverso la quale la Consulta, *expressis verbis*, afferma che nel caso in cui ci si collochi al di fuori del perimetro della materia penale, non è implausibile ritenere che l'esigenza di predeterminazione dei presupposti da cui far dipendere la limitazione di un diritto possa essere soddisfatta «anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione»²⁷⁶. Sul punto, la Corte afferma che le misure di prevenzione non riguardano il penale, perché hanno finalità non di reprimere, ma di prevenire, quindi non opera il principio di riserva di legge nella sua connotazione forte che caratterizza la riserva penale, bensì opera semplicemente il principio di legalità, ma secondo una connotazione differente, in quanto in una materia che differisce dal penale l'indeterminatezza originaria può essere sanata dalla giurisprudenza.

La suggestione evidente è che, così argomentando, la Corte costituzionale sia finita per sostenere un principio di legalità che corre ad una doppia velocità²⁷⁷, nel senso che si estenderebbe – non in misura piena, ma unicamente nelle accezioni “deboli” di efficacia ed efficienza²⁷⁸ – anche alle misure di prevenzione che, in linea con quanto fin qui esposto, soggiacerebbero ad una legalità di tipo convenzionale. A riprova di quanto detto, l'interpretazione tassativizzante si è vista attribuire un ruolo di primo piano nella materia delle misure in questione e, in particolare,

²⁷⁶ Corte cost., 24 gennaio 2019, *Considerato in diritto*, § 12.

²⁷⁷ In questo senso, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 302.

²⁷⁸ Cfr. F. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2018, 1; M. BERTOLINO, *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell'efficienza*, in C.E. PALIERO – F. VIGANÒ – F. BASILE – G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 852 ss.

nell'opera volta ad attribuire contorni chiari e definiti ai presupposti applicativi delle stesse.

La ragione per cui le misure di prevenzione rientrano a pieno titolo nel dibattito incentrato sui requisiti della determinatezza è determinata dalla circostanza che i presupposti per la loro applicazione sono individuati per mezzo di tecniche assai incerte²⁷⁹. La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene, infatti, che la disciplina in questione soddisfi il solo requisito della accessibilità, ma non anche quello della prevedibilità dei suoi effetti, in considerazione sia della tecnica di determinazione dei destinatari sia del contenuto stesso delle misure di prevenzione.

Come opportunamente sottolineato dalla Corte Edu, le misure di prevenzione non possono essere applicate sulla base di meri sospetti, ma devono basarsi su una valutazione obiettiva delle prove fattuali, che riveli il comportamento abituale e il tenore di vita dell'individuo ovvero specifici segni esteriori delle sue tendenze criminali. La questione diventa centrale, in quanto le fattispecie di pericolosità generica previste dall'art. 1 del d.lgs. n. 159/2001 sono state censurate dalla Corte Edu²⁸⁰ in seguito al riscontrato difetto di prevedibilità²⁸¹.

La legge n. 1423/1956, art. 1 e ss., – oggi art. 1 del d.lgs. n. 159/2011 – prevede l'applicazione delle misure di prevenzione personali nei confronti di: “a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di *elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi*; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di *elementi di fatto, che vivono abitualmente*, anche in parte, con i

²⁷⁹ A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019; M. PELISSERO, *I destinatari delle misure praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2017, 441; F. CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in *Legislazione penale*, 18 marzo 2019.

²⁸⁰ Corte Edu, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09.

²⁸¹ F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017; A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di “qualità della legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, 15 ss.; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2017, 127 ss.

proventi di attività delittuose; c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

Orbene, sebbene la Corte costituzionale sia più volte intervenuta in materia per chiarire i criteri volti a stabilire la necessaria applicazione di dette misure, l'imposizione delle stesse rimane, in ogni caso, legata a un giudizio prognostico delle corti interne anche in ordine ai c.d. "elementi di fatto" da cui dedurre la pericolosità del soggetto e l'applicabilità della misura.

Si osserva, dunque, come la formulazione della norma non risulti tale da assicurare né la determinatezza, non consentendo al ricorrente di regolare in anticipo la propria condotta, né la tassatività, non assicurando la protezione contro le ingerenze arbitrarie nel giudizio²⁸². La misura in questione verrebbe, invero, applicata secondo «un'analisi prospettica da parte dei tribunali nazionali, dato che «né la Legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le "prove fattuali" o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione»²⁸³.

Nel caso qui in disamina, la Corte europea evidenzia che il Tribunale ha basato l'applicazione della misura di prevenzione sulla presunzione di "tendenze criminali", un criterio che, *mutatis mutandis*, si ritiene corrispondente a quello dichiarato incostituzionale dalla Consulta nella sentenza n. 177/1980 circa la categoria dei "proclivi a delinquere".

La Corte europea, nel suo *iter* argomentativo, richiama la citata pronuncia della Corte costituzionale italiana che ha dichiarato l'incostituzionalità della categoria dei *proclivi a delinquere*, prevista dalla legge n. 1423/1956, per la sua indeterminatezza: «Quali "manifestazioni" vengano in rilievo è rimesso al giudice – e, prima di lui, al pubblico ministero ed alle autorità di polizia proponenti e segnalanti – già sul piano della definizione della fattispecie, prima che su quello dell'accertamento. I presupposti del giudizio di "proclività a delinquere" non hanno

²⁸² A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit., 300.

²⁸³ Corte Edu, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, cit., § 117.

qui alcuna autonomia concettuale dal giudizio stesso. La formula legale non svolge, pertanto, la funzione di un'autentica fattispecie, ossia di individuazione dei "casi" – come richiesto sia dall'art. 13 che dall'art. 25, terzo comma, Cost. –, ma offre agli operatori uno "spazio di incontrollabile discrezionalità"²⁸⁴.

Oltre ai destinatari, il parere della Corte Edu si focalizza sul *contenuto* stesso delle misure di prevenzione e finisce per negarne l'aderenza al principio di tassatività, in quanto le prescrizioni previste dal comma 3 dell'art 5 della legge n. 1423/1956, così per come formulate, sono, parimenti, affette da genericità, vaghezza e indeterminatezza.

Le previsioni oggetto di censura concernono gli obblighi che la persona sottoposta alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza – a cui può aggiungersi l'obbligo o il divieto di soggiorno – è tenuta ad osservare. Segnatamente, «vivere onestamente, rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti».

Sul punto, la Consulta – con una sentenza che, di certo, non rappresenta una "luce" nella giurisprudenza costituzionale – aveva, di fatto, negato che tali prescrizioni violassero il principio di tassatività²⁸⁵. Più in dettaglio, l'argomento

²⁸⁴ Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. Cost.* 1980, 1546.

²⁸⁵ Corte cost., 23 luglio 2010, n. 282: "In questo quadro, la prescrizione di «vivere onestamente», se valutata in modo isolato, appare di per sé generica e suscettibile di assumere una molteplicità di significati, quindi non qualificabile come uno specifico obbligo penalmente sanzionato (ordinanza n.354 del 2003). Tuttavia, se è collocata nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5 e se si considera che è elemento di una fattispecie integrante un reato proprio, il quale può essere commesso soltanto da un soggetto già sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, essa assume un contenuto più preciso, risolvendosi nel dovere imposto a quel soggetto di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di «vivere onestamente» si concreta e si individualizza. Quanto alla prescrizione di «rispettare le leggi», contrariamente all'opinione espressa dal rimettente, essa non è indeterminata ma si riferisce al dovere, imposto al prevenuto, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta; non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale. Né vale addurre che questo è un obbligo generale, riguardante tutta la collettività, perché il carattere generale dell'obbligo, da un lato, non ne rende generico il contenuto e, dall'altro, conferma la sottolineata esigenza di prescrivere il rispetto a persone nei cui confronti è stato formulato, con le garanzie proprie della giurisdizione, il suddetto giudizio di grave pericolosità sociale. Infine, in ordine alla

della Corte costituzionale si poggia su una interpretazione non atomistica della norma, ma sistematica, atteso che solo una lettura improntata sui soggetti destinatari della misura in questione – i quali sono già sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale – può conferire significato e concretezza a tali prescrizioni.

Utilizzando i medesimi argomenti, la Corte salva financo la prescrizione di «rispettare le leggi», in quanto ritenuta sufficientemente determinata, poiché riferita al dovere di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, sebbene non solo penali, che impongano di tenere o non tenere una determinata condotta.

Sebbene la giurisprudenza costituzionale avesse tentato di salvare la fattispecie, la Corte Edu ha ritenuto incalcolabile la violazione di dette prescrizioni, in quanto assolutamente prive di un contorno definito in grado di delineare con chiarezza il concetto di *honeste vivere*, il rispetto delle leggi e il non dare ragione alcuna di sospetti, comportamenti tutti sottesi alla misura *de qua*.

La Corte europea ritiene, dunque, che l'applicazione delle misure di prevenzione personali sul proposto non sia sufficientemente prevedibile, oltre al fatto che essa non è accompagnata da adeguate garanzie contro i possibili abusi.

prescrizione di «non dare ragione di sospetti», ancora una volta essa non va considerata in modo isolato ma nel contesto delle altre prescrizioni contemplate dall'art. 5, tra cui assume particolare rilevanza, al fine di dare concretezza al dettato normativo, il divieto posto al sorvegliato speciale di non frequentare determinati luoghi o persone. Inoltre, non è esatto ritenere che la prescrizione *de qua* possa esaurirsi in un mero sospetto, disancorato da qualsiasi circostanza concreta. L'applicazione di essa, invece, richiede la valutazione oggettiva di fatti, collegati alla condotta della persona, che siano idonei a rivelarne la proclività a commettere reati. La valutazione di tale idoneità, dovendo essere compiuta in concreto e con riferimento alle singole fattispecie, non può che essere demandata al competente giudice penale. La questione di legittimità costituzionale della norma censurata, in relazione all'art. 25, secondo comma, Cost., non è dunque fondata, nei sensi fin qui esposti”.

4.1. LA PORTATA DELLA SENTENZA *DE TOMMASO* DELLA CORTE EDU: UNA BRECCIA NEL SISTEMA DELLA PREVENZIONE

Alla sentenza *De Tommaso* si può riconoscere un indubbio rilievo in ordine alle incisive ricadute pratiche nell'ordinamento interno. Con essa, infatti, la Corte Edu dichiara la violazione del principio di tassatività della legislazione in materia di misure di prevenzione e non la mera violazione dei principi della Convenzione determinata dall'applicazione della normativa in esame. Per vero, ciò che si contesta è l'applicazione di misure che limitano la libertà di circolazione dei cittadini – se non la libertà personale (questo non viene riconosciuto) –, che trovano la loro base su un mero giudizio di pericolosità sociale, senza che vengano indicati in modo tassativo i presupposti di tale giudizio, vale a dire i comportamenti da cui dedurre la pericolosità del soggetto. Si può, pertanto, affermare che la sentenza *de qua*, pur non arrivando a riconoscere il carattere punitivo delle misure di prevenzione e la loro riconducibilità alle garanzie della materia penale, abbia inaugurato una nuova stagione.

Appare utile ai fini dell'indagine fornire una panoramica in materia, che tenga conto anche della sua evoluzione.

Il sistema della prevenzione, delineato dalla l. 1423/1956, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, viene ritenuto in linea con i principi espressi nella Carta. Dal confronto in parallelo operato con le misure di sicurezza si evince, infatti, la *ratio* di tali misure poste a presidio dell'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti tra cittadini, che trova ancoraggio in Costituzione ai sensi degli artt. 13, 16, 17 e 25, co. 3 Cost.

Il rifiuto del sospetto, quale presupposto delle misure in esame, si evince dalla necessità che vi siano elementi obiettivi di fatto: il legislatore deve sussumere nelle fattispecie preventive “comportamenti obiettivamente identificabili” e “un’oggettiva valutazione dei fatti in modo da escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica misure di prevenzione”²⁸⁶.

²⁸⁶ Corte cost., 23 dicembre 1964, n. 23; Corte cost., 30 giugno 1964, n. 68.

La legge n. 1423/1956, rimasta il testo fondamentale fino all'emanazione nel 2011 del d.lgs. n. 159 – Codice antimafia e delle misure di prevenzione –, contemplava tra i destinatari delle misure di prevenzione, in quanto considerati socialmente pericolosi (art. 2), le tipologie previste nel testo unico di pubblica sicurezza del 1931. Eccezion fatta per le fattispecie di pericolosità imperniata sul sistematico coinvolgimento in traffici illeciti o sostentamento con proventi delittuosi, si continuava a fare riferimento a categorie appartenenti a situazioni di emarginazione sociale. Come sopra ricordato, una categoria che si riscontrava fosse particolarmente priva di determinatezza era quella dei “proclivi a delinquere”. Così, a seguito della sentenza della Corte cost. n. 177/1980 che invoca severamente il rispetto del principio di legalità e dichiara l'incostituzionalità della categoria dei proclivi a delinquere per la sua indeterminatezza, la l. 3 agosto 1988, n. 327 ridisegna le categorie dei soggetti a pericolosità generica cui possono essere applicate le misure di prevenzione.

Attraverso la citata legge vengono, dunque, delineate le fattispecie di pericolosità generica, oggi contemplate nell'art. 1 del Codice antimafia e delle misure di prevenzione, così realizzando un processo definito “di deeticizzazione” del presupposto di pericolosità, che è originato con l'abrogazione del riferimento “a coloro che svolgono abitualmente altre attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume”, fattispecie che, in palese violazione con il principio di tassatività, rimandava la definizione dei comportamenti presupposti ad un'ampia discrezionalità del giudice. A ben vedere, i presupposti in esame, individuati attraverso il riferimento al bene tutelato – moralità e buon costume –, appaiono caratterizzati dall'assoluta mancanza di determinatezza e afferrabilità in una società pluralistica, nonché fonte di indebite sovrapposizioni tra valutazioni morali e giuridiche²⁸⁷. Da questo processo è scaturito l'abbandono del “tipo normativo d'autore socialmente pericoloso” improntato su un modello prognostico e sintomatico-soggettivo per passare a tipi descrittivi, che, nelle misure a pericolosità qualificata, si basano sul modello dell'*indiziato di reato*; nelle misure a pericolosità

²⁸⁷ G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, 311; F. MAZZACUVA, *Le persone pericolose e le classi pericolose*, in S. FURFARO (a cura di) *Misure di prevenzione*, Torino, 2013, 98.

generica, sugli *elementi di fatto in base ai quali si debba ritenere*, a livello probatorio, la dedizione alla commissione di delitti o il vivere coi proventi degli illeciti²⁸⁸.

Cionondimeno, la conformità della “pericolosità dell’indiziato” al principio di tassatività ha sempre sollevato dei dubbi, poiché è incerto il significato stesso del termine pericoloso, atteso che se da un lato la pericolosità non possa non ritenersi collegata alla probabilità che il soggetto commetta dei reati, dall’altro lato deve rilevarsi che la definizione di pericolosità ancorata a dati comportamentali non può possedere quel grado di precisione che, in sede penale, è richiesto dal principio di tassatività. Si osserva, difatti, che il giudizio di pericolosità non è fondato su prove rigorose; ad essere messa in discussione è una qualità della persona e ciò fa sì che il giudizio non sia di certezza, bensì di probabilità e, giocoforza, essenzialmente sintomatico²⁸⁹.

Si fa, dunque, fatica a negare che le misure di prevenzione, in quanto fondate sul giudizio di pericolosità sociale, stridano con il principio di legalità, *sub specie* di tassatività.

4.2. LA PREVEDIBILITÀ AL COSPETTO DELLE CATEGORIE DI PERICOLOSITÀ E DEL CONTENUTO DELLE PRESCRIZIONI IMPOSTE

La tanto attesa sentenza *De Tommaso* accende i riflettori sul requisito della prevedibilità esaminando la categoria dei potenziali soggetti destinatari delle misure, nonché il contenuto delle stesse.

La decisione in esame offre uno spunto di riflessione circa il grado di prevedibilità delle conseguenze che un determinato atto può comportare, posto che

²⁸⁸ V. MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. it.*, 2015, fasc. n. 6, 1524.

²⁸⁹ P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Varese, 1976, 632.

una norma può ritenersi prevedibile solo laddove offra una misura di protezione contro le ingerenze arbitrarie dell'autorità pubblica.

In ragione di quanto esposto, la Corte Edu ritiene non garantito il suddetto principio sotto due aspetti: il primo, riferito ai soggetti, attiene alla tecnica di individuazione dei destinatari, le c.d. categorie di pericolosità; il secondo, di stampo oggettivo, concerne il contenuto delle prescrizioni imposte con la misura. Pertanto, la legge n. 1423/1956, formulata in termini vaghi sotto entrambi i profili, sia con riferimento alle persone destinatarie che al contenuto delle misure applicabili, viene giudicata non integrativa dei requisiti di prevedibilità stabiliti dalla giurisprudenza della Corte. Di conseguenza, l'interferenza con la libertà di circolazione e movimento non si considera avrebbe trovato fondamento in una base legale, come richiesto dall'articolo 2 del Protocollo n. 4 Cedu.

Appare opportuno analizzare le ricadute della sentenza della Corte di Strasburgo sull'ordinamento interno, nonché il proficuo dialogo instaurato tra le Corti.

4.3. DUE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN PUNTO DI PRINCIPIO DI LEGALITÀ E MISURE DI PREVENZIONE ALL'INDOMANI DELLA SENTENZA *DE TOMMASO*

A seguito della pronuncia *De Tommaso* della Corte di Strasburgo, il giudice delle leggi interviene con due sentenze, la n. 24 e n. 25 del gennaio 2019, di cui si propone una lettura combinata in ragione della comune *ratio* che anima le decisioni.

Nelle indicate sentenze, la Corte costituzionale si è pronunciata su questioni afferenti al rapporto tra il principio di legalità e la disciplina legislativa in materia di misure di prevenzione personali e patrimoniali, contenuta oggi nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice antimafia). I temi che ne costituiscono il cuore concernono la natura e la *ratio* delle misure di prevenzione, il rapporto tra ordinamento interno e diritto sovranazionale, lo statuto costituzionale e convenzionale delle pene *ante delictum*.

La Consulta ha così, con due differenti decisioni, ridisegnato in senso più garantista la materia delle misure di prevenzione²⁹⁰. L'opera di adeguamento trae origine dalla sentenza *De Tommaso* in cui – come prima richiamato – la Corte Edu aveva passato al vaglio la normativa italiana nella materia esaminata statuendone la mancanza di conformità ai canoni di legalità, nella specie di precisione, determinatezza e prevedibilità.

In primo luogo, i giudici della Corte di Strasburgo avevano ritenuto eccessivamente imprecise le norme (art. 1, nn. 1 e 2, l. 1423/1956, oggi confluito nell'art. 1, lett. a e b, d.lgs. 159/2011) che individuano tra i destinatari della misura di prevenzione anche i soggetti c.d. “pericolosi generici”.

Peraltro, queste norme fungono da presupposto applicativo non solo della misura *personale* della sorveglianza speciale, ma anche delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca; pertanto, queste ultime – pur non colpite direttamente dalla pronuncia – sono state investite da analoghe questioni di costituzionalità, decise nella sentenza n. 24 del 2019, assumendo come parametro l'art. 1 Prot. n. 1 Cedu, che tutela il diritto di proprietà.

In secondo luogo, la Corte Edu aveva riscontrato l'eccessiva imprecisione delle prescrizioni riferite al destinatario della misura personale della sorveglianza speciale, tra le quali figurano (art. 8, comma 4 d.lgs. 159/2011) quelle di *vivere onestamente* e di *rispettare le leggi*, nonché – nella versione vigente nella l. 1423/1956, ma non replicata nel Codice antimafia del 2011 – quella di *non dare ragione alcuna di sospetto in ordine alla propria condotta*. Si osserva, inoltre, che la violazione di tali prescrizioni integra il reato ai sensi dell'art. 75 d.lgs. 159/2011, ragion per cui anche quest'ultima disposizione è stata investita da dubbi di costituzionalità trattati e risolti nella sentenza n. 25 del 2019.

Più da vicino, la sentenza n. 24/2019, che tra origine da tre ordinanze di rimessione, rispettivamente del tribunale di Padova, della Corte d'appello di Napoli e del Tribunale di Udine, riferisce la censura di illegittimità all'eccessiva genericità

²⁹⁰ Con riguardo alla più recente giurisprudenza costituzionale che richiede sia possibile un riscontro con comportamenti obiettivamente identificabili, V. MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2020, 107 ss.

con cui vengono individuati i destinatari delle disposizioni: sottoporre alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e alla misura di prevenzione della confisca dei beni le persone che i) *debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedite a traffici delittuosi* e ii) *che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose.*

Più in dettaglio, i rimettenti sollevano il dubbio circa la conformità di tali generiche locuzioni ai requisiti di precisione e tassatività, requisiti necessari affinché le censurate norme assurgano a idonea base legale di provvedimenti che, di fatto, sono espressione della limitazione di diritti fondamentali. L'ancoraggio ai referenti normativi rilevanti ai fini della questione di costituzionalità trovava le sue basi i) nell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 2 Prot. add. n. 4 Cedu "libertà di circolazione" e nell'art. 25, terzo comma, Cost., per quanto attiene alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, misura di prevenzione personale; ii) nell' art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 Prot. add. Cedu "proprietà privata" e nell'art. 42 Cost., con riferimento al sequestro e alla confisca, misure di prevenzione patrimoniali.

Al fine di meglio comprendere la decisione della Corte, appare opportuno fornire alcune considerazioni preliminari circa la *ratio* e la natura delle misure di prevenzione.

In particolare, la funzione assegnata alle misure di prevenzione personali è quella di operare una limitazione alla libertà di movimento del loro destinatario per impedire che possa commettere ulteriori reati o, quanto meno, per rendere più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo, al tempo stesso, all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto. Non può sottacersi il fatto che le misure in questione portino con sé una indubbia dimensione afflittiva, ma si ritiene che questa sia una conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato e non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato.

Passando ora alle misure di prevenzione di tipo patrimoniale, la cui introduzione si deve alla legge n. 646 del 1982, la pronuncia valorizza il loro carattere autonomo e distinto rispetto alle misure personali. Il presupposto

giustificativo della confisca di prevenzione richiamando, sul punto, la sentenza n. 4880/2015 delle Sezioni unite (*Spinelli*) – risiede nella ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita.

La finalità è evidente e consiste nel sottrarre alla criminalità organizzata beni e denaro di provenienza illecita, la cui origine viene dimostrata attraverso un classico schema presuntivo: si evita di subordinare l'ablazione patrimoniale alla necessità di dimostrare, nell'ambito di un processo penale, la precisa derivazione di ogni singolo bene o somma di denaro da un particolare delitto.

In ordine alla menzionata *ratio*, ora come allora (nell'attuale formulazione legislativa dell'art. 24 d.lgs. n. 159/2011 come nella previgente formulazione all'art. 2-ter l. n. 575 del 1965) la verifica giudiziale della sproporzione patrimoniale (formulazione originaria: «notevole sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati»), sebbene dopo la novella sia diventato requisito alternativo e autonomo rispetto alla dimostrazione dell'origine illecita dei beni, continua ad avere rilievo in quanto idonea a fondare una ragionevole presunzione relativa all'origine illecita del bene, allorché al tempo stesso risulti la pregressa attività criminosa del soggetto che abbia la disponibilità del bene e – in sede di valutazione dei presupposti della confisca – non riesca a giustificarne la legittima provenienza.

La riferita *ratio*, così come delineata sopra, rende più agevole l'analisi della natura giuridica della confisca di prevenzione. In ordine a quest'ultima, si nega che la confisca abbia natura sostanzialmente sanzionatorio-punitiva a favore, invece, di un carattere meramente ripristinatorio dello *status quo ante*, ossia della situazione data in assenza dell'illecita acquisizione del bene.

In verità, l'ablazione dei beni costituisce, piuttosto, la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, che si individua quale vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità. La conclusione è che il sequestro e la confisca del bene non hanno quale scopo quello di punire il soggetto per la condotta posta in essere, bensì quello di interrompere il rapporto di fatto tra la *res* e la persona, attesa la non conformità con l'ordinamento giuridico con cui esso si è costituito o comunque di neutralizzare l'arricchimento del soggetto che trova la sua causa

nella compiuta attività criminosa. La stessa giurisprudenza di Strasburgo è conforme nel ritenere la natura preventiva e compensatoria della confisca di prevenzione italiana escludendone sempre la natura penale.

Da questo aspetto si snodano le considerazioni che più rilevano in questa sede. Difatti, le misure – pur non avendo natura penale – intercettano i diritti di proprietà e di iniziativa economica, che trovano la loro tutela tanto in Costituzione agli articoli 41 e 42, quanto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'art. 1 del Protocollo Addizionale, pertanto devono sottostare alle garanzie statuite, tra cui la previsione attraverso una legge che sia precisa e che rispetti il canone di prevedibilità.

Con riferimento a quest'ultimo requisito, si individuano tre momenti nell'evoluzione giurisprudenziale che ha visto un confronto e un dialogo tra le Corti, in particolare della Corte costituzionale, della Corte Edu e della Corte di cassazione italiana. La Consulta osserva, difatti, che l'arresto della Corte di Strasburgo non è l'ultimo riferimento giurisprudenziale con cui confrontarsi per esaminare nel merito le questioni sottoposte al suo vaglio. In seguito alla stessa, la Corte di cassazione ha compiuto – al fine di attribuire maggiore precisione alle fattispecie di c.d. pericolosità generica – un'interpretazione convenzionalmente orientata che assume i contorni di una interpretazione tassativizzante.

Più in dettaglio, la giurisprudenza di legittimità ha portato avanti un apprezzabile sforzo definitorio intorno agli elementi costitutivi delle fattispecie di c.d. pericolosità generica, ai sensi dell'art. 1 d.lgs. n. 159/2011. In particolare, elementi oggetto di interpretazione sono: l'aggettivo *delittuoso*, l'avverbio *abitualmente* e la locuzione *elementi di fatto* che compaiono sia alla lettera *a*) che alla lettera *b*) dell'art. 1; nonché l'espressione *traffici delittuosi* che è presente nella sola lettera *a*) della disposizione; e, infine, il termine *proventi* di attività delittuose che, invece, è elemento costitutivo della sola fattispecie di cui alla lettera *b*).

Questo riferimento della Consulta all'opera messa a punto dalla Corte di cassazione ha il pregio di individuare esattamente l'oggetto della questione di legittimità ad essa sottoposta, in quanto consistente non già dalle disposizioni staticamente intese nella loro formulazione legislativa, bensì nella lettura fornita

dalla più recente giurisprudenza della Corte di cassazione. La verifica ultima sarebbe stata quella di individuare se tale interpretazione, successiva alla sentenza *De Tommaso*, ne garantiva un'applicazione prevedibile.

Giunti a questo punto, coerentemente con quanto suesposto, si ribadisce che mentre nella materia penale l'interpretazione giurisprudenziale non può di per sé «colmare l'eventuale l'originaria carenza di precisione del precetto penale»²⁹¹, poiché nessuna interpretazione può «surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta*»²⁹²; viceversa, fuori dal perimetro che confina la materia penale, la Corte è chiamata a vagliare se il diritto vivente giurisprudenziale sia stato in grado di “precisare” il dato normativo, ponendo i potenziali destinatari delle misure di prevenzione nelle condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa.

Orbene, focalizzando l'attenzione sul livello di chiarezza raggiunto dalla giurisprudenza nella definizione degli elementi costitutivi, ad avviso della Corte un sufficiente grado di precisione sarebbe stato raggiunto nella definizione della fattispecie di cui alla *lettera b)* dell'art. 1 d.lgs. 159/2011, consistente nel vivere «*abituamente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose*».

Il sufficiente livello di precisione è individuato dalla Corte nella predeterminazione non tanto di singoli “titoli” di reato, quanto di specifiche “categorie” di reato, in grado di soddisfare l'esigenza di individuazione dei “tipi di comportamento”, *types of behaviour*, assunti a presupposto della misura.

Nell'argomento della Corte, il dato normativo sarebbe suscettibile di trovare concretizzazione in virtù di tre requisiti: a) delitti commessi abitualmente e, dunque, in un significativo arco temporale, dal soggetto; b) delitti che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui; c) profitti che, a loro volta, costituiscano – o abbiano costituito in una determinata epoca – l'unico reddito del soggetto o, quanto meno, una componente significativa di tale reddito. Tali requisiti devono essere provati sulla base di precisi «elementi di fatto», di cui il tribunale è tenuto a dare conto nella motivazione, in ossequio all'art. 13, secondo

²⁹¹ Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327, in *Giur. Cost., Considerato in diritto*, § 6.

²⁹² Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, in *Giur. Cost., Considerato in diritto*, § 12.

comma, Cost. Ai fini dell'applicazione della misura *personale* della sorveglianza speciale, a tali requisiti si aggiunge la valutazione dell'effettiva pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011.

Per l'applicazione delle misure patrimoniali del sequestro e della confisca, invece, è opportuno che i requisiti anzidetti vengano accertati in relazione al lasso di tempo nel quale si è verificato, nel passato, l'illecito incremento patrimoniale che la confisca intende neutralizzare – secondo lo schema della c.d. correlazione temporale – e con l'ulteriore precisazione che la sottrazione del patrimonio si giustificherà se, e nei soli limiti in cui, le condotte criminose compiute in passato dal soggetto risultino essere state effettivamente fonte di profitti illeciti, in quantità ragionevolmente congruente rispetto al valore dei beni che s'intendono confiscare, e la cui origine lecita il soggetto non sia in grado di giustificare.

Secondo la giurisprudenza più recente, infatti, le misure in questione possono essere applicate solo a chi, sulla base di precisi elementi di fatto, si può ritenere che abbia commesso, in un significativo arco temporale, delitti fonte di profitti che abbiano costituito il suo unico reddito o, quanto meno, una componente significativa del reddito.

Alla luce di quanto detto, la Corte ritiene che la questione di legittimità costituzionale, tanto in riferimento alle misure personali che alle misure patrimoniali, risulti infondata nei termini sopraesposti in riferimento alla fattispecie di cui alla *lettera b)* dell'art. 1 d.lgs. 159/2011.

Una diversa sorte è toccata, invece, alla fattispecie di cui alla *lettera a)* dell'art. 1 d.lgs. 159/2011, consistente nell'essere i soggetti proposti «*abituamente dediti a traffici delittuosi*».

L'espressione "traffici delittuosi", a parere dei giudici costituzionali, non è, infatti, in grado di indicare con sufficiente precisione quali comportamenti criminosi possano dar luogo all'applicazione delle menzionate misure. Sul punto, si è osservato che neppure la giurisprudenza è stata in grado di attribuire un significato certo e ragionevolmente prevedibile *ex ante* per l'interessato del disposto normativo come, peraltro, dimostra la presenza di due indirizzi

interpretativi contrastanti che definiscono i “traffici delittuosi” in modo antitetico²⁹³.

Ne discende la violazione del principio di legalità, che impone che ogni misura restrittiva della libertà personale o della proprietà dell'individuo si fondi su di una legge che ne determini con precisione i presupposti di applicazione.

Pertanto, la lettera *a*) dell'art. 1 d.lgs. 159/2011 viene ritenuta affetta da radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza successiva alla sentenza *De Tommaso*» e, quindi, costituzionalmente illegittima. Per quest'ultima ipotesi, dunque, il difetto di ragionevole prevedibilità *ex ante* non può condurre ad altro esito se non a quello della declaratoria di illegittimità costituzionale²⁹⁴.

Ex adverso, le disposizioni che consentono di applicare le stesse misure a chi vive abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose sono state salvate dalla scure dell'illegittimità grazie all'intervento della giurisprudenza di legittimità che ha tentato di “riempire di contenuto” la fattispecie, riuscendo, di fatto, a raggiungere l'esito tassativizzante²⁹⁵ e così impedendo che venisse censurata sotto il profilo del rispetto del principio di legalità.

Un diverso angolo prospettico, ma una medesima *ratio decidendi* si individua nella sentenza n. 25/2019, posto che essa sottopone al vaglio della sufficiente chiarezza e precisione non i destinatari, bensì le prescrizioni di «*vivere onestamente*» e di «*rispettare le leggi*», di cui all'art. 75, comma 2 d.lgs. 159/2011, imposte con la misura personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (con obbligo o divieto di soggiorno). La seconda sezione della Corte di cassazione solleva questione di legittimità costituzionale della norma incriminatrice in parola denunciandone il contrasto con gli artt. 25 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 Cedu e all'art. 2 prot. 4 Cedu, per come interpretati dalla sentenza della Grande camera *De Tommaso c. Italia* del 23 febbraio 2017.

²⁹³ Per le due contrapposte nozioni si rinvia alla sentenza della Corte di cassazione n. 11846/2018 e, per una visione contrastante alla pronuncia della Corte di cassazione n. 53003/2017.

²⁹⁴ Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24, *Considerato in diritto*, § 11.4 ss.

²⁹⁵ Per una visione sui profili critici dell'opera di tassativizzazione si rinvia a F. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità*, cit., 6 ss.

La norma censurata sanziona penalmente – a titolo di contravvenzione nel primo comma e a titolo di delitto nel secondo comma – il soggetto che, essendo stato destinatario della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, violi gli obblighi prescritti dal giudice con detta misura ai sensi dell’art. 8 d.lgs. 159/2011. A ben guardare, le prescrizioni anzidette sono, in virtù del loro contenuto amplissimo e indefinito, suscettibili di essere violate mediante le più svariate condotte antigiuridiche, a prescindere dalla loro rilevanza penale. Si evidenzia, poi, che qualora tale violazione venga integrata mediante una condotta penalmente illecita, il soggetto, già destinatario della misura di prevenzione, per il reato successivamente commesso potrà essere punito una seconda volta, sia a titolo di reato autonomo, sia a titolo di violazione dell’art. 75 d.lgs. 159/2011: due reati che normalmente sarebbero trattati secondo il regime di dosimetria sanzionatoria consistente nel cumulo giuridico delle pene *ex art.* 81, comma 1 c.p., poiché integranti un concorso formale.

La vaghezza e la genericità delle prescrizioni di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi» le ha rese protagoniste di un acceso dibattito, giurisprudenziale e non solo, che ha visto – prima dell’ultima pronuncia della Consulta – un precedente intervento della Corte costituzionale nel 2010, la pronuncia della Grande Camera della Corte Edu nel febbraio 2017 (sentenza *De Tommaso* cit.) e, a pochi mesi di distanza, una pronuncia delle Sezioni unite della cassazione (sentenza *Paternò*)²⁹⁶.

Principiando dall’analisi della pronuncia della Consulta, già nel 2010 il giudice delle leggi era stato chiamato a pronunciarsi circa la tassatività della norma in esame allora contenuta nell’art. 9 l. 1423/1956 e poi confluita nell’art. 75 d.lgs. 159/2011, nella parte in cui sanzionava la violazione delle prescrizioni anzidette. La richiamata sentenza n. 282/2010, dichiarando infondata la questione, osservava che per valutare la rispondenza della normativa in esame al principio di determinatezza occorreva che l’elemento descrittivo dell’illecito venisse valutato operando un collegamento con gli altri elementi costitutivi dello stesso, nonché con la disciplina di riferimento.

²⁹⁶ Cass., Sez. un. pen., 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076.

Al riguardo, la Corte europea aveva, però, osservato che lo sforzo interpretativo operato dalla Corte costituzionale non aveva risolto il problema dell'imprevedibilità delle misure di prevenzione, in quanto tale interpretazione non era idonea a fornire indicazioni sufficienti per le persone interessate, di fatto, risolvendosi in un riferimento a tempo indeterminato all'intero ordinamento giuridico italiano, insuscettibile di corredare di ulteriori chiarimenti le specifiche norme la cui inosservanza costituirebbe un ulteriore indizio del pericolo che la persona rappresenta per la società. Ne consegue che la norma non è in grado di orientare non solo il comportamento del singolo, ma anche l'opera del giudice, poiché l'indeterminatezza ne impedisce l'intelligibilità²⁹⁷.

Dall'indeterminatezza della norma di cui all'art. 5 l. 1423/1956, poi confluita nell'art. 8 comma 4 d.lgs. 159/2011, che prevede le prescrizioni applicabili dal giudice della prevenzione, sono scaturite indirette conseguenze sulla norma di cui all'art. 9 l. 1423/1956, poi confluito nell'art. 75 d.lgs. 159/2011, che prevede una sanzione di tipo penale per la violazione di dette prescrizioni.

In questo percorso compiuto dal diritto pretorio, un ruolo decisivo ha assunto la pronuncia della Corte Edu nell'interpretazione operata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione nella sua autorevole composizione a Sezioni unite. In particolare, la sentenza *Paternò* ha dichiarato inapplicabile il delitto di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011 all'ipotesi della violazione delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi», in quanto eccessivamente indeterminate, come rilevato nella stessa sentenza *De Tommaso*.

Le ricadute interne della stessa sfociano, dunque, nell'intervento delle Sezioni unite attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme, intervento risoltosi, di fatto, in una “abrogazione giurisprudenziale del reato” in parola. Secondo le argomentazioni della Suprema Corte, non si comprenderebbe a cosa ancorare il significato del “vivere onestamente” né tanto meno a quali leggi dello Stato riferirsi quale parametro cui uniformare la condotta, motivo per cui la

²⁹⁷ Cass., sez. un. pen., 27 aprile 2017, n. 40076, *Considerato in diritto*, § 9, n cui si valorizza il collegamento che intercorre tra determinatezza, prevedibilità della norma penale e colpevolezza.

vaghezza di tali prescrizioni avrebbe portato a un'illegittima carenza di conoscibilità del precetto da parte del destinatario della norma e, dunque, all'assoluta inidoneità della stessa a orientarne il comportamento.

Come anticipato, le Sezioni unite *Paternò* del 2017 non hanno, tuttavia, chiuso la partita, che ha visto un ulteriore sviluppo, rappresentato dalla questione di costituzionalità, sollevata dalla seconda sezione della Cassazione. In questo quadro, la pronuncia del giudice delle leggi – quale organo in grado di incidere sulla legge con efficacia retroattiva – sopravviene a completamento dell'operazione di adeguamento che, da sola, non avrebbe avuto la “forza” tale da travolgere il giudicato. L'intervento della Consulta si ritiene essenziale nella misura in cui si osserva che, nel caso di specie, la questione sollevata dalla Cassazione pone anzitutto un problema di rilevanza e, quindi, di ammissibilità del ricorso stesso.

La sezione rimettente si trova, infatti, a dover decidere del ricorso di un soggetto condannato per il delitto di cui all'art. 75, comma 2 d.lgs. 159/2011, integrato dal ricorrente per aver commesso una rapina nel periodo in cui era sottoposto alla misura di prevenzione personale e avendo, dunque, violato le prescrizioni a lui imposte: violazione per cui era stato imputato al ricorrente un concorso formale con il reato di rapina, con conseguente aumento di pena *ex art.* 81 c.p. La Cassazione considera inammissibile il ricorso proposto per la manifesta infondatezza delle censure mosse dal ricorrente. Tuttavia, a parere della rimettente, l'aumento di pena per il concorso formale dei due reati potrebbe essere *contra legem*, in ragione della denunciata illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2 d.lgs. 159/2011.

La sezione rimettente, pur avendo ben presente il recente arresto delle Sezioni unite *Paternò*, successivo alla pronuncia d'appello impugnata, osserva tuttavia che – non trattandosi di una sopravvenuta *abolitio criminis*, bensì di un mero mutamento giurisprudenziale più favorevole²⁹⁸ – non è possibile

²⁹⁸ Sull'effetto abrogativo avutosi per via unicamente giurisprudenziale si veda G. BIONDI, *Le Sezioni unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte Edu De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159/2011: luci e ombre di una sentenza attesa*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, 170 ss.; F. VIGANÒ, *Le Sezioni unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza*

darne atto, in quanto il ricorso non può essere dalla Corte esaminato nel merito, dal momento che la sua inammissibilità per manifesta infondatezza non permette che si formi un valido rapporto di impugnazione. La questione, dunque, merita di essere portata all'attenzione, poiché laddove venisse dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, si avrebbe una situazione assimilabile all'*abolitio criminis*, che sarebbe rilevabile *ex officio* dalla Cassazione, a mente dell'art. 129 c.p.p.

La Consulta, pertanto, si allinea a tale conclusione assumendo la rilevanza della questione nella misura in cui mostra di condividere l'assunto da cui muove la stessa sezione rimettente. Invero, qualora il ricorso fosse stato ammissibile, la Cassazione avrebbe potuto risolvere la questione in via interpretativa, facendo applicazione del principio di diritto affermato dalle Sezioni unite *Paternò*. Tuttavia, l'inammissibilità dello stesso impedisce che il giudice di legittimità possa rilevare d'ufficio l'insussistenza del reato secondo il nuovo orientamento giurisprudenziale: solo un'eventuale pronuncia di incostituzionalità consentirebbe alla Corte di legittimità di annullare la sentenza impugnata limitatamente al concorrente reato di cui al censurato art. 75, comma 2 d.lgs. 159/2011.

Entra così in scena il giudice delle leggi che dichiara fondata la questione nel merito e rileva, anzitutto, come questa si ponga nel fuoco della giurisprudenza di tre Corti: della sentenza n. 282 del 2010 della Corte costituzionale, della sentenza *De Tommaso* della Corte Edu e della sentenza *Paternò* delle Sezioni unite della cassazione.

Coerentemente con i precedenti arresti²⁹⁹, la Consulta opera un netto distinguo tra *abolitio criminis* – per *ius superveniens* o a seguito di pronuncia di illegittimità costituzionale – e sviluppo della giurisprudenza, essenzialmente di legittimità, che approdi all'esito, per certi versi simile, di ritenere che una determinata condotta non costituisca reato. L'attenzione che si riserva a questo

De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla Cedu di una fattispecie di reato, in *Dir. pen. cont.*, 13 settembre 2017.

²⁹⁹ Il riferimento è alla sentenza Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230.

dato si pone in continuità e in coerenza con quanto esposto circa il ruolo creativo della giurisprudenza di cui alle pagine che precedono.

Invero, qui si potrebbe graniticamente affermare che come non si ammette che dalla giurisprudenza possa originare un nuovo reato, parimenti deve negarsi che ne possa originare l'abolizione.

Quanto sinora esposto trova avallo nella pronuncia della Corte costituzionale, la quale richiama il disposto dell'art. 101, secondo comma, Cost. che, statuendo che il giudice è soggetto esclusivamente alla legge, afferma che la giurisprudenza ha un contenuto meramente dichiarativo e, in quanto tale, non è assimilabile alla successione della legge penale nel tempo.

La *querelle* giurisprudenziale culmina, pertanto, nella sentenza n. 25 del febbraio 2019, che dichiara l'illegittimità costituzionale *in parte qua* dell'art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011, nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di *honeste vivere* e di rispetto delle leggi per violazione del canone di prevedibilità contenuto, in generale, nell'art. 7 Cedu e, in particolare, nell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, rilevanti come parametri interposti, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Rimane, invece, assorbito il parametro interno dell'art. 25, secondo comma, Cost.

La Corte osserva, inoltre, che poiché gli stessi dubbi di costituzionalità possono porsi con riferimento al reato contravvenzionale di cui al comma 1 della medesima disposizione, che, parimenti, la giurisprudenza di legittimità ritiene in via interpretativa non più configurabile dopo la pronuncia *Paternò*³⁰⁰, la declaratoria di incostituzionalità viene estesa in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, anche all'art. 75, comma 1 d.lgs. 159/2011, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti la misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno, ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”.

Non può trascurarsi che le menzionate pronunce della Corte costituzionale, al crocevia tra giurisprudenza di merito e di legittimità, abbiano

³⁰⁰ *Paternò*, Cass. pen., sez. VII, 13 marzo 2018, n. 11171.

determinato un innalzamento dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali della persona esprimendo adesione agli approdi giurisprudenziali della Corte europea, prima, e della Corte di cassazione, poi.

Entrambe le decisioni della Consulta si inseriscono, difatti, nel solco del processo di adeguamento ai principi espressi dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *De Tommaso* e dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nella sentenza *Paternò*, in cui i giudici avevano riconosciuto che esse erano prive di quel contenuto determinato e specifico atto a dare loro un valore precettivo.

Si è ritenuto, pertanto, di voler dare atto dell'evoluzione che ha portato a tale esito, al fine di mettere in luce il prorompente influsso che il diritto sovranazionale ha sul diritto interno attraverso una materia precisata attraverso il formante giurisprudenziale a più livelli.

5. INCERTO È L'AN, IL *QUANTUM* E IL *QUOMODO*. LA SFUGGENTE FISIONOMIA DEL PRINCIPIO DI PREVEDIBILITÀ NEI COMPLESSI CRITERI DI VALUTAZIONE ELABORATI DALLA CORTE EDU: INDAGINE COMPARATA E RICADUTE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEGLI ORDINAMENTI STRANIERI

La dimensione proteiforme del concetto di prevedibilità deriva dal fatto che esso non appare ancorato a criteri stabili. A un attento esame della giurisprudenza della Corte Edu emerge, difatti, quanto diverse siano le accezioni della legalità europea di volta in volta accolte dai giudici di Strasburgo. Si possono, dunque, individuare tre possibili criteri definitivi – soggettivo, oggettivo ed evolutivo – rispetto ai quali muta anche il ruolo del contrasto giurisprudenziale e del precedente qualificato³⁰¹.

³⁰¹ S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario*, cit., 128 ss.

Preliminarmente, occorre precisare che la portata della legalità-prevedibilità, intercetta almeno tre elementi – correlati ma distinti – e, in particolare, occorre che il consociato sia in grado di prevedere, prima di compiere la propria condotta: «a) se la condotta stessa sarà considerata *illecita*; b) se, oltre che genericamente illecita, la condotta sarà considerata altresì *penalmente rilevante*; e infine c) quale pena egli dovrà scontare nell'ipotesi in cui venga sottoposto a processo»³⁰².

Pertanto, in assenza di un criterio formale, appare quanto mai necessario individuare un indice oggettivo cui valutare la prevedibilità. Ciononostante, non sembra che la Corte di Strasburgo abbia adottato un criterio unitario per valutare come prevedibile l'esito giudiziario, anzi ha sovente modificato l'impostazione posta alla base del suo giudizio.

Soggettivo è il criterio ancorato alla condotta processuale del ricorrente e alla sua qualifica personale; oggettivo è quello riferito alla presenza o meno di una precisa base legale; evolutivo è, invece, il criterio parametrato ai mutamenti del sentire della società e alle evoluzioni sociali.

Nelle loro argomentazioni, talvolta i giudici di Strasburgo si sono distaccati dal dato formale e hanno ritenuto imprevedibile una decisione sebbene fondata su base legale; in altre circostanze, fondando la propria decisione sul particolare *status* del ricorrente, hanno valutato come conoscibile l'illiceità della condotta; in altre ancora, hanno persino qualificato come prevedibile una decisione fondata meramente sul mutamento sociale, svincolando totalmente il giudizio di prevedibilità da criteri concreti e oggettivi.

Più da vicino, una disamina comparata delle pronunce della Corte Edu in tema di prevedibilità consente di passare al vaglio le ricadute interne della giurisprudenza sovranazionale.

³⁰² F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 213 ss. (corsivi dell'Autore).

5.1. IL CRITERIO SOGGETTIVO

Passando in esame i criteri, la giurisprudenza della Corte, in tema di prevedibilità della decisione giudiziale, ha talvolta evocato un parametro di tipo soggettivo che tenesse conto delle caratteristiche specifiche dei destinatari. In queste occasioni, la prevedibilità della condanna è stata valutata alla luce della particolare posizione e qualifica professionale del ricorrente, riconoscendo in capo a quest'ultimo il dovere, piuttosto che la materiale possibilità, di conoscere l'illiceità penale della propria condotta.

In questo solco, si inseriscono la sentenza *Soros c. Francia*³⁰³, in cui è stato utilizzato il *criterio* c.d. soggettivo, in aggiunta a quello oggettivo, trattandosi di un caso di assenza di precedenti giurisprudenziali che chiarissero la portata della normativa vigente relativa al reato di *insider trading*. In particolare, il ricorrente, cittadino americano fondatore di un fondo di investimento, veniva condannato a seguito della condotta di acquisto di un pacchetto di azioni di società privatizzate (tra cui una banca francese) sfruttando la conoscenza di una informazione riservata inerente ai titoli azionari e dopo aver appreso – in virtù della funzione rivestita – del tentativo di acquisto della medesima banca da parte di taluni investitori. Il Soros si doglieva dell'indeterminatezza in ordine alla tipicità del reato di *insider trading* a lui contestato e, più in dettaglio, dell'assenza di prevedibilità della condanna, in quanto la sua condotta – al momento della commissione del fatto – non poteva considerarsi penalmente illecita. Nel caso portato qui all'attenzione, ancora una volta, i giudici di Strasburgo valorizzano le qualità soggettive del ricorrente e, in ragione della sua esperienza, ritengono che l'esito giudiziario fosse assolutamente prevedibile, atteso che un soggetto così altamente qualificato non poteva ignorare o almeno dubitare che il suo contegno determinasse il rischio di configurare il suddetto reato.

Della stessa portata – sebbene da leggere *a contrario* – è la sentenza *Pessino c. Francia*³⁰⁴. In quest'ultima pronuncia, che si analizza per il valore che il precedente assume nei paesi di *civil law*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto l'assenza

³⁰³ Corte Edu, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, ric. n. 50425/06.

³⁰⁴ Corte Edu, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02.

di pronunce precedenti da cui il ricorrente avrebbe potuto desumere che la sua condotta integrasse reato; pertanto, lo stesso – non trovandosi nella condizione di poter conoscere l’illiceità del proprio contegno – non aveva elementi su cui basare la valutazione del rischio penale³⁰⁵. Nello specifico, la Corte rilevava che – essendo stata la condotta di costruzione (dopo la sospensione del relativo permesso) punita per la prima volta in giurisprudenza ai sensi di una fattispecie incentrata sull’assenza di autorizzazione – il ricorrente non avrebbe potuto rappresentarsi l’illiceità della propria azione neanche con l’ausilio di consulenti legali.

Nello stesso filone si inquadra anche la sentenza *Groppera Radio AG e a. c. Svizzera*³⁰⁶, in cui il criterio soggettivo viene utilizzato in via esclusiva, in quanto si trattava di una norma non ancora pubblicata, ma giudicata accessibile dai ricorrenti in ragione della professione svolta³⁰⁷.

Nello specifico, la normativa di riferimento, riguardante le trasmissioni radiofoniche internazionali, nel regolamentare la corrispondenza con disposizioni generali applicabili al regime delle licenze, aveva previsto e regolamentato una nuova categoria di licenze per le installazioni di antenne comunitarie. In data successiva, veniva reso noto che le trasmissioni di Groppera Radio non rispettavano le norme internazionali vigenti a causa della mancata richiesta della nuova licenza e che, pertanto, il non adeguamento avrebbe integrato reato. Della questione veniva, dunque, investita la Corte Edu sulla base del fatto che i ricorrenti asserivano che l’ordinanza facesse riferimento a norme di diritto internazionale non accessibili ai cittadini. Secondo la difesa, il criterio di previsione poteva, invece, dirsi soddisfatto in ragione della qualifica dei soggetti cui le norme erano destinate, i quali erano in grado di conoscere il testo legislativo vigente in materia, sebbene non fosse stato

³⁰⁵ Nello stesso senso Corte Edu, 24 maggio 2007, *Dragotoni, Militaru – Pidhorni c. Romania*, ric. nn. 77193/01 e 77196/01, in cui la condanna dei due ricorrenti, impiegati di banca, era stata giudicata in contrasto con l’art 7 Cedu in quanto, all’epoca della commissione dei fatti, gli istituti di credito non erano inclusi nelle organizzazioni pubbliche elencate nel Codice penale e mancava un precedente in cui fossero stati annoverati gli operatori bancari quali funzionari pubblici.

³⁰⁶ Corte Edu, 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG e a. c. Svizzera*, ric. n. 12726/87.

³⁰⁷ Nello stesso senso anche le pronunce successive Corte Edu, 3 maggio 2007, *Costers, Deveaux e Turk c. Danimarca*, nonché Corte Edu, 19 febbraio 2008, *Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius c. Lituania*, ric. nn. 743504/01; 26764/02; 27432/02.

ancora pubblicato. La prevedibilità e l'accessibilità, secondo la Corte, dipende tanto dal contenuto del testo, quanto – soprattutto in questa pronuncia – dallo *status* dei soggetti cui il testo è indirizzato trattandosi, nel caso di specie, di esperti nel settore delle trasmissioni radiofoniche internazionali.

5.2. IL CRITERIO OGGETTIVO

In altri casi, la Corte ha fatto leva su dati di carattere puramente oggettivo, quali il contenuto precettivo della legge e l'interpretazione giudiziale sviluppatasi a riguardo. Appartiene a questo filone la pronuncia *Sunday Times c. Regno Unito*³⁰⁸ che riconduce la prevedibilità della decisione alla presenza di precedenti giudiziari, mostrando di prediligere un approccio sostanziale in luogo di quello formale. Nella sentenza in esame, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto sussistente la previsione legale, poiché il ricorrente si sarebbe potuto rappresentare le conseguenze giuridiche della propria condotta facendo riferimento alla giurisprudenza precedente che enunciava i limiti in cui potevano essere formulate opinioni sull'operato dei giudici. Argomentando *a contrario*, qualora si ritenesse che una restrizione che trovi la sua fonte nella *common law* e non in un testo legislativo sia, per ciò solo, non prevista dalla legge, il sistema convenzionale ne uscirebbe compromesso³⁰⁹.

Il ruolo dell'interpretazione giudiziale in funzione tassativizzante viene evidenziato, in presenza di norme generiche o eccessivamente elastiche, nel caso *Kokkinakis c. Grecia*³¹⁰. In dettaglio, la Corte ha argomentato sulla rilevanza penale della condotta del soggetto sostenendo la prevedibilità della condanna in base alla giurisprudenza consolidatasi sul punto. Difatti, ancorché la formulazione della norma che incriminava il proselitismo religioso non fosse sufficientemente chiara, il formante giurisprudenziale aveva perimetrato le condotte lecite e quelle proibite rendendo, in concreto, assolto il requisito della prevedibilità.

³⁰⁸ Corte Edu, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*.

³⁰⁹ *Ibidem*, § 48.

³¹⁰ Corte Edu, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88.

Il medesimo principio di diritto si rintraccia a fondamento della pronuncia *Cantoni c. Francia*³¹¹, in cui i giudici europei avevano ritenuto la prevedibilità della condanna alla luce dell'esistenza di una "tendenza giurisprudenziale estensiva" nella giurisprudenza, nonostante permanessero contrasti nelle pronunce di merito. In questa sentenza, la Corte ha ritenuto che l'autore del fatto, condannato per vendita abusiva di prodotti farmaceutici, avrebbe potuto conoscere il significato della generica nozione di "medicamento", in quanto, a fronte di alcune incertezze della giurisprudenza di merito, la Corte di cassazione aveva sempre fatto riferimento a criteri determinati in modo specifico per individuare i prodotti che potevano essere venduti solo previa autorizzazione.

Nello stesso senso, è *Del Rio Prada c. Spagna*³¹² che affronta la tematica del mutamento giurisprudenziale *in malam partem* in ordine all'applicazione dei benefici penitenziari da cui scaturisce il prolungamento della pena inflitta. La ricorrente, detenuta spagnola accusata di reati di terrorismo, invocava l'applicazione del beneficio della *redencion de penas per trabajo*, a mente del quale ogni giornata di lavoro intramuraria permette lo sconto di pena di un giorno; beneficio abrogato dal riformato Codice penale spagnolo del 1995, ma mantenuto in vita, in via transitoria, per i detenuti condannati antecedentemente all'entrata in vigore della novella più restrittiva. Quando la *Del Rio Prada* presenta richiesta di liberazione anticipata la domanda le viene rigettata sulla base di un recente orientamento giurisprudenziale inaugurato in una diversa pronuncia, secondo cui lo sconto di pena non doveva essere calcolato sulla sanzione complessivamente intesa, bensì su ciascuna pena inflitta. Adottando il nuovo orientamento, alla ricorrente non sarebbe stato riconosciuto alcun beneficio, in quanto la data di liberazione sarebbe coincisa con la scadenza della pena massima. Dunque, la Grande Camera, nel caso *de quo*, ha dichiarato violato l'art. 7 Cedu, poiché la ricorrente non avrebbe potuto prevedere il mutamento nell'interpretazione del Tribunale Supremo spagnolo.³¹³

³¹¹ Corte Edu, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, ric. n. 17862/91.

³¹² Corte Edu, Grande Camera, 10 luglio 2012, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. 42750/09.

³¹³ *In the light of the foregoing, the Court considers that at the time when the applicant was convicted and at the time when she was notified of the decision to combine her sentences and set a maximum term of imprisonment, there was no indication of any perceptible line*

5.3. IL CRITERIO EVOLUTIVO

Del tutto atipico appare, invece, il terzo dei criteri adottati dalla Corte europea, ossia l'evoluzione del contesto sociale quale indice di prevedibilità dell'incriminazione. In questo senso convergono le due sentenze gemelle *S.W. c. Regno Unito* e *C.R. c. Regno Unito*³¹⁴, in cui si giustifica un'interpretazione giurisprudenziale sfavorevole al ricorrente *contra legem* e totalmente innovativa adducendo la possibile "prevedibilità sociale" della condanna. In questa ipotesi, la prevedibilità di un *overruling* sfavorevole è dovuta al fatto che l'addebito di rimproverabilità della violenza sessuale commessa dal marito in danno della moglie era ormai consolidato nel senso comune.

Il caso attiene a due episodi di violenza sessuale in danno delle rispettive mogli, di cui una consumata e l'altra tentata, in cui entrambi gli autori del fatto sono stati condannati nonostante vi fosse un principio di *common law* secondo il quale la violenza coniugale doveva essere considerata scriminata dal consenso prestato nel contratto di matrimonio. Sul punto, la Corte Edu ha dichiarato prevedibile la condanna delle corti nazionali in virtù del mutamento in materia del "senso comune", a nulla rilevando il summenzionato principio da cui dedurre la scriminante.

Nello specifico, il ricorrente aveva sollevato la violazione dell'art. 7 Cedu, in quanto la condanna era avvenuta sulla base di un *revirement* emerso in data posteriore alla commissione del fatto. Ripercorrendo gli orientamenti sul tema, il mutamento del comune sentire trovava origine nel dato che l'immunità era stata concepita fintantoché il matrimonio veniva inquadrato quale legame indissolubile, mentre il consenso al rapporto derivante dal matrimonio non doveva più ritenersi sussistente (e, dunque, scriminante) in caso di separazione, ovvero di provvedimenti

of case-law development in keeping with the Supreme Court's judgment of 28 February 2006», Corte Edu, Grande Camera, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., § 117.

³¹⁴ Corte Edu, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito* e *C.R. c. Regno Unito*, Serie A nn. 335 B e C.

atti a dichiarare venuto meno il rapporto, ovvero ancora comportamenti concludenti che sottendessero una crisi coniugale.

Il ricorrente lamentava il fatto che il giudice nazionale avesse deciso di fondare la motivazione della sentenza facendo applicazione di un principio enucleato in epoca successiva al 1990, data in cui egli aveva commesso il fatto e, dunque, in un momento storico in cui non c'era ancora stato un mutamento giurisprudenziale consolidato. Di talché, la Corte, dopo aver circoscritto la portata dell'art. 7 Cedu³¹⁵, apriva ad una nuova prevedibilità c.d. evolutiva, alla cui base vi fosse il mutamento della percezione e del senso collettivo³¹⁶. La prefigurabilità dell'esito giudiziario trova il suo fondamento nello sviluppo ragionevolmente prevedibile dell'assenza di immunità determinata dal grado di evoluzione ormai raggiunto, che rendeva evidente l'inquadramento generico di tali comportamenti sotto la rubrica del reato in commento, attesa la manifesta riprovevolezza della violenza coniugale. Non viene, dunque, ravvisato alcun contrasto con l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui scopo e oggetto è quello di garantire che nessuno sia sottoposto ad arbitrarietà in ordine a processo, addebito e pena.

Nella stessa direzione anche il precedente, sebbene non altrettanto dirimente e totalmente svincolato dal dato formale, *Müller c. Svizzera*³¹⁷. In particolare, in quest'ultimo caso è stata giudicata prevedibile una decisione attenendosi al fatto che il concetto di "oscenità", in riferimento al reato di pubblicazioni oscene, appartenesse alle *Kulturnormen* e, pertanto, ne veniva esclusa la genericità potendo essere ritenuto radicato dalla coscienza sociale, per questo doveva considerarsi anch'esso prevedibile.

³¹⁵ «The Court thus indicated that 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 written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability», Corte Edu, 25 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, cit., § 35.

³¹⁶ In particolare, si legge «there was an evident evolution, which was consistent with the very essence of the offence, of the criminal law through judicial interpretation towards treating such conduct generally as within the scope of the offence of rape. This evolution had reached a stage where judicial recognition of the absence of immunity had become a reasonably foreseeable development of the law», *Ibidem*, § 43.

³¹⁷ Corte Edu, 24 maggio 1988, *Muller C. Svizzera*, ric. n. 10737/84.

Si evidenzia che, in queste pronunce, i parametri su cui la Corte ha fondato il giudizio di prevedibilità non sono oggettivamente dimostrabili, in quanto basati in via esclusiva sul disvalore della condotta da ricavarsi dall'evoluzione sociale³¹⁸.

In verità, valorizzando soprattutto le già menzionate sentenze gemelle, emerge come la prevedibilità della decisione si possa svincolare del tutto dal dato formale e dal precedente giurisprudenziale, basandosi in maniera esclusiva sull'evoluzione sociale del disvalore.

6. LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: GIUDICE DEL CASO CONCRETO?

I criteri utilizzati dai giudici di Strasburgo non hanno rappresentato alcun vincolo di conformazione per la giurisprudenza successiva, anzi la Corte ha di frequente smentito sé stessa non valutando elementi sui quali, nelle pronunce precedenti, aveva, invece, basato il giudizio di prevedibilità. Dal vaglio delle pronunce della Corte Edu non emerge, dunque, una uniformità di vedute, atteso che il percorso logico argomentativo seguito dalla suddetta Corte apre a più di una soluzione.

Da questa circostanza è emerso come la Corte Edu debba ritenersi, e così non potrebbe che essere, un giudice del caso concreto. Orbene, la natura casistica della giurisprudenza di Strasburgo e il crescente aumento delle pronunce sul tema appaiono decisivi al fine di ricostruire il contenuto del giudizio di prevedibilità. Nella progressiva elaborazione del principio *de quo* da parte della Corte europea

³¹⁸ Cfr. D. PERRONE, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra resistenze ermeneutiche e istanze garantistiche*, in *Leg. Pen.*, 13 marzo 2017, 20 secondo cui «il criterio della corrispondenza al disvalore dell'illecito sembrerebbe presentare delle assonanze, più che con la legalità, con il requisito della coscienza dell'offesa, ma “in negativo” come sua assenza. L'agente sarebbe punito solo se si rappresenta o può rappresentarsi la portata offensiva della propria condotta, a prescindere dalla pre-esistenza di una legale previsione incriminatrice».

dei diritti dell'uomo, la prevedibilità può venire in rilievo in diverse accezioni, poiché ancorata a differenti parametri: l'oggetto, il soggetto, l'evoluzione³¹⁹.

In particolare, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha suggerito un'applicazione evolutiva del principio di prevedibilità, sottolineando la necessità, altresì, della sussistenza di un diritto vivente che interpreti la norma incriminatrice in stretta coerenza con il dato letterale.

Accade, talvolta, che l'attività giurisprudenziale fornisca una lettura "innovativa" dei fatti penalmente rilevanti tale da non poter essere prevista sulla scorta del semplice dato positivo. L'imprevedibilità degli effetti sfavorevoli per il reo di una simile impostazione giurisprudenziale renderebbe, infatti, la sentenza di condanna incompatibile con il principio di legalità per come inteso in Costituzione. Anche nel sistema Cedu, al pari di quello nazionale, dunque, il precetto penale e la relativa sanzione devono trovare fonte in una previsione legislativa entrata in vigore anteriormente al fatto commesso; devono essere formulati con precisione e pregnanza descrittiva avuto riguardo agli elementi empiricamente verificabili e, infine, devono essere applicati in modo tassativo ai casi indicati, con ciò ribadendo il relativo divieto di estensione analogica in capo al giudice.

Ciò posto, ponendosi dalla (limitata) prospettiva di osservazione offerta dal diritto penale, si può osservare una sempre più evidente "europeizzazione" dello stesso. Il «predominio assiologico della Costituzione sulle norme della Cedu³²⁰» e la «soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo³²¹» si collocano, però, su due livelli da tenere ben distinti. Invero, la soggezione alla norma Cedu si impone laddove essa sia dotata di un significato sufficientemente univoco rispetto all'ordinamento interno; in caso contrario, qualora ciò non accada, si apre un "caso difficile" in cui a prevalere sarà la lettura assiologica della Corte costituzionale cui è affidato il ruolo di chiusura del sistema³²².

³¹⁹ Il riferimento è ai criteri oggettivo, soggettivo, evolutivo cui la Corte Edu si è ancorata al fine di ritenere prevedibili le decisioni emesse nei diversi ordinamenti, di cui si è dato contezza al § 5.

³²⁰ Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, *Considerato in diritto*, § 4.

³²¹ Corte cost., 25 febbraio 2008, n. 39, *Considerato in diritto*, § 5.

³²² A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit. 47; *Contra*, O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in AA.VV. (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli,

Da questo angolo prospettico si può rilevare come la Corte di Strasburgo starebbe superando la prospettiva della *individual justice* e delle decisioni con efficacia *inter partes* verso sentenze capaci di incidere a livello ordinamentale. Il tentativo della Corte di estendere al di là del caso concreto l'efficacia delle proprie decisioni si realizza attraverso lo strumento del diritto consolidato, nonché delle decisioni pilota che, per definizione, si pongono oltre la specificità del singolo ricorso³²³. Sebbene la Corte Edu identifichi per antonomasia un Giudice dei diritti³²⁴, l'accertamento della violazione differisce a seconda del diritto preso in considerazione. Una linea di demarcazione può tracciarsi tra i diritti fondamentali a tutela dell'individuo-reo, che il diritto penale deve rispettare, e i diritti fondamentali a tutela dell'individuo-persona offesa, che il diritto penale deve tutelare³²⁵.

Questa distinzione rileva in questa sede allorché il concetto di diritto, collegato all'individuo-reo, comprende le declinazioni della legalità penale e, dunque, nel sistema convenzionale, le garanzie ai sensi dell'art. 7 Cedu. Pertanto, l'etichetta di "diritto" accostata anche alle articolazioni della legalità va letta con riferimento alla stessa Cedu. Il compito sarà, dunque, quello di tradurre la qualifica convenzionale nelle categorie dell'ordinamento interno. I principi costituzionali che regolano la materia penale – legalità, personalità, colpevolezza – non andrebbero qualificati come diritti del reo, ma come principi dell'ordinamento posti a tutela del reo³²⁶. Questa distinzione non è meramente terminologica, bensì reca seco implicazioni pratiche.

2016, 156-157 in cui si sottolinea, anche muovendo dal presupposto della prevalenza dell'art. 25 Cost., che il coltello dalla parte del manico continuerebbero a impugnarlo le Corti europee, nel senso che la decisione della Corte di Giustizia o della Corte Edu sarebbe destinata a prevalere anche in caso di "contrasto" con la Corte costituzionale.

³²³ V. in particolare O. POLLICINO – V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *Forum cost.*, 2010, 2 ss. e 20 ss.

³²⁴ Così, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit., 51.

³²⁵ O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2011, 1476.

³²⁶ La stessa, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 2203, in cui la

Invero, qualora lo Stato venga condannato dalla Corte di Strasburgo a seguito della violazione di principi fondamentali, la pronuncia – sebbene rimanga confinata al caso singolo – disvela un difetto sistemico dell'ordinamento. In queste ipotesi, ossia in caso di violazione di principi generali che individuano un *gap* di tutela potenzialmente ripetibile, risulta difficile ipotizzare casi in cui la violazione del principio, specie se enucleato all'art. 7 Cedu, nasca e termini con il singolo ricorso alla Corte Edu. Diversamente accade laddove la violazione riguardi diritti individuali che, sebbene tutelati in astratto, non abbiano ricevuto in concreto adeguata tutela in virtù di una peculiarità del caso singolo, che, pertanto, non si presterà a essere estesa a casi analoghi. A queste due ipotesi agli antipodi si aggiunge un caso limite che è rappresentato dalla violazione di diritti individuali in ragione, però, di una lacuna ordinamentale. In una siffatta ipotesi, atteso che è l'ordinamento interno a difettare di un quadro di tutela adeguato agli *standard* convenzionali, la pronuncia potrà potenzialmente dare luogo alla produzione di effetti oltre al caso singolo.

distinzione è tra principi posti a tutela del reo (la legalità) e diritti, meglio detti beni giuridici, posti a tutela della vittima (le fattispecie incriminatrici).

CAPITOLO III

INTELLIGENZA ARTIFICIALE: LA GIUSTIZIA PREDITTIVA

SOMMARIO: 1. L'oracolo algoritmico e l'utopia del giudice calcolatore. – 2. Dalla giustizia bendata a quella veggente: il diritto come macchina e la sua razionalizzazione. – 2.1. I tre usi dell'algoritmo nel diritto penale: l'algoritmo delinquente, l'algoritmo inquirente e l'algoritmo giudicante. – 3. Quanta speranza si può riporre nella fata matematica? La predittività quale strumento di efficienza del sistema nelle valutazioni di pericolosità: luci e ombre. – 4. Le nuove frontiere della giustizia penale: dalla giustizia giusta alla giustizia esatta in un'ottica europea. Il ruolo ancillare dell'intelligenza artificiale *ante e post delictum*.

1. L'ORACOLO ALGORITMICO E L'UTOPIA DEL GIUDICE CALCOLATORE

I risultati finora raggiunti forniscono un punto di partenza per gli sviluppi futuri che sono maturati dalla consapevolezza di avanzare una prospettiva *de iure condendo*. Partendo dalla premessa secondo cui il sistema penale è un sistema «personocentrico e personologico»³²⁷, pensato e costruito sull'uomo e affidato al giudizio dell'uomo – come tale fallibile – l'interrogativo più spietato che la modernità ci pone è quale spazio possa oggi occupare l'algoritmo e l'intelligenza artificiale nell'ambito di una siffatta giustizia penale.

In un futuro che è già presente, davanti all'avanzare dell'intelligenza artificiale e degli algoritmi in campo giuridico, il tema oggetto della presente ricerca si proietta, non senza critiche, in una logica al bivio tra tecnologia e tecnocrazia³²⁸. In altri termini, la giustizia penale, nella sua accezione di prevedibilità della decisione giudiziale, viene letta come un approdo assicurato da un sistema oracolare.

³²⁷ V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *Discrimen*, 15 maggio 2020, 2.

³²⁸ L'espressione è di V. MANES, *Op. ult., cit., passim*.

Questo sistema ha, tuttavia, nel proprio elemento di pregio anche le proprie criticità, specie in quelle misure che hanno come componente strutturale una valutazione a carattere predittivo, per le quali non sarebbe implausibile ipotizzare lo strumento dell' algoritmo.

Ed è così che, pur a fronte di una crisi strutturale, il miraggio del diritto calcolabile e l'ideale di certezza tornano al centro dell'immaginario, in ragione delle nuove frontiere inaugurate dall'incalzante sviluppo degli algoritmi intelligenti. Di qui, la necessità di assicurare il costante equilibrio tra la dimensione digitale e quella umana. In altri termini, la sfida è tentare di conciliare efficienza e garanzie e, in questo caso, innovazione tecnologica e principi costituzionali e sovranazionali.

Questa considerazione nasce dal dato incontrovertibile che, nel campo del progresso tecnologico, l'intelligenza artificiale appare ambiziosa, nel senso che mira a surrogarsi all'uomo e al suo pensare. In ambito giuridico, questo si traduce in un «sistema oracolare *legal tech*»³²⁹ contrapposibile al binomio libero convincimento-motivazione, che costituisce, invece, la cifra distintiva del sistema processuale penale e che è affidato al giudice. Per vero, le funzioni di controllo e garanzia affidate al giudizio umano sembrerebbero parametri difficilmente replicabili da una macchina. Dunque, attesi i legami sempre più stretti tra intelligenza artificiale e giustizia penale, sorge spontaneo chiedersi se quel legame tra libero convincimento e motivazione possa risultarne alterato o, in qualche misura, indebolito.

Con riserva di ritornare sul punto, preme sin da subito segnalare che l'utilità significativa degli strumenti di intelligenza artificiale si spiega in quanto il loro utilizzo si coglie perlomeno su tre distinti versanti: delinquente, inquirente e giudicante.

³²⁹ V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit., 3. Sul futuro delle macchine si veda anche A. TRAVERSARI, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, in *Quest. giust.*, 10 aprile 2019, 1 s; nonché M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, 872 ss.

2. DALLA GIUSTIZIA BENDATA A QUELLA VEGGENTE: IL DIRITTO COME MACCHINA E LA SUA RAZIONALIZZAZIONE

Le nozioni di diritto e di intelligenza artificiale – oltre al rapporto che ha come sfondo la calcolabilità giuridica – sono accomunate da quel *fil rouge* che pervade il presente lavoro, ossia la ricerca della determinatezza.

Appare, dunque, opportuno fornire, in via preliminare, una definizione di intelligenza artificiale richiamando quella contenuta nella «Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi» – adottata nei giorni 3-4 dicembre 2018 dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ), istituita dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nel 2002 – che la intende come l'«insieme di metodi scientifici, teorie e tecniche finalizzate a riprodurre mediante le macchine le capacità cognitive degli esseri umani. Gli attuali sviluppi mirano a far svolgere alle macchine compiti complessi precedentemente svolti da esseri umani»³³⁰. La sfida della modernità sembra, allora, essere la possibilità di calcolare il diritto alla stregua di una macchina. Al fine di raggiungere questo obiettivo, il diritto deve essere inteso in senso razionale, avulso da instabilità, valutazioni etiche e dal senso comune³³¹.

Sebbene il significato fornito evidenzi il parallelismo tra macchina e umano, quando si parla di *IA* non si deve necessariamente pensare ad un “umanoide” simile in tutto e per tutto all'essere umano³³². Essa è, piuttosto, mimesi, una *fictio*, una riproduzione delle prestazioni umane. La Carta etica europea, del resto, appare come una risposta istituzionale al potenziale rischio delle criticità sollevate e contiene, difatti, cinque principi generali: rispetto dei diritti fondamentali; non

³³⁰ Commissione Europea per L'efficienza Della Giustizia (CEPEJ), *Carta etica per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente*, App. III, Glossario, 47.

³³¹ G. ITZCOVICH, *Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31/2, 2001, 365 ss. L'assimilazione tra diritto e macchina si ritrova anche in F. POGGI, *Il diritto meccanico. La metafora del diritto come macchina e i suoi limiti*, in *Dir. quest. pubbl.*, 9/2009, 359.

³³² F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: qualche aggiornamento e qualche nuova riflessione*, in G. BALBI – F. DE SIMONE – A. ESPOSITO – S. MANACORDA (a cura di), *Diritto penale e intelligenza artificiale. “Nuovi scenari”*, Torino, 2023, 3.

discriminazione; qualità e sicurezza dei dati; trasparenza, imparzialità e *fairness*; possibilità di controllo da parte dell'utente³³³.

Non può, difatti, trascurarsi che questo parallelismo e, dunque, il binomio “diritto e macchina” rappresenti un'immagine tutt'altro che indiscussa nel panorama giuridico. La principale e anche più tangente critica che suscita la metafora è rappresentata dall'annichilimento della figura del giudice, ridimensionato al ruolo di bocca della legge dinanzi a una legislazione certa e a un diritto calcolabile. Il rischio è che gli operatori del diritto possano ridursi a meri automi e, di fatto, a veri e propri distributori di diritto automatico³³⁴. In verità, la figura del giudice-automa richiama una deresponsabilizzazione da parte degli operatori del diritto, la cui “missione” è quella di portare «il grande peso di questa immane responsabilità che è il rendere giustizia»³³⁵.

L'ausilio di intelligenze artificiali e di algoritmi che governano la giustizia fa nascere l'idea di un diritto meccanico in cui la prospettiva di indagine mira a sondarne la praticabilità. Da un lato, c'è l'uomo a cui si obietta la fallibilità; dall'altro, il diritto-macchina fondato su costruzioni logico-razionali a cui si obietta di rimanere relegato “fuori dalla vita”³³⁶.

Si osserva, inoltre, che dietro l'etichetta dell'intelligenza artificiale si celano due declinazioni della stessa: essa può intendersi in senso forte, riferendosi con tale locuzione a quelle macchine che hanno una mente e, quindi, sono capaci di pensare; ovvero in senso debole, qualificando l'intelligenza artificiale come una *fictio*, una simulazione e non una vera duplicazione della mente umana³³⁷. Entrambe le

³³³ Al riguardo, v. S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in www.lalegislazionepenale.it, 18 dicembre 2018.

³³⁴ M. WEBER, *Economia e società*, cit., 79.

³³⁵ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, 650. Sugli effetti del percorso deresponsabilizzante che l'utilizzo di algoritmi può determinare, v. A. NATALE, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile?*, in *Quest. giust.*, n. 4/2018, 3 ss.

³³⁶ M. WEBER, *Economia e società*, cit., 41 e 170, con riferimento al diritto fondato su elementi razionali, atteso che le soluzioni da questo indicate spesso si pongono in rapporto irrazionale con le aspettative degli operatori del traffico economico.

³³⁷ J.R. SEARLE, *Minds, brains and programs*, in *Behavioral and Brain Sciences*, 1980, 417.

accezioni sembrerebbero accoglibili, in quanto è stato osservato che l'intelligenza della macchina si misura dall'ottenimento di comportamenti che possono definirsi tali se fossero stati posti in essere dall'uomo³³⁸.

Se, dunque, si ammette che le macchine sono in grado di ragionare, questo ragionamento deve estendersi anche a tutte le forme del ragionamento e, nel caso che qui interessa, al pensare giuridico. Ciò implica l'interazione tra intelligenza artificiale e diritto³³⁹, che impone di fare il punto sugli usi possibili della stessa nel campo giuridico, operando una valutazione dei costi e dei benefici. Si dovrà, pertanto, verificare se la realizzazione, nel concreto, di un diritto che si avvalga di una macchina possa realmente condurre a un diritto certo e calcolabile, per come si auspica, ovvero se ipotizzare scenari cognitivi segnati da decisioni automatizzate si trasformi nella rincorsa verso il falso mito di una giustizia digitale perfetta.

2.1. I TRE USI DELL'ALGORITMO NEL DIRITTO PENALE: L'ALGORITMO DELINQUENTE, L'ALGORITMO INQUIRENTE E L'ALGORITMO GIUDICANTE

Dopo il superamento del dogma *societas delinquere non potest*, bisogna chiedersi fino a che punto possa valere il corrispondente principio *machina delinquere non potest*³⁴⁰.

L'ingresso dell'algoritmo delinquente impone di confrontarsi, ancora una volta, con c.d. "persone senz'anima"³⁴¹, nella misura in cui l'intelligenza artificiale

³³⁸ J. MC CARTHY - M.L. MINSKY - N. ROCHESTER - C.E. SHANNON, *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 1955, www-formal.stanford.edu.

³³⁹ Di interazione e limiti parla F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. uomo*, 29 settembre 2019, 2; C. PARODI – V. SELLAROLI, *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2019.

³⁴⁰ A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Discrimen*, 27 marzo 2019.

³⁴¹ V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit. 2. L'espressione riprende il parallelismo con il d. lgs. n. 231 del 2001 recante la disciplina della responsabilità delle

sia strumento coinvolto nella commissione di certi reati, di talché si dovranno indagare nuove modalità di offesa e discutere in ordine alla relativa imputazione di responsabilità. Di fatto, tanto il giudice quanto il legislatore dovranno verificare se le nuove esigenze di tutela possono essere garantite dalle norme tradizionali o se sia diventato indispensabile un intervento che tenga conto dell'avanzare dell'algoritmo criminale³⁴². Su questo versante, la suggestione è che il sistema tradizionale di responsabilità penale appaia inadeguato a fronteggiare eventi di danno o pericolo, colposi o persino dannosi, la cui azione è da ricondurre non ad una persona fisica, bensì all'opera di una macchina retta da *software* algoritmi in cui la presenza umana è solo eventuale o, in casi ancor più complessi, l'umano è combinato con l'agire automatizzato.

In questo mutato contesto, risulta trasformato l'intero paradigma della imputabilità, che, disegnata sull'impronta costituzionale del principio di colpevolezza e di responsabilità personale, non troverebbe più un sicuro e immediato ancoraggio ai suddetti canoni. Un siffatto schema di imputazione dovrebbe, difatti, adattarsi ad un modello eccentrico rispetto al rimprovero penale costituzionalmente orientato e incentrarsi, piuttosto, su nozioni compatibili alla responsabilità da algoritmo.

Da questo angolo prospettico, nell'algoritmo come soggetto attivo c.d. criminale si coglie il parallelismo con la responsabilità penale degli enti; nell'algoritmo soggetto passivo la prospettiva, invece, cambia e potrebbe persino ipotizzarsi che esso risulti coinvolto come vittima, ossia come titolare di interessi giuridici da tutelare³⁴³. Non per nulla, l'attenzione su entrambi gli aspetti è viva e

persone giuridiche, quali entità inumane, per la difficoltà di identificare una condotta secondo il tradizionale concetto di azione; un rimprovero secondo la nozione personalistica di colpevolezza e una persona cui ancorare la funzione risocializzante della pena, di talché si tratterebbe – al pari – di irrogare una sanzione sebbene non vi sia un corpo da colpire, né un'anima da condannare, secondo il titolo del saggio di J.C. COFFEE JR., *No Soul to Damn: No Body to Kick. An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review*, vol. 79 (n. 3), 1981, 386 ss.

³⁴² Sugli usi dell'algoritmo v. anche F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, cit., *passim*.

³⁴³ Cfr. A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit., 493; R. BORSARI, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in www.medialaws.eu, 3/2019.

sentita anche in ambito europeo in seno alle organizzazioni sovranazionali, primo fra tutti il Consiglio d'Europa. L'*European Committee on Crime Problems* ha, di recente, istituito un *Group of Experts on Artificial Intelligence and Criminal Law* deputato a vagliare le varie soluzioni adottate nei diversi Stati membri, le iniziative legislative domestiche intraprese e in corso e, soprattutto, quelle da affidare agli strumenti di armonizzazione sovranazionale.

La seconda accezione è quella dell'algorithmo investigante o inquirente. L'impiego dell'intelligenza artificiale, in sede investigativa, funge da supporto alle risorse di *law enforcement*, ossia all'attività del pubblico ministero e della polizia giudiziaria e fa riferimento ai *software* di polizia predittiva. Questi strumenti hanno una duplice funzione. La prima è quella di rielaborare un numero considerevole di dati che indirizzano nei c.d. *hotspots*, ossia in quelle zone in cui il rischio della commissione di reati è più elevato. Ciò consente di effettuare una "mappatura" del rischio criminale e di allocare più risorse nelle zone più calde, poiché fulcro di condotte seriali³⁴⁴. Il secondo elemento di pregio – sempre in un'ottica *ante delictum* – si coglie nell'abilità di prevedere la futura commissione di reati da parte di soggetti determinati o determinabili³⁴⁵. In questo caso, i dati che vengono processati attengono al profilo comportamentale dell'autore, questo rende più agevole prevedere la futura commissione di reati da parte di soggetti determinati. Tuttavia, tale metodo, se da un lato incrementa la possibilità di predire nuovi e diversi reati, dall'altra, accresce il rischio che i dati inseriti in machine programmate fungano da elementi di pregiudizio³⁴⁶, anche etnico e di genere³⁴⁷, poiché finirebbero per incriminare il soggetto per il suo *status* e non più il fatto materiale da lui commesso.

³⁴⁴ Sul punto, C. PARODI – V. SELLAROLI, *Sistema penale e intelligenza artificiale*, cit., 47 ss., 56 ss.; per ulteriori strumenti di polizia predittiva v. anche G. CONTISSA – G. LASAGNI – G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Riv. trim. Diritto di Internet*, n. 4/2019, 619 ss.

³⁴⁵ F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit. 10 ss.

³⁴⁶ Un inquadramento dei rischi cui si incorre a seguito dell'utilizzo, da parte della polizia, di *biased machines*, macchine programmate sulla base di pregiudizi, è offerto da A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit., 494.

³⁴⁷ Il riferimento è al caso *Loomis*, Wisconsin S.C. *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749 (2016); F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit. 19 ss.; S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 4/2019.

In verità, il paventato rischio attiene non tanto al mero utilizzo dell’algoritmo, quanto, piuttosto, alla sua programmazione e al controllo demandato a tecnici chiamati a gestirne la funzionalità.

L’operatività dell’algoritmo investigante o inquirente si coglie anche in un’ottica *post factum*, in quanto, in questa accezione, muove nella prospettiva volta a individuare con maggior precisione, rispetto all’operatore umano, i responsabili dei crimini commessi ovvero la ricostruzione di fatti a partire da indizi, illustrando una evoluzione coerente con i dati forniti o alternativa a essi³⁴⁸.

Il terzo utilizzo è l’algoritmo giudicante. Fra tutte, questa accezione appare la più attinente nella ricerca della valutazione giuridica e, in questa veste, lo strumento viene impiegato come ausilio della decisione giudiziale. Quando si affronta l’impatto dei sistemi di AI sul processo penale è opportuno distinguere tra strumenti predittivi a fini decisorii, ossia suscettibili di fornire dati che possono costituire il presupposto di un provvedimento giurisdizionale e strumenti di predizione decisoria che, invece, utilizzano l’intelligenza artificiale per prevedere l’esito di pronunce future su casi simili³⁴⁹.

L’IA in ambito giudiziario e, in particolare, nell’ambito della “giustizia predittiva” può, dunque, trovare applicazione per formulare previsioni sull’esito di una causa, o anche, in un prossimo futuro, per affiancare il giudice nella fase decisoria. In particolare, si osserva che rispetto a tali profili – specie in relazione alla fase investigativa e al *sentencing*³⁵⁰ – un ruolo di apripista è stato già svolto dall’ordinamento statunitense che incoraggia i sistemi europei a seguire questa strada. L’impiego dell’algoritmo in funzione consulente/giudicante fa uso di

³⁴⁸ R. PELLICCIA, *Polizia predittiva: il futuro della prevenzione criminale?*, in www.cyberlaws, 9 maggio 2019.

³⁴⁹ R.E. KOSTORIS, *Predizione decisoria, diversione processuale e archiviazione*, in *Sistema penale*, 2021, 3.

³⁵⁰ Con riguardo al funzionamento di COMPAS, (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), quale algoritmo predittivo capace di sondare il rischio di recidiva, nonché i profili di tensione con le garanzie penalistiche evidenziate dalla Corte Suprema del Wisconsin nel caso Loomis (State v. Loomis, 881 NW 2d 749 - Wis 2016), si veda G. CANZIO, *Intelligenza artificiale e processo penale*, cit., 799 ss., dubitando l’A. che lo standard di alta credibilità razionale richiesto al giudice penale possa essere raggiunto attraverso strumenti meramente digitali.

strumenti che, individuando dati che ricorrono su base statistica³⁵¹, è in grado di fornire una valutazione predittiva sulla pericolosità di un soggetto o sulla sua capacità a delinquere³⁵², incidendo sulla misura da applicare ovvero decidendo in punto di commisurazione della pena.

Su queste basi, non può non rilevarsi che ipotizzare automatismi valutativi o decisori nello scenario di una giustizia digitale infallibile deve fare i conti con un ordinamento, come quello italiano, costruito sul principio della soggezione del giudice solo alla legge. Si evidenzia come questo principio, fortemente identitario, funge, ancora una volta, da barriera alle avanzate trasformazioni del sistema. *Mutatis mutandis*, il principio è stato invocato quale argine al riconoscimento del valore di autorità del precedente e, con la stessa funzione di limite, in questo ambito si presenta a incarnare il rifiuto di soluzioni automatizzate non riconducibili alla produzione legislativa³⁵³.

In questo solco, merita di essere menzionata, per il suo impatto anche sugli ordinamenti interni, la funzione predittiva dell'algorithm applicata alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. È stato dimostrato che l'algorithm, in questo settore, è in grado di calcolare gli esiti delle pronunce dei giudici di Strasburgo con un elevato grado di precisione³⁵⁴, basandosi più sul fatto che sul diritto. La previsione della decisione valorizza, dunque, le informazioni di tipo testuale. Ciò che importa sottolineare è che l'esito si basa sul binomio violazione-

³⁵¹ Per tutti i necessari riferimenti sugli strumenti utilizzati dagli algoritmi predittivi in funzione giudicante M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei Risk Assessment Tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2019, 3.

³⁵² Che questa vada valutata come prognosi dei futuri comportamenti dell'agente discende da una lettura costituzionalmente orientata della disposizione dell'art. 133, comma 2, c.p. (v. per tutti G. MARINUCCI– E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, cit. 710).

³⁵³ Una lettura attraverso i principi è offerta da R.E. KOSTORIS, *Predizione decisoria*, cit., secondo cui l'algorithm è una «entità estranea alla legge».

³⁵⁴ Cfr. N. ALETRAS – D. TSARAPATSANIS – D. PREOTIUC – V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science*, 2016, 1 ss.

non violazione di un determinato articolo della Cedu, in cui la previsione si ravvisa nel rispetto ovvero nel contrasto con una certa disposizione della Carta³⁵⁵.

Ancora, il profilo della predizione decisoria diventa quanto mai incisivo alla luce dell'entrata in vigore della legge 27 settembre 2021, n. 134 – recante la c.d. Riforma Cartabia, ossia la «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari» – la quale è funzionale alla trasformazione del processo penale attualmente vigente: infatti, l'art. 1 della legge in parola sancisce che le finalità della riforma sono la «semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo penale, nel rispetto delle garanzie difensive».

In tale contesto normativo, l'impiego dell'algorithm si presta al perseguimento della ragionevole durata dei processi e – in maniera ancora più incisiva – si inserisce, a pieno titolo, nell'avvenuto mutamento della regola di giudizio per l'archiviazione e il non luogo a procedere che vede il passaggio dalla sostenibilità dell'accusa in giudizio alla ragionevole previsione di condanna.

Invero, in ossequio alla volontà deflattiva della riforma del processo penale e, per quello che in questa sede maggiormente interessa, allo scopo di antivedere le conseguenze giuridiche di una data condotta, l'impiego di algoritmi predittivi appare quanto mai funzionale al fine di valutare l'ipotesi in cui gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari o le prove emerse in udienza preliminare *non consentano di formulare una ragionevole previsione di condanna*. Il precedente criterio predittivo, e cioè l'insostenibilità dell'accusa in giudizio, viene così sostituito da un parametro differente, ossia la ragionevole esclusione di un particolare esito di quel giudizio, cioè la condanna. In questo novellato quadro, l'esito assume particolare rilievo e apre la strada all'utilizzo della predizione decisoria, la quale diventa, quindi, parte integrante del sistema processuale penale.

Evidenti appaiono i risultati pratici, in termini di risparmio di tempo e costi, di semplificazione delle procedure e di tendenziale calcolabilità e uniformità delle

³⁵⁵ A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit., 496.

decisioni, oltre che di ridotta responsabilità del giudicante, conseguiti dall'impiego del modello matematico-statistico nell'esercizio della giustizia predittiva³⁵⁶.

3. QUANTA SPERANZA SI PUÒ RIPORRE NELLA FATA MATEMATICA? LA PREDITTIVITÀ QUALE STRUMENTO DI EFFICIENZA DEL SISTEMA NELLE VALUTAZIONI DI PERICOLOSITÀ: LUCI E OMBRE

L'etichetta "giustizia predittiva"³⁵⁷ allude all'utilizzo dell'intelligenza artificiale al fine di ricavare – dall'analisi di un numero considerevole di provvedimenti giudiziari – previsioni quanto più attendibili sull'esito delle controversie³⁵⁸.

Oggi ci si interroga sul *quomodo* e sul *quantum* dell'utilizzo degli algoritmi sul presupposto che la rapidità della giustizia costituisca la cifra significativa del grado di affidabilità e solidità di uno Stato avanzato. Inoltre, un fattore che spiega il dirompente impatto di questi sistemi è il clima di sfiducia che aleggia intorno al prodotto giustizia, per cui non appare implausibile che l'opinione pubblica possa intravedere maggiore sicurezza da decisioni automatizzate basate sull'*AI*, in quanto considerate più neutrali, imparziali, razionali, e, dunque, prevedibili³⁵⁹.

³⁵⁶ Sebbene sia ormai abbastanza diffusa l'espressione, E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2018, 539 ritiene che la qualificazione della giustizia come "predittiva" rischi di risultare inappropriata, in quanto evocerebbe la divinazione applicata all'esito del processo.

³⁵⁷ S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Italo-Espanola de Derecho Procesal*, 2019, 2 s. EAD, *Artificial Intelligence. Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, Springer, Berlin, 2020.

³⁵⁸ Cfr., per tutti, L. VIOLA, voce *Giustizia predittiva*, in *Enc. Giur. Treccani, Diritto online* 1/2018.

³⁵⁹ V. MANES, *L'oracolo algoritmico*, cit., 11. Sul tema della marcata crisi della certezza del diritto, specie a fronte del crescente livello di incidenza del "precedente", sugli studi dedicati alla c.d. calcolabilità del diritto, alla *foreseeability* del divieto penale e alla *predictability* delle decisioni giudiziali interessate dalla *sentencing disparity* v. A.

Volgendo lo sguardo ai principi informatori della materia e delle garanzie fondamentali, si impone di considerare, *in primis*, l'autonomia del giudice e la sua costante supervisione sul presupposto, incontrovertibile, che «la sana consapevolezza di sapere di non sapere sono caratteristiche che contraddistinguono l'umano e la sua ricerca di senso, le quali mal si attagliano ai ragionamenti dell'AI»³⁶⁰. Esprimendo, in questo modo, che l'umano non potrebbe mai essere sostituito da strumenti artificiali. Per quanto più specificatamente attiene al suo ruolo rispetto al sistema di intelligenza artificiale, il giudice dovrà sempre essere in grado di conservare la sua individualità, senza che la decisione risulti assorbita né integralmente sostituita da quella automatizzata.

In questo scenario in cui campeggia la crisi della certezza del diritto, l'interesse nei confronti degli strumenti di previsione, anche algoritmica, cresce esponenzialmente, poiché appare l'unico mezzo in grado di elaborare previsioni quanto più precise e attendibili.

Terreno elettivo dell'*AI* appare essere la materia cautelare, relativa alla sussistenza dei *pericula libertatis*, destinata a costituire, in una prospettiva futura, uno dei principali ambiti di utilizzo dell'intelligenza artificiale. L'uso di algoritmi predittivi può, difatti, risultare particolarmente utile al fine d'individuare la pericolosità e la capacità di recidiva di un determinato soggetto, rappresentando, quindi, anche un valido supporto nella scelta della misura cautelare più idonea a soddisfare le istanze del caso concreto. La predittività, in questo senso intesa, si declina nella valutazione della pericolosità criminale e mira a individuare le probabilità che un individuo, avente determinate caratteristiche, possa commettere in futuro un (nuovo) reato. Più in dettaglio, la tecnologia propria dell'intelligenza artificiale sembrerebbe essere deputata a vagliare i presupposti per l'applicazione delle misure in parola, ossia i due requisiti della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza (art. 273 co. 1 c.p.p.), tra cui, nello specifico, il rischio di reiterazione del reato, nonché le esigenze cautelari (art. 274 c.p.p.), sempre nel rispetto dei due

CADOPPI, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Digesto/pen.*, Torino, 2016, 407 ss.; V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., 955 ss.

³⁶⁰ Così C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. publ. comparato ed europeo*, 2019, 124.

principi informatori della materia: il principio di adeguatezza e il principio di proporzionalità del fatto rispetto alla sanzione.

La previsione della commissione di un nuovo reato da parte di un soggetto determinato appare necessaria anche quando si tratta di applicare una misura di sicurezza³⁶¹ la cui funzione specifica si individua nel reinserimento e nella rieducazione di persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto previsto dalla legge come reato, integrante il c.d. presupposto oggettivo. La legge penale determina, altresì, i casi in cui – ricorrendo il solo presupposto soggettivo, ossia la condizione della pericolosità sociale e criminale – possono essere applicate misure di sicurezza in casi tassativi in cui il legislatore fa prevalere l'esigenza rieducativa sulla oggettiva realizzazione di un fatto non costituente reato (c.d. quasi reato). Orbene, sia nell'una che nell'altra ipotesi, segnatamente al primo e secondo comma dell'art. 202 c.p., l'intervento della macchina progettata sull'algoritmo predittivo appare quanto mai funzionale nelle valutazioni prognostiche della pericolosità criminale che consentono di profilare il soggetto prevedendone i comportamenti successivi³⁶².

Tra le misure che presentano, come componente strutturale, una valutazione di pericolosità si annoverano, poi, le misure di prevenzione (d.lgs. 159/2011) le quali – basandosi su dati indiziari – risultano particolarmente inclini all'utilizzo della tecnologia programmata su indici avente carattere di previsione.

In questi ambiti non appare, dunque, difficile predicare la necessità di affiancare al giudizio dell'uomo protocolli standardizzati, in quanto si ritiene che, grazie all'elaborazione di *big data*, essi rendano più accurate le valutazioni a cui sono sottoposti.

³⁶¹ Sui plurimi ambiti, all'interno dei quali risulta necessario formulare una prognosi di futura commissione di un (nuovo) reato, sia consentito rinviare a F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 644 ss.

³⁶² L. CASTELLETTI – G. RIVELLINI – E. STRATICÒ, *Efficacia predittiva degli strumenti di Violence Risk Assessment e possibili ambiti applicativi nella psichiatria forense e generale italiana*, in *Journal of Psychopathology*, 2014, 153 ss.; G. ROCCA – C. CANDELLI – I. ROSSETTO – F. CARABELLESE, *La valutazione psichiatrico forense della pericolosità sociale del sofferente psichico autore di reato: nuove prospettive tra indagine clinica e sistemi attuariali*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 4, 2012, 1442 ss.

Cionondimeno, l'utilizzo in questi settori è avversato dal rischio che la macchina intelligente sia foriera di iniquità³⁶³. Coglie nel segno chi evidenzia che – per sua natura – l'algoritmo nasca come strumento antiegalitario³⁶⁴, in quanto, individuando per presunzioni la pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni contesti territoriali rispetto ad altri, farebbe leva solo su determinati fattori di rischio. Occorre evidenziare – e ciò vale per tutti gli ambiti sopra esaminati – che l'algoritmo, ovunque lo si applichi, non è neutro³⁶⁵.

Un primo significativo scoglio emergerebbe, dunque, dalla prospettiva della compatibilità costituzionale nelle garanzie riconducibili nella lettera dell'art. 3 Cost. La preoccupazione è che, così operando, possano aprirsi nuovi canali di discriminazione, di incriminazione o di ostacolo alla scarcerazione per fasce definite più deboli³⁶⁶. Spingendo l'analisi più a fondo, secondo la presunzione di non colpevolezza, non dovrebbero pesare ai fini cautelari elementi di rischio di tipo psicologico o criminologico, quali il carattere, il temperamento e la personalità come fattori di una analisi predittiva di futuri delitti. Diversamente opinando, il rischio sarebbe l'accoglimento della teoria del tipo criminologico d'autore – storica anticamera del “diritto penale del nemico”³⁶⁷ – che si scontra con il principio di legalità da cui si inverte l'opposta idea garantistica del diritto penale del fatto. In ossequio ai tradizionali canoni di materialità e offensività del reato non può, infatti, permettersi che le generalizzazioni statistiche – su cui si basa l'AI – allontanino la valutazione del fatto mettendo in primo piano l'autore aprendo, così, la strada al c.d. determinismo penale.

Si profila, inoltre, il problema della tenuta del principio di riserva di legge, posto che l'algoritmo si affianca alla legge e la integra, con evidenti ricadute anche

³⁶³ Le preoccupazioni che solleva l'impiego dell'algoritmo in sede penale sono evidenziate da G. CANZIO, *Il dubbio e la legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1 ss.; A. NATALE, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile?*, cit., 1 ss.; nello stesso fascicolo, v. pure i contributi di C. COSTANZI, *La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, e di C. CASTELLI – D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*.

³⁶⁴ Così, V. MANES, *L'oracolo algoritmico*, cit., 12.

³⁶⁵ V. le riflessioni del filosofo e psicoanalista M. BENASAYAG, *La tirannia dell'algoritmo*, *Vita e Pensiero*, Milano, 2020.

³⁶⁶ Di questo avviso F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 424.

³⁶⁷ Cfr. G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, 753 ss.

sul piano della trasparenza. Del resto, può discutersi che il primato della legge che detta le norme incriminatrici finisca per essere obliterato da norme che disciplinano il funzionamento dei *software* che andranno a incidere non solo e non tanto sul binomio innocenza-colpevolezza, ma anche e soprattutto sul confine lecito-illecito. Il rischio in ordine alla trasparenza si coglie, dunque, nella misura della difficile controllabilità dell'operato dell'algoritmo, sicché appare sempre più concreto il timore che la pronuncia emessa dal *software* appaia come una decisione al buio³⁶⁸.

Concentrando l'attenzione sul versante dell'attendibilità della decisione o della predizione, deve rilevarsi che il problema che emerge interseca la stessa affidabilità dell'algoritmo. È ben evidente che cedere all'utilizzo dell'intelligenza artificiale significa accettare pregi e svantaggi dell'adozione di generalizzazioni su analisi statistiche volte a decidere il caso concreto. Nello specifico, ciò può condurre a risultati che – al pari di ogni acquisizione scientifica che faccia ingresso nel processo penale³⁶⁹ – dovrebbero, a rigore, essere riesaminati al fine di vagliarne la fondatezza empirica. Se così non fosse, ne risulterebbe conculcato lo stesso diritto di difesa.

Sempre sull'operatività dell'algoritmo, si osserva, inoltre, che la regola di giudizio sancita all'art. 533, co. 1, c.p.p. basata sull'“oltre ogni ragionevole dubbio” esprime una valutazione che mal si attaglia al modo di agire di un *software* tarato, piuttosto, su uno schema binario (vero/falso) ovvero probabilistico (vero al 70%; falso al 90%) e difficilmente in grado di esprimersi in termini umani³⁷⁰.

³⁶⁸ Cfr., nella dottrina statunitense, A.G. FERGUSON, *Illuminating Black Data Policing*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2018, 503 ss.; S.B. STARR, *Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination*, in *Stan. L. Rev.*, 2014, 803 ss.

³⁶⁹ V. ampiamente al riguardo S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale “predittiva”*, in *Cass. pen.*, 2019, 1752.

³⁷⁰ Sul punto, v. S. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*, in *Quest. giust.*, 4, 2018, 11; F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., 10.

Tuttavia, il primo vero ostacolo all'introduzione della scienza nei giudizi predittivi discende dallo stesso legislatore penale e la ragione ha a che fare con la tutela della presunzione di innocenza³⁷¹.

La difficoltà risiede nell'ammettere tali giudizi di pericolosità di un soggetto che è presunto innocente durante il processo³⁷², ma una volta ammessi, appare illogico limitare il giudice in ordine agli strumenti cognitivi.

I profili di criticità appena menzionati non devono, tuttavia, imporsi quale sbarramento assoluto all'ingresso degli algoritmi in campo penale. Sarebbe anacronistico impedire che nuovi metodi – che ormai governano molti aspetti della vita umana – si facciano strada anche nel terreno punitivo e risulterebbe, oltretutto, irragionevole rinunciare a tutti i vantaggi che la tecnologia è in grado di offrire. Invero, gli elementi di positività che scaturiscono dall'impiego di siffatti strumenti risultano tangibili e la nuova tecnologia digitale offre correttivi talmente pratici, utili a rendere più giusta e meno arbitraria la valutazione, che sarà difficile tenerla fuori dal perimetro della giustizia penale.

D'altra parte, l'intelligenza artificiale non appartiene più al mondo della fantascienza, per cui l'atteggiamento non può essere né quello di rifiutarla *a priori*, ma neppure di accettarla supinamente³⁷³. Bisognerà, perciò, imparare a maneggiarla con cura e, soprattutto, a farne un uso critico e responsabile.

³⁷¹ In tal senso, si legga la posizione risalente di G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *Conferenze. Primo Corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, Torino, 1958, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, t. 2, Milano, 1997, 1334.

³⁷² Sul dibattito riguardo la legittimità dell'esigenza cautelare di prevenzione della pericolosità si leggano, per tutti, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 380; F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della l. 22 maggio 1975, n. 152)*, in *La questione criminale*, 1975, 248 s.; V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 44 s.; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 42 ss.

³⁷³ M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale*, cit., 23.

4. LE NUOVE FRONTIERE DELLA GIUSTIZIA PENALE: DALLA GIUSTIZIA GIUSTA ALLA GIUSTIZIA ESATTA IN UN'OTTICA EUROPEA. IL RUOLO ANCILLARE DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE ANTE E POST DELICTUM

Il diritto dinanzi al progresso tecnologico non può rimanere ai margini del cambiamento e delle evoluzioni che interessano la società interamente considerata. La crescita esponenziale del progresso tecnologico pone l'individuo dinanzi ad una nuova realtà e la legge non può rimanerne indifferente. È, d'altra parte, indubbio come i sistemi di IA abbiano dei risvolti pratici in termini di economia processuale, di rapidità dei procedimenti e di certezza giuridica.

Allo stato dell'arte permangono, tuttavia, le perplessità concernenti il raffronto con i diritti fondamentali. Pertanto, la valutazione dell'impiego degli algoritmi nel processo penale non può condurre a un esito generalizzato da considerarsi assoluto in positivo o in negativo, ma deve sempre essere contestualizzata in base alle diverse forme ed ai diversi ambiti in cui essa può dipanarsi.

A fronte delle criticità sollevate, la Commissione europea ha pubblicato il 21 aprile 2021 la proposta di un regolamento europeo sull'uso dell'intelligenza artificiale³⁷⁴. Si tratta di uno strumento specificamente creato con l'obiettivo di garanzia nei confronti dei cittadini europei, affinché questo possa accrescere la fiducia nei risultati della nuova tecnologia. Ciò è reso possibile grazie al rafforzamento della protezione dei diritti fondamentali contro i rischi derivanti dall'uso di strumenti o sistemi che si basano sull'intelligenza artificiale. Lo scopo principale è realizzare l'armonizzazione tra le diverse disposizioni in modo coerente ed elaborare una normativa non più atomizzata, bensì sistematica e integrata tra i diversi Stati membri. Una disciplina siffatta è volta a garantire la sicurezza e i diritti fondamentali degli individui e delle imprese e a rafforzare

³⁷⁴ *Proposal for a Regulation laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*, document 52021PC0206 disponibile in eur-lex.europa.eu.

l'adozione, promuovere gli investimenti e l'innovazione nell'intelligenza artificiale in ambito europeo³⁷⁵.

Quali saranno le nuove frontiere delle strategie di *crime control* per la giustizia penale? In un sistema penale già votato alla postmodernità, l'obiettivo si sposta nell'individuazione della concreta efficacia di un modello processuale integrato. La moderna ricerca socio-giuridica, anche alla luce delle prassi applicative già in corso in alcuni Paesi, mira ad un approccio al fenomeno dell'IA estremamente pragmatico.

Venendo al punto che più interessa, l'utilizzo di strumenti tecnologici non può permettere che avvenga la sovrapposizione tra valutazione della personalità e valutazione della responsabilità. Gli algoritmi predittivi nelle prognosi cautelari non possono e non devono, allora, fungere come alternativa al giudizio di valore compiuto dal giudice, bensì come alleati e, ancor di più, da contrappeso dinanzi alla fallibilità umana. Si mira, pertanto, alla ricerca del giusto equilibrio tra l'utilizzo della macchina e l'intervento umano.

In altri termini, la macchina elabora un risultato su base statistica volto a fornire una utile base cognitiva su cui innestare il successivo ragionamento del giudice che sarà chiamato a sciogliere l'alternativa tra assoluzione e condanna. Più in dettaglio, in questo sistema, la probabilità statistica e la probabilità logica sono integrate rispettivamente, la prima, dall'elaborazione dei dati del sistema di AI; la seconda è quella sottesa al ragionamento del giudice.

In merito al delicato profilo del sistema dei controlli, si ritiene che il comportamento del giudice che ignori la predizione decisoria fornita da un sistema di AI potrebbe essere assimilato a quello di un giudice che disattende un indirizzo giurisprudenziale consolidato. Non può non rilevarsi, tuttavia, che in un sistema, come quello italiano, che (per ora) non contempla la forza vincolante del precedente, le parti non sembrano possedere gli strumenti per ottenere la rimozione della decisione così adottata.

È *ictu oculi* evidente che il livello di efficacia, qualità e prevedibilità della giurisdizione penale sarebbe più alto ed apprezzabile se

³⁷⁵ P. SIMÒN CASTELLANO, *Giustizia algoritmica e neurodiritti nel sistema penale*, in *Diritto penale e uomo*, 20 ottobre 2021, 62 ss.

essa venisse esercitata nell'ambito di una procedura articolata in una dinamica interazione fra i saperi e le operazioni logiche tradizionalmente affidate al giudice e alle parti, da un lato, e le evidenze della prova informatica o di quella digitale o del calcolo di un algoritmo, dall'altro. Sicché l'ausilio della tecnologia digitale, di *software* informatici e algoritmi predittivi o, ancora, l'apporto della robotica e della logica dell'IA, potrebbero certamente contribuire a restituire al funzionamento della giustizia penale una più adeguata immagine di efficacia e qualità³⁷⁶.

D'altra parte, in modo analogo a quanto accade al diritto – per cui *ubi ius ibi societas, ubi societas ibi ius* - l'intelligenza artificiale assume oggi carattere pervasivo in ogni ambito del vivere quotidiano. Ne discende che queste due realtà, incontrandosi nella società, non possono che entrare in relazione stabilendo un legame di cui è presto definito il confine tra umano e tecnologico. «L'intelligenza artificiale non dovrebbe essere utilizzata per sostituire il giudice, ma per assistere il magistrato, un misto di *humanitas* e *techne*, tipico di un diritto penale sinestetico, utile per ridurre i tempi di risposta dell'autorità giudiziaria, per migliorare la prevedibilità nell'applicazione della legge e per garantire l'uniformità delle pronunce giudiziarie»³⁷⁷.

Ed è così che l'apporto dell'intelligenza artificiale può svolgere un ruolo servente all'esercizio umano nella nobile funzione giurisdizionale. Fintantoché l'intelligenza artificiale rimanga uno strumento manovrato dall'uomo³⁷⁸, la decisione sarà coadiuvata e non sostituita dal risultato dell'applicazione tecnologica, in adesione a un approccio moderato. In questo modo, il singolo giudizio, poggiato su valutazioni statistiche di tipo predittivo, viene

³⁷⁶ G. CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *Sistema Penale*, 8 gennaio 2021.

³⁷⁷ P. SIMÓN CASTELLANO, *Giustizia algoritmica e neurodiritti*, cit., 66. Si veda, quale esperto del settore, con pubblicazioni che lo rendono un riferimento indiscusso nel campo, M. CATERINI, *Il giudice penale robot*, in *La legislazione penale*, 19 dicembre 2020; sull'intelligenza artificiale e il suo rapporto con il diritto, sia in Italia che altrove, F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. uomo*, 29 settembre 2019.

³⁷⁸ In questi termini, C. PIERGALLINI, *Intelligenza Artificiale: da “mezzo” a “autore” del reato?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2020, 1759.

controbilanciato dal giudice³⁷⁹, inteso quale unico soggetto in grado di vagliare il rispetto degli *standard* necessari di elevata credibilità razionale per addivenire alla soluzione del caso.

Ad ogni modo, la garanzia fondamentale è rappresentata dalla centralità del giudice, nel segno tracciato dall'art. 11 della direttiva 2016/680/UE e dell'art. 8, d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, che ha dato attuazione in Italia alla direttiva: gli strumenti di intelligenza artificiale possono aiutare il giudice, ma mai sostituirlo³⁸⁰. Si tratta di un'attività da svolgere tenendo conto delle dovute garanzie per i diritti delle persone, garantendo il controllo del giudice, nel caso del processo giurisdizionale sull'algoritmo, la sua tracciabilità, trasparenza, e verificabilità. In questo ambizioso scenario, bisognerà avere professionisti pronti ad affrontare la sfida della necessaria trasformazione della giustizia digitale.

Si evidenzia, infatti, che dalla sinergia tra il fattore umano e l'algoritmo, in prospettiva *ante e post delictum*, consegue un miglioramento del sistema preventivo e repressivo, in termini di efficacia ed efficienza, che rende tangibile il coronamento dell'obiettivo ultimo della certezza del diritto. Confermando il perentorio divieto di una decisione basata unicamente su trattamenti automatizzati³⁸¹, la prospettiva futura dovrebbe essere quella che ammette una funzione solo tutoria dell'algoritmo volta ad arginare la fallibilità della decisione giudiziale, nel quadro di una collaborazione tra l'umano e la robotica.

La promessa offerta dall'*AI* e dai *big data* appare essere, dunque, la tensione verso una giustizia esatta, una giustizia che – per essere tale – deve intendersi quale connubio necessario e indissolubile tra uomini e macchine, e forse (solo un domani?) integralmente delegata a *justice machines*, intese come vere e proprie

³⁷⁹ V. MANES, *L'oracolo algoritmico*, cit., 559.

³⁸⁰ M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale*, cit., 22.

³⁸¹ Divieto da tempo fissato in sede europea, e ribadito dall'art. 22 del Regolamento (UE) n. 2016/679, a mente del quale “l'interessato ha diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona” (primo comma); diritto sottoposto a deroghe e limitazioni (art. 22, comma secondo, e 23, Reg. cit.): al riguardo, v. G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1674 ss.

*trust machines*³⁸². Nel sistema di giustizia penale italiano appare, tuttavia, difficile sostituire *di default* lo *ius dicere* del giudice e la liturgia della parola con la tecnocrazia immaginando di “decidere senza giudicare”³⁸³.

³⁸² La sostituzione totale della macchina all’essere umano è l’ipotesi estrema timidamente avanzata da M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, 872 ss.

³⁸³ Così V. MANES, *L’oracolo algoritmico*, cit., 22; in una prospettiva non distante C. CASONATO, *Intelligenza artificiale*, cit., 118 ss., il quale giunge ad affermare il diritto ad una decisione umana.

CAPITOLO IV

TECNICHE DI REDAZIONE DELLA NORMA PENALE E CONFORMITÀ AL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA: IL DIBATTITO INTORNO AL NUOVO ARTICOLO 633-BIS C.P.

SOMMARIO: 1. La determinatezza una e trina come criterio di redazione delle norme penali: presentazione dell'indagine. – 2. Le modalità tecniche di legiferazione in materia penale nel contesto del principio di legalità e sue declinazioni: elementi descrittivi ed elementi normativi. – 3. L'infelice norma sul divieto dei *rave party*, articolo 434-bis c.p., ora riscritta e ricollocata sotto la rubrica dell'art. 633-bis c.p. – 3.1. Primissima lettura sul novellato delitto di invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica: il necessario correttivo in punto di determinatezza. – 3.2. Una norma chiaroscura: la perimetrazione dell'area del penalmente rilevante non appare manifestamente irragionevole e si inquadra nel prisma dei principi di tipicità e frammentarietà. Il requisito dello scopo prevalente. – 3.3. Le interferenze della neonata disposizione di cui all'art. 633-bis c.p. con la fattispecie-madre. Era davvero necessario introdurre una norma *ad hoc*? – 4. Rimedi all'indeterminatezza: prospettive di redazione della norma incriminatrice. Le norme definitorie e la chiarezza giuridica.

1. LA DETERMINATEZZA UNA E TRINA COME CRITERIO DI REDAZIONE DELLE NORME PENALI: PRESENTAZIONE DELL'INDAGINE

Analizzate l'essenza, la *ratio*, nonché le ricadute applicative del principio di determinatezza – senza averne trascurato l'effettiva ricezione nell'ordinamento giuridico penale italiano – appare opportuno approfondire, come capitolo conclusivo del lavoro, il profilo tecnico e dommatico.

L'esigenza della tassatività domina l'intero diritto penale. Da questo assunto può ricavarsi che la tipizzazione degli illeciti penali costituisca un preciso dovere costituzionale per il legislatore, essendo la tipicità un precipitato tecnico del

principio di tassatività³⁸⁴. Poiché il principio di tassatività è il canone, *de lege data*, su cui vagliare la costituzionalità delle leggi penali in punto di determinatezza e, *de lege ferenda*, per formulare leggi in linea con il dettato costituzionale, il problema cruciale della tassatività attiene al grado di determinatezza della fattispecie, affinché il principio possa dirsi soddisfatto.

L'analisi prende le mosse a partire dalle principali tecniche di formulazione delle norme penali e dalle modalità che maggiormente si pongono a garanzia del principio di precisione, delineando le opzioni redazionali che vengono offerte al Parlamento in relazione alle scelte politico-criminali. In particolare, al fine di realizzare la massima garanzia degli ideali sottesi al superiore principio, la verifica interesserà la possibilità di stilare regole redazionali nella cui osservanza risiede il sicuro rispetto del principio di tassatività che scongiura la vaghezza delle norme penali.

Il criterio di determinatezza viene qui letto quale criterio di formulazione della norma giuridica sul presupposto della complessità della sua definizione, una e trina, con cui vive nella definizione della dottrina³⁸⁵: una triplice dimensione che si estrinseca nella tassatività, nella determinatezza propriamente detta e nella precisione. Dall'analisi compiuta si è evidenziato come diversi siano gli scopi cui le tre declinazioni si indirizzano. Se la tassatività si rivolge al giudice e afferisce al momento dinamico ed esegetico, la determinatezza interloquisce con il legislatore cui impone di incriminare solo fatti empiricamente verificabili, la precisione è l'accezione che qui più interessa, poiché si riferisce alla struttura della fattispecie. È dalla precisione che nasce l'esigenza per il legislatore di attenersi a un canone di chiarezza e limpidezza lessicale nella redazione della norma, affinché possano minimizzarsi gli spazi di creatività da parte del giudice.

Le tecniche redazionali, dunque, costituiscono l'oggetto dell'analisi che si focalizza sulla ricerca di un criterio di formulazione di norme giuridiche penali quanto più rispondente al principio di precisione, che qui opera come criterio di selezione tra le svariate metodologie.

³⁸⁴ F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit., 21.

³⁸⁵ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., 57.

Ciò significa, in termini concreti, che una norma è sufficientemente precisa quando «descrive tutto il descrivibile»³⁸⁶. La chiave di lettura di questa formula viene fornita nel passaggio dalla disposizione alla norma in cui l'obiettivo finale in punto di precisione si avvera nella minore invasione creativa da parte della giurisprudenza nel momento della transizione.

Scendendo nell'esame delle questioni che più specificamente involgono il canone costituzionale della determinatezza nella formulazione della norma penale, il riflesso plastico della scelta delle tecniche redazionali si coglie nella fattispecie di recentissima introduzione relativa all'invasione di terreni o edifici altrui pericolosa per la salute o l'incolumità pubblica tipizzata alla norma di nuovo conio di cui all'art. 633-*bis* c.p. Nell'analisi della fattispecie *de qua* e dell'*iter* che ha condotto alla sua introduzione, preceduta da un testo modificato per eccessiva vaghezza in sede di conversione del d.l. n. 162/2022, si coglie il tentativo di lumeggiare le dimensioni della frammentarietà della norma penale nella definizione del confine tra il vietato e il consentito. Il principio di determinatezza si lega, infatti, a doppio filo con le tecniche di redazione della norma penale, motivo per cui appare opportuno fornirne una trattazione.

L'analisi delle diverse tecniche di redazione della fattispecie incriminatrice induce a interrogarsi sulle tecniche normative maggiormente in grado di soddisfare il principio di precisione della norma penale e sulla stessa possibilità – non solo auspicabilità – di disegnare i confini di una norma stilisticamente perfetta e, al tempo stesso, funzionale ed effettiva.

³⁸⁶ M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1974, 186 utilizza questa espressione di J. BAUMANN, *Strafrecht*, AT, II ed, Bielefeld, 1961, 100 per sostenere che sia determinata l'incriminazione di una violazione di un provvedimento dell'autorità amministrativa, quando il legislatore, pur non potendo prevedere il contenuto specifico del provvedimento, abbia descritto tutto il descrivibile. Le considerazioni esposte dall'Autore sono ricollegate alla questione della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.

2. LE MODALITÀ TECNICHE DI LEGIFERAZIONE IN MATERIA PENALE NEL CONTESTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E SUE DECLINAZIONI: ELEMENTI DESCRITTIVI ED ELEMENTI NORMATIVI

La scelta di incentrare la ricerca finale su una ricognizione delle tecniche di redazione della legge penale risiede nel dato consolidato che il loro corretto utilizzo costituisca la precondizione per il raggiungimento dell'obiettivo cui si aspira. La tematica viene analizzata attraverso la lente costituzionale che, in funzione teleologica, ha il pregio di gettare una luce sulla definizione dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, tra legalità penale e interpretazione della legge penale. Il delicato e conflittuale rapporto politico-istituzionale impone, infatti, di svolgere una indagine sulle regole da applicare dettate dalla scienza della legislazione a partire dalla ricostruzione fornita della dimensione del principio di legalità in ambito penale. In rilievo si pongono, dunque, i principi che hanno caratterizzato il nucleo della trattazione, secondo una immagine in cui «la legalità viene esplicitamente ricostruita come una raggiera con al centro la riserva di legge da cui divergono, in guisa di corollari, i canoni della determinatezza/precisione e del divieto d'analogia sfavorevole»³⁸⁷.

L'assunto da cui origina ogni riflessione, obiezione o tentativo di riforma è che la formulazione chiara e precisa delle norme penali costituisce una necessità. Appare, tuttavia, innegabile come anche una tecnica redazionale formalmente ossequiosa potrebbe risultare imperfetta, nella misura in cui non tenga conto di esigenze di tutela di beni giuridici pur meritevoli di essere presi in considerazione. In casi simili, dunque, la ineccepibilità della norma sul piano della legalità formale e la tecnica di redazione utilizzata non impediranno alla giurisprudenza, attraverso la individuazione di beni giuridici “sostitutivi” o “concorrenti”, di dare vita a interpretazioni creative.

³⁸⁷ L'immagine è ripresa da V. MAIELLO, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, in *Sist. Pen.*, 12/2022.

Giunti fin qui, appare allora opportuno passare in rassegna le principali modalità tecniche di formulazione in materia. In questo contesto, occorrerà inoltre vagliare con estrema attenzione quali siano i vantaggi e quali, invece, gli svantaggi che ciascuna tecnica redazionale reca con sé.

Il modello di legislazione per antonomasia è quello fissato dalla giurisprudenza costituzionale. Occorre – secondo il giudice delle leggi – che i precetti penali detengano “requisiti minimi di riconoscibilità e di intelligibilità [...] in difetto dei quali la libertà e la sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate”³⁸⁸.

In sede di redazione delle norme penali, il legislatore può fare ricorso a diverse tecniche e impiegare concetti di varia natura purché essi reggano, evidentemente, al vaglio del principio costituzionale di determinatezza³⁸⁹. L’alternativa si basa tra una tecnica di legiferazione di tipo casistico ed una, invece, di tipo sintetico (o per clausole generali). La prima forma si estrinseca in una costruzione minuziosa e analitica della fattispecie penale, oltre che in una descrizione precisa e puntuale del contegno che conduce alla incriminazione e dei beni giuridici da essa tutelati. La tecnica sintetica, invece, trascende di definire in modo specifico i contorni della norma e si limita alla creazione di un enunciato normativo per principi che dà vita a una fattispecie asciutta destinata a tassativizzarsi attraverso il formante giurisprudenziale. Una *species* del *genus* sintetico è la normazione per clausole generali, uno strumento duttile attraverso cui l’interprete può far transitare nell’area del penalmente rilevante un numero indefinito di casi lasciati alla sua discrezionalità.

Si può osservare che l’adesione a una concezione forte del principio di determinatezza è sintomatica di una propensione per la tecnica casistica. Si evidenzia che questa tecnica appare il miglior metodo redazionale in termini di determinatezza, in quanto assicura precisione e minuzia al precetto. Cionondimeno, ponendosi come una esagerazione di tecnicismo, non rappresenta un modello

³⁸⁸ V. Corte cost., 22 aprile 1992, n. 185, in *Giur. cost.*, 1992.

³⁸⁹ Cfr. M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2006, 158 ss.

pienamente accettato³⁹⁰. Inoltre, questa tecnica ha il pregio di non presentare lacune nella normazione la cui eventualità sarebbe solo un dato fisiologico in una materia governata dal principio di frammentarietà, principio fondamentale del diritto penale cui è strettamente connesso quello di sussidiarietà. Al riguardo, si precisa che il primo sottende che la materia penale protegga solo alcuni beni giuridici e che non li protegga da ogni tipo di aggressione, bensì solamente da alcune modalità specifiche. Ciò implica, dunque, che questo ramo dell'ordinamento non operi sempre, ma solo nei casi e nei limiti indicati tassativamente dalla legge. Il collegato principio di sussidiarietà ammette, inoltre, che il diritto penale operi come *extrema ratio* poiché esso, incidendo non solo sul patrimonio (al pari di quanto potrebbe fare il diritto civile), ma anche e soprattutto sulla libertà personale, debba essere maneggiato con estrema cura. Il concetto di sussidiarietà è, perciò, legato da un nesso logico alla frammentarietà a cui è allineato. Si osserva, dunque, che sia proprio la fiducia riposta al principio di legalità a conferire una sicura preferenza al metodo di formulazione delle norme di tipo casistico³⁹¹.

Un altro filone avversa il metodo sopraesposto, in quanto la costruzione casistica di una determinata norma penale condurrebbe a una abnorme frammentazione del precetto penale cui si aggiunge la creazione di sostanziali vuoti di tutela costituiti dalle ipotesi affini a quelle previste, che imporrebbero al giudice di ricorrere a forzature che andrebbero a ledere il principio di determinatezza e tassatività³⁹². Guardando ai costi connessi all'utilizzo di una simile tecnica casistica, è con ogni evidenza la formazione di testi legislativi lunghi e prolissi il principale punto critico tale da creare l'effetto – in termini di economia legislativa – di una vera elefantiasi della legislazione penale³⁹³. D'altro canto, si osserva, però, che le clausole generali proprie di una tecnica sintetica prestano il fianco a operazioni di segno creativo da parte della giurisprudenza che mal si conciliano con un diritto pensato e costruito sulla impalcatura della tassatività a cui il penale

³⁹⁰ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, X ed., 30.

³⁹¹ Punto di vista sottolineato da G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., 123 ss.; conformemente, si veda M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *Id.* (a cura di), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2006, 60.

³⁹² T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 28.

³⁹³ Così G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 126 ss.

dovrebbe sempre tendere³⁹⁴. Le clausole generali si pongono, infatti, in connessione con il tema della indeterminatezza della fattispecie³⁹⁵, poiché la categoria non è definita e contribuisce a creare un alone di vaghezza e incertezza normativa. Nondimeno, è stato osservato³⁹⁶ che, a determinate condizioni, esse svelano una certa compatibilità con la determinatezza e ciò è possibile quando i termini sintetici, sebbene siano generici, individuano in modo certo, preciso e circostanziato le ipotesi da sussumere alla norma incriminatrice. Si deve ammettere che ciò avviene di rado, ma rappresenta l'unica ipotesi in cui la determinatezza possa trovare luogo entro una normazione per clausole.

Orbene, a fronte degli aspetti, tanto di pregio quanto opinabili, propri di entrambe le tecniche, si può agevolmente ritenere che a una legislazione per clausole o per principi debba tendenzialmente preferirsi una di tipo casistico, atteso che la prima trasferirebbe integralmente al giudice la perimetrazione della fattispecie, mentre la seconda assicurerebbe una maggiore tenuta al canone della prevedibilità.

Dalle tecniche redazionali va, poi, tenuto distinto il versante dei contenuti redazionali che una norma può presentare. Sul punto, la distinzione va tradizionalmente fatta tra elementi descrittivi ed elementi normativi di fattispecie³⁹⁷. Si intendono descrittivi quegli elementi che alludono «a oggetti della realtà fisica o a fenomeni psichici, suscettibili di essere accertati con i sensi o comunque attraverso l'esperienza»³⁹⁸. In altri termini, si tratta di elementi che rimandano a concetti del mondo naturalistico, a realtà fisiche verificabili o obiettivamente percepibili in via diretta. Appartengono alla categoria dei concetti

³⁹⁴ Una posizione critica nei confronti della legislazione penale sintetica o per principi è apertamente offerta da M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 50 ss.

³⁹⁵ Distingue in modo netto le clausole generali dagli altri fenomeni di indeterminatezza, V. VELLUZZI, *Le clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 29.

³⁹⁶ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 59.

³⁹⁷ A. PAGLIARO, *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, 420; F. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, 5; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 214 e ss.; G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale, Lineamenti generali*, vol. 1, Napoli, 1965.

³⁹⁸ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., 131.

descrittivi la locuzione “morte di un uomo” (art. 575 c.p.) o quella “minore degli anni diciotto” (art. 98 c.p.). Si tratta di termini la cui comprensione è possibile attraverso i sensi umani o l’esperienza comune.

Diversa è la locuzione di elementi normativi che rimanda alle componenti del reato che alludono «ad una norma o ad un insieme di norme, giuridiche o extragiuridiche»³⁹⁹, ossia «a dati che possono essere rappresentati e compresi soltanto sotto il presupposto logico di una norma»⁴⁰⁰. I concetti normativi sono, dunque, caratterizzati dalla loro riferibilità ad oggetti o concetti non direttamente percepibili, bensì ricostruibili in via mediata. Essi possono avere sia natura giuridica, di tipo penale o extrapenale, ovvero natura extragiuridica, in dipendenza del fatto che il loro significato debba mutuarsi da norme giuridiche di natura penale (è il caso dell’elemento normativo “reato” di cui all’art. 368 c.p.), extrapenale (come nell’ipotesi dell’elemento normativo “altruità” di cui all’art. 624 c.p.), ovvero da norme di natura non giuridica che possono distinguersi in etico-sociali (come nel caso del “comune senso del pudore” all’art. 529 c.p.) o tecniche (è l’ipotesi della “colpa generica”, posto che le regole precauzionali cui riferirsi, ossia le *leges artes*, non risultano codificate)⁴⁰¹. Il criterio da utilizzare per l’individuazione dell’oggetto è, dunque, contenuto in una norma che preesiste al giudizio e non è lasciato alla libera determinazione giudiziale.

Giova qui evidenziare che questa distinzione, che viene presentata in maniera netta, in verità non lo è del tutto nella misura in cui si consideri che gli elementi descrittivi possono necessitare di una interpretazione e, d’altro canto, gli elementi normativi possono essere dotati di un nucleo percepibile in modo empirico. D’altra parte, non si escludono elementi di continuità tra le menzionate categorie, poiché non è infrequente che talune componenti di fattispecie detengono

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ Cfr. K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Mezger*, 1954, 147.

⁴⁰¹ Per questa complessiva classificazione delle componenti normative di fattispecie, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., 131 ss. Si osserva che in dottrina la concettualizzazione degli elementi normativi è tutt’altro che pacifica: al riguardo cfr., A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 483; G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., *passim*.

caratteristiche proprie del tipo descrittivo e, al tempo stesso, del tipo normativo⁴⁰². Da quanto esposto, possono agevolmente percepirsi le difficoltà di inquadramento di taluni elementi tra la categoria descrittiva ovvero tra quella normativa⁴⁰³.

Fornita una doverosa, seppur cursoria disamina sugli elementi di fattispecie, appare utile – in questa sede e ai fini che più qui interessano – verificare se e in che misura l’una e l’altra categoria si armonizzino con il canone di determinatezza. Alla valutazione in punto di compatibilità delle superiori categorie al principio di cui al capoverso dell’art. 25 Cost.⁴⁰⁴ deve premettersi che l’imprecisione può derivare tanto dall’impiego di termini descrittivi quanto di quelli normativi⁴⁰⁵. Si deve, al riguardo, segnalare che la valutazione in chiave di costituzionalità relativamente agli elementi descrittivi sia passata da una incondizionata compatibilità all’esigenza di determinatezza⁴⁰⁶ a una valutazione differenziata, che conduce persino a un giudizio finale di indeterminatezza di tali componenti⁴⁰⁷. Se si premette, come è stato fatto, che la determinatezza è inversamente proporzionale allo spazio interpretativo che residua al giudice, può asserirsi che gli elementi descrittivi, potendo essere individuati attraverso un giudizio della realtà, dovrebbero essere determinati per definizione. Secondo parte della dottrina⁴⁰⁸, questa consequenzialità

⁴⁰² Ciò si verifica anche in dipendenza del contesto normativo all’interno del quale la singola componente risulta impiegata (tra gli esempi adottati al riguardo, particolarmente pregnante pare quello costituito dall’elemento di fattispecie della “violenza”).

⁴⁰³ M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., 58.

⁴⁰⁴ Sul tema cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 167 ss.

⁴⁰⁵ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., 132.

⁴⁰⁶ Per un giudizio di assoluta conformità dei concetti descrittivi di tipo naturalistico cfr. M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, cit., 159 s.

⁴⁰⁷ Un quadro del ridimensionamento è fornito da G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., 132 ss., in cui si segnala la tendenziale imprecisione soprattutto di quei concetti descrittivi che esauriscono in sé la descrizione della condotta vietata (es. i termini “incesto” e “rissa”), nonché l’assoluta imprecisione dei concetti descrittivi di tipo quantitativo non numerico (es. la formula “misura rilevante”, utilizzata dalla legislazione penale tributaria previgente per indicare la soglia di tipicità o di punibilità delle alterazioni dei risultati delle dichiarazioni dei redditi).

⁴⁰⁸ F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 167, afferma che “la determinatezza della fattispecie non va confusa con la sua formulazione in chiave rigorosamente descrittiva” e adduce quale esempio di elemento descrittivo parzialmente indeterminato il termine “tormento”; K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, traduzione di Baratta, Milano, 1970, 172, riporta come esempi di elementi descrittivi parzialmente indeterminati “congiunzione carnale”, “intenzione”. In termini analoghi, A. MALINVERNI, *Lo studio del*

non è sempre esatta. A ben riflettere, se si volge lo sguardo all'elemento descrittivo per eccellenza, il concetto di "morte", si può agevolmente constatare la trasformazione in elemento normativo e la consequenziale perdita di determinatezza dello stesso (si veda, in proposito, la legge 29 dicembre 1993, n. 578).

Parimenti, uguale considerazione può svolgersi intorno agli elementi quantitativi di fattispecie⁴⁰⁹, ossia concetti descrittivi di tipo numerico che, in quanto tali, sono generalmente dotati di una tale precisione da cui deriva una indiscussa patente di compatibilità⁴¹⁰. Sul punto, appare di estremo interesse rilevare che tali elementi – nella specie, le soglie quantitative numeriche – che tradizionalmente rappresentano l'idealtipo per il raggiungimento della precisione nel linguaggio penale, si palesano ambigue laddove vengano qualificate come soglie di rilevanza del fatto ovvero come soglie di punibilità alla stregua, nel primo caso, di elementi della fattispecie e, nel secondo, di condizioni di punibilità⁴¹¹.

Per quanto attiene, invece, agli elementi normativi giuridici, la maggiore stabilità interpretativa che deriva dal carattere giuridico della norma richiamata⁴¹² imprime una compatibilità che, tuttavia, non appare incontrovertibile. Del resto, il grado di determinatezza di un elemento giuridico riflette il livello di chiarezza dei parametri normativi impiegati per la sua qualificazione in sede penale e del livello di precisione della norma extrapenale cui si richiama⁴¹³.

diritto penale, in *Temì*, 1963, 928; A. ROSS, *La definizione del linguaggio giuridico*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, 212; N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 308.

⁴⁰⁹ O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 11 ss.

⁴¹⁰ Sulla precisione assoluta dei concetti descrittivi numerici, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 133.

⁴¹¹ Siffatti elementi quantitativi sono sempre più di sovente impiegati, in tempi recenti, con particolare riguardo al diritto penale societario, tributario, ambientale e fallimentare.

⁴¹² La piena conformità degli elementi normativi giuridici al principio di determinatezza nel pensiero di M. ZANOTTI, *op. ult. cit.*, 160. Nel senso, invece, di una sola tendenziale precisione di essi, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., 138 s., in cui vengono forniti esempi di dubbia compatibilità con l'art. 25 della Costituzione, come nel caso delle locuzioni "sicurezza pubblica" o "ordine pubblico" che figurano nell'art. 650 c.p.

⁴¹³ Sul punto, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., 136; M. RONCO, *op. ult. cit.*; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 232 ss.

Alla luce di quanto esposto, si ha l'impressione che lo scopo di tenere il passo degli incessanti mutamenti sociali renda sempre più complesso il diritto *tout court* considerato, poiché i sistemi giuridici con cui il diritto penale entra in contatto tendono sempre più a infittirsi di norme, creando così una stratificazione normativa all'interno della quale l'interprete si muove a fatica con il lume della determinatezza.

3. L'INFELICE NORMA SUL DIVIETO DEI RAVE PARTY, ARTICOLO 434-BIS C.P., ORA RISCRISSA E RICOLLOCATA SOTTO LA RUBRICA DELL'ART. 633-BIS C.P.

La superiore indagine intorno alle modalità di redazione della norma penale consente ora di giungere con consapevolezza all'analisi della fattispecie di recente introduzione, sin da subito battezzata "sui *rave party*", che si inserisce a pieno titolo nello studio sulle tecniche normative. È di ogni evidenza, in questo prefigurato contesto, la necessità di recupero della determinatezza della legge penale⁴¹⁴, che appare essersi dileguata fino quasi a smarrirsi.

Per comprendere quanto forte si imponga questa istanza, sarà sufficiente volgere lo sguardo all'ultimo intervento messo a frutto dalla politica. Più in dettaglio, con Decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 il governo in carica, a pochi giorni dal suo insediamento, ha introdotto nel Codice penale una nuova figura delittuosa, l'art. 434-bis, rubricato "Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica". La disposizione in commento, fin dalla sua prima formulazione, è apparsa come una norma scritta in totale spregio al principio di tassatività, presupposto indefettibile di corpo e forma della legalità. Probabile causa di una scelta compiuta troppo frettolosamente o della volontà di creare una norma dai contorni indefiniti affinché potesse fungere da "contenitore" delle più disparate condotte, quale che sia stata la

⁴¹⁴ Sull'esigenza di determinatezza delle fattispecie penali, cfr. ancora P.G. GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, cit., 1972.

ragione, la norma – di fatto – è apparsa affetta da un eccessivo *deficit* di determinatezza.

Non c'è dubbio che l'intervento si ascrive entro quella che è stata definita l'irrazionale "passione di punire" che anima l'età contemporanea⁴¹⁵. Nelle intenzioni del legislatore, come peraltro è dato leggere nello schema accompagnatorio, la norma era infatti stata pensata per contrastare i c.d. *rave party*; tuttavia, la portata della disposizione ha confini molto più nebulosi e incerti che hanno provocato l'immediata levata di scudi a fronte delle criticità riscontrate⁴¹⁶. Al fine di meglio comprendere come abbia operato il correttivo di determinatezza sulla stessa, appare, dunque, opportuno ripercorrere le ragioni di fondo che hanno condotto all'introduzione del nuovo reato, la sua formulazione nonché le differenze tra la vecchia e la nuova versione. La previgente norma era così formulata:

“L'invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica consiste nell'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, commessa da un numero di persone superiore a cinquanta, allo scopo di organizzare un raduno, quando dallo stesso può derivare un pericolo per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica.

⁴¹⁵ Il riferimento è al saggio di D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018.

⁴¹⁶ A. CAVALIERE, *L'art. 5 D.L. 31 ottobre 2022 n. 162: tolleranza zero contro le “folle pericolose” degli invasori di terreni ed edifici*, in *rivistacriticadeldiritto.it*, 2 novembre 2022; F. FORZATI, *Gli equilibri del nuovo art. 434 bis c.p. fra reato che non c'è, reato che già c'è e pena che c'è sempre*, in *Arch. pen.*, 3/2022; V. MANES, *Decreto rave, il giurista: “Pene alte e riferimenti generici: provvedimento scritto male”*, intervista a G. Rossi, *quotidiano.net*, 2 novembre 2022; E. MARINI, *Rave party e non solo. Considerazioni sparse sul nuovo art. 434-bis c.p.*, *rgaonline.it*, 1 dicembre 2022; T. PADOVANI, intervista a E. Antonucci, *La norma anti-rave? Un caso di analfabetismo legislativo. Parla Tullio Padovani, Il Foglio*, 1 novembre 2021; L. SIRACUSA, *La spada penale trafigge i rave party. Osservazioni attorno al nuovo reato di “Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi (art. 434 bis c.p.)”*, in *Giustizia insieme*, 6 dicembre 2022; per una difesa del testo contenuto nel d.l. v. però M. RONCO, *Rave party e risposta penale*, in *centrostudilivativo.it*, 2 novembre 2022.

Chiunque organizza o promuove l'invasione di cui al primo comma è punito con la pena della reclusione da tre a sei anni e con la multa da euro 1.000 a euro 10.000.

Per il solo fatto di partecipare all'invasione la pena è diminuita”.

Il comma successivo statuiva la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, mentre all'ultimo comma veniva disposta l'applicazione delle misure di prevenzione anche per i soggetti indiziati del delitto in esame.

Dopo aver fornito un quadro della precedente formulazione, sarà più agevole procedere a un attento esame della stessa, individuare la tecnica legislativa utilizzata e le ragioni che hanno spinto a modificare la norma in sede in conversione con lo sforzo di rendere il tipo legislativo più definito.

In ordine alla collocazione topografica del nuovo delitto, si osserva che, infrangendo la sistematica del codice del 1930, i beni giuridici ordine pubblico, salute pubblica e incolumità pubblica venivano tutelati nell'ambito della stessa norma, collocata – nella versione previgente – nel titolo VI del libro II del Codice penale, recante i delitti contro l'incolumità pubblica. Ciò che salta subito all'occhio, ad una prima lettura della norma *de qua*, è che il legislatore, redigendo la norma penale incriminatrice alla stregua di una norma definitoria, ha commesso un evidente errore tecnico. Sul profilo della formulazione, si evidenzia, infatti, che il primo comma non statuisce il divieto – la cui incriminazione è rimessa al comma secondo –, bensì utilizza una tecnica descrittiva, avviata dal verbo “*consiste*”⁴¹⁷, per fornire la definizione, peraltro tautologica, di invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi. Il testo del

⁴¹⁷ Efficacemente, sul punto, L. SIRACUSA, *La spada penale trafigge i rave party. Osservazioni attorno al nuovo reato di “Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi (art. 434 bis c.p.)”*, cit., 2: «L'espressione “consiste” viene in genere usata per indicare gli elementi costitutivi di un dato di realtà, empiricamente definito. Il “consistere di qualcosa” ha infatti a che fare più con la dimensione ontologica di un ente materialmente esistente, che non con gli elementi di una fattispecie normativa astratta. Se anche si vuole utilizzare tale verbo per delineare i contrassegni di una fattispecie normativa tipica, l'impiego dello stesso all'interno di una norma incriminatrice suona come un'evidente tautologia. È come se, nel descrivere la condotta tipica del reato di omicidio, il legislatore esordisse nel seguente modo: l'omicidio *consiste* nel cagionare la morte di un uomo».

delitto appare, quindi, incentrato sulla nozione – assai ampia e vaga – di raduno potenzialmente pericoloso per l’ordine pubblico o l’incolumità pubblica o la salute pubblica⁴¹⁸, di cui, invece, non viene fornita alcuna specificazione in termini descrittivi.

Secondo questa tipizzazione, l’invasione deve essere, inoltre, *contra ius*, ossia connotata da arbitrarietà, la quale sembra insita nell’occupazione *sine* titolo di edifici o terreni altrui. Sul punto, un profilo critico viene sollevato proprio dalla qualificazione di “arbitrario”, elemento indeterminato della fattispecie già presente, peraltro, nell’art. 633 c.p. da cui la norma in esame trae spunto.

Di quest’ultima disposizione, sotto la rubrica “Invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati”, la nuova norma richiama la condotta, ma aggiunge taluni elementi specializzanti. I connotati di specialità si individuano in ordine a due profili. Il primo è il dolo specifico “di organizzare un raduno”, in luogo del dolo specifico di occupazione o di profitto tipizzato nella norma-madre⁴¹⁹. L’ulteriore dato è il numero di soggetti attivi: la condotta, per integrare la soglia dell’invasione penalmente rilevante, deve essere compiuta da più di cinquanta persone. Tuttavia, non è ben chiaro se questo requisito numerico sia da intendersi contestualmente o anche in tempi successivi. Il numero delle persone è, infatti, elemento del fatto tipico oggetto di dolo, ne consegue che ciascuno dovrebbe essere consapevole della presenza di almeno altri cinquanta soggetti, mentre i primi cinquanta che compiono l’invasione – a rigore – non commettono reato.

Profili critici vengono sollevati, ancora, analizzando, prima separatamente e poi congiuntamente, i due elementi che rendono la seconda norma speciale rispetto alla prima. Più in dettaglio, vagliando il dolo specifico, ossia lo scopo di organizzare un raduno, ci si interroga se le cinquantuno persone, necessariamente richieste per la commissione del reato, non integrino già un raduno. Ma l’invasione è normalmente successiva all’organizzazione del raduno: serve semmai a realizzare il raduno dopo che questo è stato organizzato. Del resto, in presenza del pericolo,

⁴¹⁸ C. RUGA RIVA, *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i “rave party” (e molto altro)*, cit., 1 ss..

⁴¹⁹ *Ibidem*.

ancorché indiretto per la pubblica incolumità, non dovrebbe essere lo scopo di organizzare il raduno – profilo di per sé privo di disvalore – a svolgere una funzione selettiva.

A prima lettura, dunque, la natura del reato di cui all'art. 434-*bis* c.p. appariva di pericolo indiretto (o di pericolo di pericolo), quindi un reato di pericolo apparentemente concreto. Il pericolo è elemento della fattispecie, non è presunto, ma è astratto, una modalità della condotta da accertare *ex ante* e a base parziale, a prescindere dall'effettiva sussistenza di profili di pericolo concreto all'incolumità di singoli. Il pericolo, peraltro, è frutto non della condotta del singolo, ma della condotta complessiva del gruppo che si raduna. Il singolo, quindi, è punito anche se dalla sua condotta (la mera partecipazione al raduno) non deriva, di per sé, alcun pericolo, nemmeno indiretto, per la pubblica incolumità o l'ordine pubblico. D'altra parte, come accade per altri delitti del titolo VI (artt. 424; 427; 429; 431), alla base vi è un reato di danno al patrimonio, nella specie rappresentato dall'invasione di edifici o terreni altrui, che, qualificato dal pericolo per la pubblica incolumità, ordine o salute, assurge a delitto di pericolo comune. Il requisito più delicato, infatti, è quello espresso dalla derivazione del pericolo, un requisito che disvela i beni giuridici alternativamente tutelati: tre beni collettivi, di notevole vaghezza, che potrebbero identificarsi in un bene giuridico uno e trino⁴²⁰, da ricondurre al bene sicurezza pubblica.

In sostanza, una norma, quella dell'art. 434-*bis* c.p., che non definisce l'oggetto del reato, usa un linguaggio ripetitivo e prevede concetti assai vaghi: “un caso assoluto di analfabetismo legislativo”, come è stata definita⁴²¹. Il risultato di una norma scritta in maniera così pedestre che si sarebbe prestata a essere interpretata con ampia discrezionalità dai magistrati ed essere applicata anche ai casi di occupazione di edifici scolastici e universitari.

⁴²⁰ Il riferimento è ancora a C. RUGA RIVA, *La festa è finita*, cit., 5.

⁴²¹ Invitato dalla trasmissione televisiva, *Di martedì*, del 1° novembre 2022 nel commentare i contenuti della norma, il professore Tullio Padovani, docente emerito di Diritto penale alla Scuola superiore Sant'Anna di Pisa, non ha usato mezzi termini nel definirlo un testo desolante per la sua estrema vaghezza, in quanto non corrisponde a nulla di ciò che si chiede a una norma penale.

Il rischio che si corre attraverso questo tipo di normazione è quello di introdurre norme penali incostituzionali – rispetto alle libertà di riunione, di associazione e di manifestazione del pensiero – o, ancora, che il fine (colpire con dure sanzioni il fenomeno dei *rave party*) possa legittimare una pericolosa deviazione dai canoni di sussidiarietà, frammentarietà ed *extrema ratio* che dovrebbero informare le scelte di politica criminale verso un modello di diritto penale razionalmente orientato⁴²².

Invero, le voci dissenzienti hanno interessato tanto il metodo quanto il merito della riforma legislativa. Per quanto attiene al metodo, la creazione di un nuovo reato per decreto-legge è stata oggetto di censura per il fatto di non aver ravvisato le effettive condizioni di necessità e di urgenza. A ciò si aggiunga il dato, tutt'altro che trascurabile, che il metodo utilizzato si sia basato su un approccio che limita profondamente il dibattito parlamentare su interventi normativi che, invece, richiederebbero un preciso bilanciamento tra esigenze di sicurezza pubblica e diritti di rango costituzionale⁴²³. Sul profilo del merito, invece, i rilievi sollevati hanno interessato i contrasti esistenti tra il nuovo reato e le libertà fondamentali in un ordinamento democratico, di guisa che la norma è stata etichettata come illiberale, e financo liberticida⁴²⁴. Ancor di più, la sproporzionata severità sanzionatoria dell'articolo in commento, nel confronto con le normative europee di settore⁴²⁵, si

⁴²² L. SIRACUSA, *La spada penale trafigge i rave party. Osservazioni attorno al nuovo reato di "Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi (art. 434 bis c.p.)"*, cit., 1.

⁴²³ Di questo avviso è E. GRENCI, *Rei di "rave"*, in *Diritto di difesa*, 5 novembre 2022.

⁴²⁴ Così A. BONELLI, *Le reazioni al nuovo decreto sui rave party: "Norma liberticida, a rischio diritto di protestare"*, a cura di A. GIRARDI, in *fanpage*, 1 novembre 2022.

⁴²⁵ Gli unici Stati europei che si sono dati delle norme penali specifiche per contrastare il fenomeno dei "rave selvaggi" sono la Francia e l'Inghilterra che, tuttavia, presentano caratteristiche descrittive e sanzionatorie profondamente diverse rispetto al reato destinato a essere introdotto con l'art. 434-bis c.p. In particolare, in Francia il fenomeno dei "rave" è regolato dalla c.d. "Legge Mariani", che – a precise condizioni – ammette queste forme di raduno. Anche nel Regno Unito si rinviene una specifica disciplina normativa volta a contrastare il fenomeno: già con il *Criminal Justice Act* del 1994 è stato trasformato in reato quello che prima era un illecito civile. Negli altri paesi europei non si riscontra, invece, la presenza di una specifica normativa penale per il fenomeno dei rave party.

combina a una grave indeterminatezza che caratterizza la sua formulazione descrittiva. Da qui deriva l'insuperabile frattura con l'ordinamento in punto di necessaria tassatività della normazione penale, che determina la violazione dell'obbligo di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intellegibilità delle locuzioni impiegate.

A fronte delle numerose criticità cui si è fatto cenno – e prima che la norma venisse modificata in sede di conversione – in prospettiva *de lege ferenda* poteva ipotizzarsi una formulazione alternativa. Invero, sul piano tecnico-formale, sarebbe stata preferibile una formulazione di questo tipo: *l'invasione arbitraria di edifici o terreni altrui posta in essere allo scopo di partecipare a raduni non autorizzati con più di cinquanta persone è punita [...] se dal fatto, valutato tenendo conto del numero delle persone presenti, del luogo e delle modalità di svolgimento del raduno, nonché di ogni altra circostanza rilevante, può derivare un pericolo per la pubblica incolumità.*

3.1. PRIMISSIMA LETTURA SUL NOVELLATO DELITTO DI INVASIONE DI TERRENI O EDIFICI CON PERICOLO PER LA SALUTE PUBBLICA O L'INCOLUMITÀ PUBBLICA: IL NECESSARIO CORRETTIVO IN PUNTO DI DETERMINATEZZA

Sensibilmente diversa (e di gran lunga migliore) appare la versione finale della disposizione introdotta in sede di conversione, avvenuta con l. 30 dicembre 2022, n. 199 rispetto a quella originaria contenuta nel d.l. 31 ottobre 2022, n. 162. La norma è ora collocata, più coerentemente, sotto il titolo XIII del II libro tra i delitti contro il patrimonio e, più precisamente, tra i delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone (capo I). Il numero dell'articolo del Codice, conseguentemente, muta e passa dal 434-*bis* al 633-*bis* c.p.

Immediatamente dopo l'art. 633 "Invasione di terreni o edifici", si colloca ora il nuovo art. 633-bis "Invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica", di cui si fornisce la novellata formulazione.

Chiunque organizza o promuove l'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di realizzare un raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento, è punito con la reclusione da tre a sei anni e con la multa da euro 1.000 a euro 10.000, quando dall'invasione deriva un concreto pericolo per la salute pubblica o per l'incolumità pubblica a causa dell'inosservanza delle norme in materia di sostanze stupefacenti ovvero in materia di sicurezza o di igiene degli spettacoli e delle manifestazioni pubbliche di intrattenimento, anche in ragione del numero dei partecipanti ovvero allo stato dei luoghi.

Con quest'emendamento al decreto-legge *anti-rave*, il Governo perfeziona la norma eliminando i riferimenti ai concetti più vaghi e indeterminati e rendendo più efficace il contrasto delle condotte illecite da perseguire. Per vero, l'originaria fattispecie, lungi dal punire i soli *rave party*, incriminava, con pene severe destinate anche ai meri partecipi, qualsiasi occupazione arbitraria che superasse la soglia numerica stabilita, finalizzata ad organizzare raduni di qualsiasi genere.

Di necessaria importanza si è rivelato, poi, il correttivo in ordine alla determinatezza della fattispecie a fronte delle criticità rivolte alla vaghezza della norma, il cui disvalore era in gran parte accentrato su di un impalpabile dolo di raduno pericoloso per beni assai poco afferrabili (ordine pubblico, salute pubblica e incolumità pubblica)⁴²⁶. Altri profili di criticità hanno interessato l'eccessiva severità delle pene, specie per i semplici partecipanti al raduno, potenzialmente destinatari di intercettazioni e misure cautelari; a ciò si aggiungeva la sproporzione e irragionevolezza dell'applicabilità agli indagati di misure di prevenzione antimafia.

⁴²⁶ Così, C. RIGA RIVA, *Indietro (quasi) tutta. Sulla nuova fattispecie di invasione di terreni o edifici altrui pericolosa per la salute o incolumità pubblica*, in *Sist. pen.*, 10 gennaio 2023.

Così, in sede di conversione in legge – anche a fronte delle criticità che non sono rimaste inascoltate – la fattispecie è stata radicalmente riscritta dando vita a un prodotto legislativo decisamente migliore del precedente.

Esaminando la novellata norma più da vicino, si può notare come soggetti attivi sono solo gli organizzatori e i promotori, mentre, nella versione originaria, erano tutti i partecipanti al raduno: la previsione della soglia numerica di cinquanta persone ora scompare. Il numero dei partecipanti diventa solo un elemento da considerare nel giudizio di concreta pericolosità. Questo accorgimento ridimensiona il carattere poliziesco della fattispecie originaria, la quale, in linea teorica, consentiva l'arresto e la misura cautelare in carcere anche per i meri partecipanti ai raduni illegali. Oggi solo i promotori e organizzatori potranno essere intercettati e attinti da misure restrittive della libertà personale in fase di indagini, non consentite ex art. 633 c.p. per i meri partecipanti. Confermate, invece, le sanzioni già indicate nella prima stesura del decreto-legge per chi organizza o promuove un raduno dal quale possa derivare un pericolo per l'ordine pubblico o la pubblica incolumità o la salute pubblica. Confermata anche la confisca delle cose utilizzate per commettere il reato già prevista al secondo comma dell'art. 434-*bis* c.p.

La nuova fattispecie di reato risulta adesso integrata quando si verifica un pericolo concreto per la salute o l'incolumità pubblica. Tale pericolo, ora espressamente qualificato come concreto - nella versione previgente il pericolo era astratto – è collegato alla invasione arbitraria, e non al futuribile raduno musicale⁴²⁷. Ne discende che il disvalore del fatto è incentrato sull'invasione qualificata da indici specifici (inosservanza di norme in materie tassative e non di altre pur idonee allo scopo) che indiziano il concreto pericolo per la salute o l'incolumità pubblica.

Si osserva, al riguardo, che la violazione delle discipline menzionate nell'art. 633-*bis* c.p. non è di per sé sufficiente a integrare il pericolo concreto. Quest'ultimo, in quanto tale, dovrà essere accertato e valutato caso per caso alla luce dei diversi elementi di contesto cui la disposizione, in chiusura con

⁴²⁷ Cfr., C. RIGA RIVA, *Indietro (quasi) tutta*, cit., 2.

una formula generale, richiama. Si parla, a tal proposito, di reato di pericolo concreto “a causa vincolata”⁴²⁸.

Questo mutamento dell’orbita focale della norma rappresenta una consistente novità rispetto alla fattispecie contenuta nel decreto-legge n. 162/2022, tutta incentrata sul dolo di raduno pericoloso. Posto che la condotta incriminata è solo quella dei promotori e degli organizzatori, per i meri partecipanti al raduno sarà, in ogni caso, configurabile il reato di cui all’art. 633 c.p., oltre agli eventuali reati in materia di sostanze stupefacenti o a tutela dell’igiene e della sicurezza degli spettacoli.

La norma richiede, inoltre, che organizzatori e promotori agiscano al fine di realizzare un raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento. La finalità integra un dolo intenzionale e non un dolo specifico: il raduno, infatti, come emerge dalla complessiva lettura della norma, è elemento del fatto tipico che deve realizzarsi con modalità illecite tali da causare un pericolo per la pubblica incolumità o per la salute pubblica. Il raduno, pertanto, deve essere connotato – già nell’intenzione di organizzatori e promotori – da specifiche modalità illecite, poiché in esso devono essere commesse violazioni delle suddette norme. Queste illecite modalità che connotano il raduno – e da cui deve derivare il pericolo concreto – non possono che essere oggetto del dolo, appunto intenzionale, che anima coloro che promuovono o organizzano l’invasione arbitraria. Diversamente argomentando, sorgerebbero profili di incompatibilità con il principio di personalità della responsabilità penale, in quanto le condotte che integrano violazione delle norme in questione possono essere poste in essere anche (o solo) da soggetti diversi da organizzatori e promotori.

A ben vedere, dunque, la norma punisce chi organizza o promuove un’invasione arbitraria allo scopo di realizzare un raduno illegale, in quanto posto in violazione di specifiche norme di legge che provoca, a causa di tale modalità (illegale), un pericolo concreto per la pubblica incolumità o per la salute pubblica.

Fornita questa precisazione, si esclude che organizzatori e promotori rispondano, anche solo in parte, di un fatto altrui, poiché l’offensività della condotta si incentra nella organizzazione o promozione di un’invasione arbitraria con il dolo

⁴²⁸ In questi termini, C. RIGA RIVA, *Indietro (quasi) tutta*, cit., 2.

intenzionale di realizzare un raduno illegale e con la consapevolezza di procurare un pericolo per la pubblica incolumità.

3.2. UNA NORMA CHIAROSCURA: LA PERIMETRAZIONE DELL'AREA DEL PENALMENTE RILEVANTE NON APPARE MANIFESTAMENTE IRRAGIONEVOLE E SI INQUADRA NEL PRISMA DEI PRINCIPI DI TIPICITÀ E FRAMMENTARIETÀ. IL REQUISITO DELLO SCOPO PREVALENTE

La tecnica normativa utilizzata nella formulazione dell'art. 633-*bis* c.p. è improntata alla descrizione analitica del tipo, la quale si riverbera sulla perimetrazione del pericolo, anch'esso tipico. Il requisito della tipicità investe anche l'invasione, che è solo quella finalizzata all'organizzazione di un raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento. Si evidenzia, inoltre, come la selezione degli eventi, che è rappresentata dallo scopo cui tende l'invasione, richiami il modello dei *rave party*, elemento cui il decreto-legge, pur sottendendolo, non faceva alcuna menzione. Il nuovo dolo specifico, dunque, esclude la rilevanza penale delle invasioni arbitrarie che esulano dallo scopo ludico-musicale (es. occupazioni scolastiche, manifestazioni non autorizzate di protesta, azioni sindacali arbitrarie).

Orbene, la scelta del legislatore di circoscrivere l'ambito del penalmente rilevante ai soli raduni musicali o di intrattenimento, lungi dal sembrare una scelta meramente arbitraria, risponde a una esigenza ben precisa. Difatti, nel bilanciamento tra diritti costituzionali (riunione, manifestazione del pensiero, sciopero) il contro-interesse del "diritto a divertirsi" (in modo illegittimo) non assume lo stesso peso del diritto di riunirsi (pur illegalmente) a fini di protesta per ragioni politiche o sindacali.

Lo sforzo compiuto dal legislatore nella definizione dei confini di operatività della fattispecie lascia, tuttavia, residuare una zona grigia costituita da eventi misti, ossia da occasioni di spettacolo che si combinano a momenti di critica politica o sindacale. Il criterio da preferire, in casi di eventi

complessi, è quello dello scopo prevalente⁴²⁹, ossia bisognerà valutare se il raduno avente carattere musicale o di intrattenimento abbia prevalenza di scopo all'interno dell'occupazione. In caso di prevalenza, troverà applicazione l'art. 633-*bis* c.p.; se, invece, esso costituisce non lo scopo prevalente ma un evento collaterale, i soggetti verranno puniti – ricorrendone i presupposti – ai sensi del meno grave reato di cui all'art. 633 c.p.

3.3. LE INTERFERENZE DELLA NEONATA DISPOSIZIONE DI CUI ALL'ART. 633-BIS C.P. CON LA FATTISPECIE-MADRE. ERA DAVVERO NECESSARIO INTRODURRE UNA NORMA *AD HOC*?

La riprovevolezza del fatto della novellata fattispecie di cui all'art. 633-*bis* c.p. appare ora tutta incentrata sul pericolo concreto di offesa ai beni giuridici della salute e dell'incolumità pubblica. Ciò potrebbe indurre a ritenere che la collocazione del nuovo delitto nel titolo dedicato ai reati contro il patrimonio non appaia del tutto pertinente; si tratterebbe, accogliendo questa critica, di un omaggio alla tradizione della norma-madre rappresentata dal delitto di invasione arbitraria di immobile a scopo di occupazione, cui si aggiunge la finalità di intrattenimento⁴³⁰. Ciononostante, deve evidenziarsi che l'oggettività giuridica del reato di cui all'art. 633-*bis* c.p. comprende necessariamente anche la lesione patrimoniale, in quanto la condotta di invasione arbitraria risulta già di per sé offensiva del possesso e della proprietà altrui⁴³¹, tanto basta a non ritenere irragionevole la nuova collocazione sistematica. Per vero, la scelta di aver trasferito la disposizione incriminatrice risponde a una esigenza specifica, ossia a evidenziarne la simmetria con l'omologa fattispecie di cui all'art. 633 c.p.

⁴²⁹ Di scopo prevalente parla C. RIGA RIVA, *Indietro (quasi) tutta*, cit., 2 ss.

⁴³⁰ *Ibidem*.

⁴³¹ Sul significato offensivo della condotta di invasione, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, 249 e 250.

Nei rapporti tra le due norme, appare superfluo specificare che l'art. 633-*bis* c.p. configura una disposizione autonoma e non una circostanza aggravante dell'art. 633 c.p.: a sostegno di questa soluzione militano la collocazione in un diverso articolo; la previsione di una pena costruita autonomamente e non in relazione a quella stabilita dall'art. 633 c.p.; la chiara intenzione del legislatore di costruire una nuova fattispecie *ad hoc*.

Un attento esame della nuova disposizione fa emergere come essa appaia più vicina alla norma-madre, l'art. 633 c.p., che alla sua vecchia formulazione, l'art. 434-*bis* c.p., di cui rimane ben poco. La norma in commento, infatti, si presenta come una variante della già esistente fattispecie di cui all'art. 633 c.p.⁴³² sull'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto, atta a tutelare l'inviolabilità e l'integrità della proprietà immobiliare, nello specifico intesa come diritto d'uso e godimento di tali beni. Dalle due norme messe a sistema, l'art. 633 c.p. con il nuovo art. 633-*bis* c.p., si possono individuare solo lievi differenze: i) il dolo di raduno musicale/evento di intrattenimento; ii) il pericolo concreto costituito dalla violazione di determinate discipline; iii) l'aumento di pena, quanto basta per consentire intercettazioni e misure cautelari personali nei confronti di promotori e organizzatori.

Si evidenzia, peraltro, che il reato ex art. 633 c.p. è stato interessato da una modifica sotto il profilo sanzionatorio del decreto sicurezza (nella specie, il n. 113/18, c.d. Decreto Salvini) che ha previsto un pesante irrigidimento delle pene detentive, passate da un minimo di giorni quindici e un massimo di anni due di reclusione della previgente versione ad un minimo di anni uno e un massimo di anni tre di reclusione dell'attuale, cui si aggiunge la previsione di una aggravante e la perseguibilità d'ufficio per l'ipotesi in cui il fatto sia

⁴³² Entrambe le fattispecie incriminano la condotta di invasione di un immobile realizzata arbitrariamente; ossia, commessa *contra ius* o in assenza di un legittimo titolo di accesso e per un periodo di tempo apprezzabile. Nel reato di cui all'art. 633 c.p., la permanenza deve, tuttavia, perdurare per un periodo di tempo sufficiente a rendere evidente il nesso della condotta con la finalità di occupare, tenuto conto che l'occupazione di un immobile si realizza soltanto se la presenza all'interno di esso dei soggetti attivi non sia momentanea, ma apprezzabilmente duratura. Si veda, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, III, *Delitti contro il patrimonio*, cit., 252.

commesso da più di cinque persone o se commesso da persona palesemente armata, per cui la pena aumenta da un minimo di anni due a un massimo di anni quattro di reclusione.

Può, dunque, pacificamente ritenersi che esisteva già un articolo del Codice penale sufficiente a punire i raduni illegali. Orbene, a fronte dell'esistenza della fattispecie "gemella", salvo differenze di lieve entità, sorge spontaneo chiedersi se fosse realmente necessaria l'introduzione di una norma costruita appositamente per reprimere raduni di simile natura.

Taluno osserva che non vi fosse alcuna necessità di stampo politico-criminale di prevedere una nuova incriminazione per prevenire il fenomeno⁴³³. Nell'ordinamento giuridico esistono, difatti, disposizioni adeguate a legittimare eventuali interventi preventivi delle forze dell'ordine, in caso di occupazione arbitraria di un terreno o di un edificio al fine di organizzare un *rave party*⁴³⁴, che si rivelano idonee a contenere tali manifestazioni e a prevenire gli eventuali pericoli per beni collettivi e individuali che da essi possono scaturire.

La scelta di ricorrere a una *norma penale ad hoc*, che tipizzi la condotta materiale di ingresso nella proprietà altrui, teleologicamente orientata al successivo raduno, può, dunque, apparire superflua rispetto ai fini di prevenzione generale perseguiti dall'ordinamento già fornito di opportuni strumenti atti a perseguire condotte del tutto sovrapponibili a quelle che si intendono prevenire con questa ennesima norma⁴³⁵.

⁴³³ L. SIRACUSA, *La spada penale trafigge i rave party. Osservazioni attorno al nuovo reato di "Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi (art. 434 bis c.p.)"*, cit., 4.

⁴³⁴ EAD. L'A. osserva che rilievi segnaletici, sgomberi e sequestri possono essere disposti dall'Autorità di pubblica sicurezza in caso di violazione dell'art. 18 del Testo Unico delle leggi in materia di pubblica sicurezza (TULPS), a mente del quale i promotori di una riunione in luogo pubblico o aperto al pubblico devono darne avviso, almeno tre giorni prima, al Questore. Quest'ultimo, nel caso di omesso avviso ovvero per ragioni di ordine pubblico, di moralità o di sanità pubblica, può impedire che la riunione abbia luogo e può, per le stesse ragioni, prescrivere modalità di tempo e di luogo alla riunione. In via sussidiaria, si richiama, invece, l'art. 17 TULPS, il quale prevede la punibilità, con arresto o ammenda, di tutte le violazioni al TULPS che non siano altrimenti sanzionate con pena o sanzione amministrativa.

⁴³⁵ Norma ancor più significativa, in virtù della sua natura riferita ai reati c.d. politici, da annoverare nella repressione del fenomeno è la fattispecie di radunata sediziosa ex art. 655 c.p. a mente della quale il legislatore punisce chiunque faccia parte di una radunata

È stato opportunamente osservato che questo utilizzo configuri, a ben guardare, l'eterno ritorno del *trend* legislativo volto a individuare, come oggetto diretto della tutela penale, l'interesse generico alla sicurezza pubblica, sull'erroneo presupposto che sia compito della sanzione penale rendere effettive le misure extrapenali di prevenzione dei pericoli⁴³⁶.

Il meccanismo è, in sostanza, un uso strumentale del diritto penale asservito alle funzioni tipiche del diritto amministrativo di polizia⁴³⁷. Questo tradisce l'essenza del diritto penale quale *extrema ratio* e sorregge, *ex adverso*, la convinzione che la funzione primaria della sanzione penale consista nel tranquillizzare l'opinione pubblica, attenuandone gli stati emozionali di insicurezza collettiva⁴³⁸. Del resto, si osserva che nell'ambito del binomio sicurezza e libertà, il diritto penale è tenuto a ricercare un corretto bilanciamento e a evitare pericolosi smottamenti del sistema a favore della sicurezza e a discapito del polo delle libertà⁴³⁹.

sediziosa di dieci o più persone con la pena dell'arresto fino a un anno cui si aggiunge l'aggravante prevista per chi sia in possesso di armi.

⁴³⁶ Per tutti, si vedano: V. MILITELLO, *Sicurezza e diritto penale: nuovi sviluppi in Italia*, in *Gedächtnisschrift zu Ehren von Prof. Dr. C. Dedes*, Athen, 2013, 127-143; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 147 e ss.; M. DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, in M. DONINI - M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 11 e ss.

⁴³⁷ Sui limiti, contenuti e scopi della funzione amministrativa di «polizia di sicurezza» - la quale consiste nell'attività di prevenzione finalizzata alla conservazione dell'ordine pubblico, della sicurezza, della pace sociale e dell'incolumità pubblica -, si veda R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, 80 e ss., il quale evidenzia la necessità di equilibrio tra libertà e sicurezza tanto nella sfera penale quanto in quella amministrativa.

⁴³⁸ La riflessione in tal senso è valorizzata nel pensiero di V. MILITELLO, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 140 e 141.

⁴³⁹ in tal senso, tra gli altri, V. MILITELLO, *op. ult. cit.*, 142 e 143; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritti. Quale ruolo per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1542 e ss. Un atteggiamento critico nei confronti della prospettiva che il diritto penale possa farsi legittimamente carico di istanze di sicurezza, è invece W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza, illustrazione con intento critico*, in M. DONINI - M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, cit., 79 e ss.; analogamente, ritiene impossibile il raggiungimento di un equilibrio tra i due poli della libertà e della sicurezza, in quanto le istanze di libertà sono inevitabilmente destinate a soccombere a fronte della forza espansiva dei bisogni di sicurezza, C. PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale tra sicurezza e libertà*, *ivi*, 106 e ss.

Quanto, poi, alla decisione di restringere la tipicità della fattispecie ai soli raduni musicali o aventi altro scopo di intrattenimento, non si appalesa chiaramente il maggior disvalore che colora siffatti eventi rispetto ai raduni i cui fini esulano da quelli oggetto di incriminazione.

Questa scelta si giustifica, invece, andando alla ricerca della *ratio* di fondo che ha animato l'utilizzo della decretazione d'urgenza a tali fini, ossia l'asserita inadeguatezza dei mezzi di contrasto al fenomeno dei *rave party*. Alla base dell'incriminazione si colloca, dunque, la conferma della presunzione di intrinseca pericolosità oggettiva nei confronti di siffatte manifestazioni⁴⁴⁰, cui si aggiunge la pretestuosità della narrazione circa la necessità ed urgenza di approvare il nuovo reato per mancanza di strumenti con cui intervenire⁴⁴¹.

Per vero, essa sembra rispondere a quelle pulsioni inquisitorie che avevano caratterizzato i periodi oscuri del nostro passato, in cui l'obiettivo da perseguire era una generalizzata limitazione delle libertà fondamentali sacrificabili sull'altare del supremo bene della tutela dell'"ordine sociale costituito", quale ne sia il costo.

Tuttavia, sebbene permangano incertezze sulla opportunità politico-criminale che ha condotto all'introduzione una nuova fattispecie delittuosa da aggiungere a un sistema penale già asfittico, non può che guardarsi con favore il tentativo (riuscito) di rimediare all'evidente *deficit* di determinatezza e offensività che caratterizzava la precedente versione.

Oltre ai rilievi sin qui svolti, non si possono sottacere altre e parimenti importanti ragioni che inducono a ritenere che la norma, al netto dell'intervento correttore cui è stata sottoposta, continui a presentare una intrinseca pericolosità per la tenuta costituzionale del sistema democratico, di cui non può accettarsi il rischio.

⁴⁴⁰ Profilo ben evidenziato da L. SIRACUSA, *La spada penale trafigge i rave party. Osservazioni attorno al nuovo reato di "Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi (art. 434 bis c.p.)"*, cit., 4 ss.

⁴⁴¹ Profilo evidenziato da E. GRENCI, *Rei di "rave"*, cit., 4.

4. RIMEDI ALL'INDETERMINATEZZA: PROSPETTIVE DI REDAZIONE DELLA NORMA INCRIMINATRICE. LE NORME DEFINITORIE E LA CHIAREZZA GIURIDICA

Sono trascorsi ormai più di trent'anni dall'emanazione, da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri, della nota circolare recante i "*Criteri per la formulazione delle fattispecie penali*", indirizzata agli Uffici legislativi di tutti i Ministeri.

Il meritorio e assai arduo obiettivo prefisso dal Governo attraverso tale documento era quello di una razionalizzazione della legislazione penale futura, con l'intenzione di conformarla al dettato costituzionale, nella specie alla determinatezza. Invero, la circolare contiene preziose direttive di tecnica legislativa: la preferenza per l'utilizzo di norme definitorie in relazione ai termini ambigui o polisensibili; la prudenza nell'utilizzo di clausole troppo ampie ovvero elementi normativi di derivazione etico-sociale, l'opportunità di evitare l'impiego di concetti di tipo sociologico, politico o economico, così come l'utilizzo della tecnica dei rinvii a catena, in blocco o generici⁴⁴².

Tuttavia, malgrado la puntualità delle indicazioni governative, lo sguardo sulla legislazione penale successiva alla emanazione del documento legislativo sopra riferito restituisce una normazione asistemica e non sempre di buona qualità in fatto di tecnica redazionale.

Volendo indugiare sulle cause, l'impressione è che molto sia da rintracciare nel fattore politico-istituzionale, il quale può individuarsi come elemento alla base di una ormai cronica indeterminatezza legislativa. Del resto, la normazione in ambito penale si caratterizza per il fatto di essere il risultato di una attività parlamentare frenetica spinta da forze simboliche ed elettorali.

Come dimostrato dall'esperienza della norma di cui all'art. 633-*bis* c.p. in commento sopra, il frutto di questa operazione è costituito da testi compromissori

⁴⁴² La circolare è stata adottata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri il 5 febbraio 1986, il cui testo è consultabile in *Cass. pen.*, 1986, 624 ss. Per un autorevole commento al riguardo, cfr. F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri*, *ivi*, 1987, 230 ss.

e di natura meramente contingente, scarsamente redatti tecnicamente, poiché pensati ed emanati al solo scopo di essere esibiti quale “norma-bandiera” dinanzi all’elettorato. Il diritto penale sembra costituire, in ragione della sua valenza simbolica, una risposta immediata ai crescenti desideri di criminalizzazione emergenti in un dato momento storico individuati dalla classe dirigente attraverso il sentire dell’opinione pubblica, in ordine a fatti di cronaca e notizie di reato oggetto di amplificazione mediatica. Non può trascurarsi di considerare che, così operando, si finisce per replicare all’allarme sociale⁴⁴³ utilizzando l’inadeguato strumento penale, il che produce l’effetto di allontanarsi da un diritto costituzionalmente orientato.

Al dato politico si unisce, poi, lo sviluppo tecnologico⁴⁴⁴, il quale concorre alla produzione di una normativa instabile e spesso contraddittoria. Appare chiaro che la modernità impone un intervento sempre più flessibile e dinamico, semplificato dal punto di vista processuale, così conculcando l’esigenza di determinatezza e, con essa, la cogenza dei principi propri di uno Stato di diritto: offensività, materialità, colpevolezza, frammentarietà.

La domanda sulle tecniche normative maggiormente idonee a porsi a presidio della determinatezza nel patrimonio normativo penale può trovare risposta in quel documento – oggi diventato lettera morta – rappresentato dalla Circolare recante le linee guida per la redazione delle fattispecie penali. Guardando lo storico documento più da vicino, le indicazioni fornite in esso appaiono utili a tracciare i confini di una norma tecnicamente e stilisticamente composta, nella forma e nei contenuti, per apparire improntata al canone della precisione e, dunque, della stessa prevedibilità.

⁴⁴³ Sulle interazioni tra diritto penale e allarme sociale. cfr., di recente, le lucide riflessioni critiche di V.N. D’ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale “senza prova”*, Reggio Calabria, 2008, 443 ss.

⁴⁴⁴ In ordine ai nessi tra innovazione tecnologica e diritto penale, cfr., F. STELLA, *Giustizia e modernità, La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, 2 ed., Milano, 2002; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.

A fini di completezza dell'analisi sulla determinatezza, giova fornire un inquadramento delle precise linee guida rivolte al legislatore in ordine alla redazione della fattispecie.

Nella parte seconda della circolare sono contenuti due capi, di cui il capo I attiene ai “*Criteri concernenti la forma esteriore della disposizione;*” il capo II riguarda i “*Criteri concernenti l'individuazione del contenuto normativo*”.

Nello specifico, la Circolare fornisce delle regole di espressione verbale, entrando nel merito della struttura sintattica della disposizione, con cui raccomanda l'utilizzo di un periodare snello e asciutto che si serva di espressioni tecniche, in luogo di quelle laiche, indicando un uso linguisticamente corretto delle parole. Tuttavia, da ciò non discende una generale subordinazione dell'attività interpretativa alla dogmatica dei giuristi, né un'opzione di formalizzazione totale del linguaggio giuridico⁴⁴⁵.

La seconda indicazione riguarda l'impiego delle rubriche normative per la loro capacità espressiva del contenuto dell'articolo al quale sono premesse. Un corretto e appropriato utilizzo delle stesse consente, infatti, di accompagnare l'interprete in un più agevole e rapido inquadramento della fattispecie. Un altro profilo che, in questa sede, si ritiene meritevole di interesse – alla luce dell'analisi compiuta sull'*iter* che ha condotto alla norma di recente conio, art. 633-*bis* c.p. – attiene agli accorgimenti della Circolare in ordine alle norme definitorie.

In particolare, si raccomanda di isolare le norme che contengono una definizione, purché venga mantenuta una contiguità con la disposizione cui si riferiscono, ossia una stretta pertinenza tra tale norma e il restante contenuto normativo dell'articolo. Appare, dunque, opportuno che nella rubrica dell'articolo che contiene siffatte norme sia evidenziata la natura definitoria della norma ivi collocata. Sul versante dei criteri concernenti l'individuazione del contenuto normativo, la trattazione delle indicazioni suggerite dal documento si svela interessante se non altro per la connessione evidente con lo sviluppo del tema che occupa queste pagine.

⁴⁴⁵ F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., 234. *Contra*, R. GUASTINI, *Questioni di tecnica legislativa*, in *Le Regioni*, 1985, 231.

In primis, il criterio orientativo specifico e potenzialmente idoneo a ridurre le difficoltà di interpretazione e applicazione delle norme penali è quello di evitare – nella formulazione della fattispecie – l’impiego di espressioni indeterminate, le quali possono derivare da eccessiva onnicomprensività della realtà descritta⁴⁴⁶ ovvero dalla insufficiente capacità di rappresentare la stessa. Al momento della creazione della norma, il legislatore ha il dovere di procedere a una determinazione puntuale della fattispecie, in ossequio al principio della tassatività o sufficiente determinatezza, ciò in quanto la funzione garantista dell’art. 25, comma secondo, della Costituzione – cui il principio si ricollega – verrebbe frustrata se, per la indeterminatezza della fattispecie, non fosse possibile stabilire *a priori* ciò che è vietato e ciò che è permesso.

Orbene, le espressioni che si appalesano indeterminate sotto il primo profilo sono quelle che designano realtà tra loro fortemente eterogenee quanto a disvalore e che non contengono, d’altra parte, elementi sufficientemente determinati atti a orientare l’interprete nella delimitazione del penalmente lecito, con la conseguenza di rendere necessarie ulteriori operazioni interpretative. Espressioni indeterminate del secondo tipo sono, invece, quelle volte a designare realtà difficili da concettualizzare o mutate da aree conoscitive in cui non è presente un’esigenza di determinatezza, quali i linguaggi sociologici o economico-politici, ovvero i concetti valutativi che, per l’individuazione della realtà, non rimandano a parametri aventi un sufficiente grado di consolidamento.

Non è infrequente che l’indeterminatezza dipenda da espressioni quantitative che, implicando un’area di discrezionalità eccessiva relativamente all’intervento giudiziale, dovrebbero essere già decodificate a monte dal legislatore. Questa possibilità apre la strada alla c.d. legiferazione apparente. A tal riguardo, uno strumento suggerito dalla Circolare capace di attenuare l’insufficiente determinatezza è la definizione legislativa, di cui però si raccomanda un uso assai cauto nella legislazione penale. Da un lato, infatti, essendo le definizioni costituite da parole, non si esclude che possano sfociare in ulteriori indeterminatezze;

⁴⁴⁶ M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell’ordinamento vigente*, cit., 239.

dall'altro, rischiano di rendere eccessivamente ingessato il testo, oltre che insuscettibile di applicazione analogica.

Per di più, gettando lo sguardo all'utilizzo che della tecnica definitoria è stato fatto nella versione precedente della norma ex art. 434-*bis* c.p. (per il cui testo si rimanda al § 3) si può agevolmente comprendere che la definizione può rivelarsi tautologica se le parole utilizzate richiamano quanto espresso in rubrica senza specificare ulteriormente il senso, riproducendo motivi di ulteriore incertezza e necessità di interpretazione. L'unico caso in cui tali definizioni possono rivelarsi opportune è qualora il segno linguistico da definire abbia un'estensione concettuale con margine di incertezza talmente ampio da creare disorientamenti.

Il richiamo alla Circolare va, dunque, letto in questa sede al fine di valorizzare quelle tecniche redazionali maggiormente in grado di rispettare il canone di precisione. Peraltro, in ordine alle norme definitorie, è stato correttamente notato che legiferare in sé significa già definire, dal momento che «ogni intervento normativo è chiaramente e intrinsecamente definitorio di un ambito di disciplina⁴⁴⁷».

Si osserva, dunque, che la distinzione tra l'attività del definire e quella del legiferare si coglie sul piano quantitativo potendo affermare che la prima non è altro che una specificazione della seconda, in cui l'elemento comune è rappresentato dal linguaggio impiegato ora nella formazione di una norma penale, ora di una norma penale definitoria⁴⁴⁸.

Allorquando si parla di definizioni legali, in diritto penale, il risultato è un'operazione di irrigidimento del linguaggio normativo attraverso norme la cui funzione è quella di fissare con la dovuta precisione un determinato istituto ovvero le componenti di fattispecie incriminatrici⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Così F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di delega italiano*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 176.

⁴⁴⁸ Sul punto cfr. F. PALAZZO, *Sulle funzioni delle norme definitorie*, in A. CADOPPI (a cura di), *op. ult. cit.*, 381 ss.

⁴⁴⁹ In tal senso, cfr. ancora F. BRICOLA, *op. ult. cit.* In argomento cfr. anche V.N. D'ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004, 12 ss., nonché, in posizione più cauta relativamente alla capacità delle definizioni legali di

Atteso che definire altro non significa se non legiferare con un elevato grado di precisione e atteso che il diritto penale deve misurarsi con la Carta costituzionale, ne discende che ogni attività definitoria *in subiecta materia* assumerà una dimensione di livello costituzionale.

Alla stregua di quanto precede, dunque, nel diritto penale «tutto ciò che può essere definito, dovrà essere definito»⁴⁵⁰. Sul punto, la dottrina è concorde nel ritenere che le norme definitorie assolvano a una duplice funzione, una di carattere tecnico-giuridico e l'altra di natura politico-istituzionale. L'obiettivo della certezza del diritto, da ricollegarsi alla prima funzione, è connotato all'essenza chiarificatrice di siffatte norme⁴⁵¹; la definizione dei rapporti di potere tra Parlamento e ordine giudiziario, nonché il loro equilibrio, che si collega, invece, alla seconda funzione, discende dalla forza vincolante delle norme giuridiche⁴⁵².

Soffermando l'attenzione alla qui tratteggiata funzionalizzazione delle norme definitorie allo scopo della certezza del diritto, può senz'altro ritenersi che esse costituiscono lo strumento principe all'incremento della determinatezza del Codice penale, certamente esaltata dalle definizioni legali. Sulla dimensione latamente politica, si può, invece, convenire sul dato che esse figurano come l'espressione più compiuta dell'esercizio da parte del legislatore penale delle sue prerogative in ordine alla creazione del diritto, riducendo gli interstizi rimessi al giudice.

Nel terreno su cui lo studio si incentra, ossia le modalità di redazione delle norme penali nel rispetto della sufficiente precisione, le definizioni legali rappresentano lo strumento tecnico per eccellenza per determinare, *rectius* rideterminare, gli equilibri tra legalità formale e legalità sostanziale⁴⁵³.

delineare l'essenza stessa dell'istituto definito, F. ANGIONI, *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio, Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18- 20 maggio 1995)*, Torino, 1998, 189 ss.

⁴⁵⁰ Per queste riflessioni, cfr. A. CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione*, in Id. (a cura di), *Omnis definitio*, cit., 19.

⁴⁵¹ Sul punto, cfr., in particolare, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., 130, nonché G. DELITALA, *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, 280 s. Al riguardo, cfr. pure F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 382 ss.

⁴⁵² In proposito cfr., per tutti, F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 177.

⁴⁵³ In argomento, v., in particolare, F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 385 ss.

Nel delineato contesto non può, perciò, ignorarsi di considerare l'effetto finale, tale per cui circoscrivere i margini applicativi di una norma incriminatrice non può che determinare una battuta d'arresto di quel già ampiamente segnalato fenomeno di inflazione del diritto penale ad opera della giurisprudenza⁴⁵⁴.

Quanto sostenuto non è, tuttavia, esente da critiche.

Deve, al riguardo, considerarsi che le obiezioni mosse alla tecnica casistica si riverberano – per la stessa logica – sulle definizioni legali e, per di più, ampliate dalla considerazione che l'attività di tipo definitorio non è che la estremizzazione della legiferazione casistica. Orbene, il principale rilievo attiene all'irrigidimento interpretativo che provocherebbe la paralisi dello sviluppo normativo a causa di un legislatore inflessibile⁴⁵⁵.

Una simile obiezione deve, tuttavia, ritenersi destituita di fondamento nella misura in cui non tiene in debita considerazione il momento storico-politico in cui tale necessità si avverte. Invero, l'affermazione secondo cui le definizioni legali si pongono a schermo dell'evoluzione di un dato istituto o dell'interpretazione di una certa norma, non significa altro che legittimare una giurisprudenza creativa. Appare necessario, dunque, intendere tali definizioni come opportunamente storicizzate, ossia calibrate sull'odierna realtà del diritto penale, la cui normazione si mostra eccessivamente aperta a interventi giurisprudenziali⁴⁵⁶.

Si osserva, però, che, sebbene di tale obiezione sia stato ridimensionato il pregio giuridico, la verità risiede nel dato che la formulazione attraverso la tecnica definitoria, al fine di non arrecare nocimento all'evoluzione del diritto, deve trovare un punto di equilibrio con l'interpretazione giurisprudenziale. L'attività normativa deve, perciò, essere incentrata sul contenuto tecnico in funzione chiarificatrice, ma la realtà esige anche la mediazione della giurisprudenza, la quale non può risultare oltremodo imbrigliata entro le rigide catene delle definizioni legali⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ In tal senso, cfr. V.N. D'ASCOLA, *op. ult. cit.*, 12 ss.

⁴⁵⁵ In proposito, si rinvia alle osservazioni di L. STORTONI, *Relazione di sintesi*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 501 ss.

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

⁴⁵⁷ Per queste acute e condivisibili osservazioni, cfr. F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 386 ss. Cfr. A. CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali*, cit., in Id. (a cura di), *Omnis definitio*, cit., 20. L'A. osserva che le definizioni legali, al fine di allinearsi al duplice teleologismo –

Invero, il criterio informatore delle tecniche di formulazione delle fattispecie, ossia il principio di determinatezza-precisione, non postula una incompatibilità logica con gli elementi elastici, valutativi, ma solo con quelli vaghi ed emozionali che conducono all'indeterminatezza del precetto. Esso può, pertanto, ritenersi rispettato quando la fattispecie, indipendentemente dalle tecniche di formulazione utilizzate, sia tale da esprimere, attraverso una indispensabile opera di interpretazione, «un tipo di fatto predeterminato nella sua unità di disvalore»⁴⁵⁸. *Ex adverso*, il principio deve ritenersi violato qualora la norma, sebbene lo sforzo interpretativo compiuto su di essa, non sia in grado di individuare il tipo di fatto disciplinato a causa della indeterminatezza dei suoi connotati. A ciò si aggiunga che una buona tecnica legislativa consentirebbe, inoltre, all'interprete di individuare il bene protetto attraverso una tassativa descrizione del fatto, che si avrà quando gli elementi costitutivi del tipo risultino dotati di una sufficiente carica offensiva⁴⁵⁹.

Guardando al principio nei suoi due momenti, *de lege data* e *de lege ferenda*, la tassatività/determinatezza impone rispettivamente, nel primo caso di fare i conti con la legislazione penale vigente assumendo quale modello la visione dell'illecito penale tassativo; nel secondo caso, si rivolge al legislatore quale monito a un più attento e scrupoloso legiferare.

Il superiore canone, per il modo in cui si atteggia, sembra sdoppiarsi: costituisce la proiezione verso l'esterno, uno sbarramento che vieta che la norma possa riferirsi a ipotesi non ricomprese nella sua dimensione astratta, se inteso *de lege data*, ossia come tassatività; si proietta all'interno della fattispecie, vincolandone il modo di legiferazione se inteso *de lege ferenda*, ossia come determinatezza⁴⁶⁰.

Se lo si intende in maniera realistica e non utopistica, può, dunque, consapevolmente sostenersi che la funzione garantistica che il principio – in questa

certezza del diritto e definizione degli equilibri tra poteri – devono presentare due note essenziali: la effettività e la opportunità.

⁴⁵⁸ F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit., 23.

⁴⁵⁹ M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 125-126.

⁴⁶⁰ La distinzione concettuale tra tassatività e determinatezza nella proiezione interna ed esterna alla fattispecie è nel pensiero di T. PADOVANI, *Diritto Penale*, XII ed., Milano, 2019, 30 ss.

duplice dimensione – è chiamato a svolgere, consiste non nell’eliminare quell’indeterminatezza rispetto al caso concreto – insopprimibile per i caratteri di generalità e astrattezza delle norme –, bensì nel realizzare, se non la certezza assoluta del diritto, la maggiore certezza possibile⁴⁶¹, che non è altro che la chiarezza giuridica.

⁴⁶¹ In questi termini si esprime ancora F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit., 22.

CONCLUSIONI

Il tema classico della legalità viene oggi corredato dall'aggettivo "nuova", che disegna una nuova legalità penale, sicché il monopolio attribuito al legislatore nella produzione del diritto penale è presupposto della concezione antica della legalità. Da questa idea – architrave dell'intero sistema penale – nasceva la c.d. idolatria del legislatore, un vero e proprio mito, quasi una mitologia⁴⁶². Questo modello alla base dell'immaginario ha, nel tempo, finito per creare un forte iato tra teoria e prassi, facendo emergere come la riserva assoluta di legge in materia penale fosse solo un'idea astratta ormai lontana dalla realtà. La legalità penale a carattere legislativo subisce, allora, una battuta d'arresto.

L'effetto più immediato consiste nel fatto che la legge viene «detronizzata»⁴⁶³ e la funzione di garanzia passa dal legislatore al giudice⁴⁶⁴. L'indebolimento dell'edificio penalistico è segnato, inoltre, dalla stessa legislazione costituita da un profluvio di leggi, il cui linguaggio risulta sempre meno improntato a precisione, e da un diritto penale utilizzato a strumento della politica⁴⁶⁵. L'intervento della giurisprudenza in funzione suppletiva pone, poi, in discussione il principio di prevedibilità anteriore al fatto commesso⁴⁶⁶, in quanto la disposizione viene spesso costruita in modo generico e vago, di talché gli stessi comportamenti che imprimono il disvalore penale non sono precisamente

⁴⁶² P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, II ed., Milano, 2005.

⁴⁶³ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, 132.

⁴⁶⁴ G. ZACCARIA, *Una "nuova" legalità penale tra testo e interpretazione*, in *Sist. pen.*, 12/2022, 13.

⁴⁶⁵ Sull'adozione attraverso atti delegati o delegazione d'urgenza e sul ruolo protagonista svolto dal governo, fonte di tensioni con il *nullum crimen*, nonché sul conseguente rischio di incappare nelle maglie della giustizia penale cfr. V. MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione". Progetti e nuovi codici penali in Francia, Italia, Spagna e Inghilterra*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1995, 764; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'intelligenza penale*, Bologna, 1990, 11. L'A. evidenzia come nell'ordinamento sia difficile rinvenire condotte che possano dirsi «con certezza estranee all'area di operatività del diritto penale», di talché «il diritto penale perde [...] il carattere di frammentarietà per diventare onnicomprensivo, totalizzante».

⁴⁶⁶ L'espansione del potere giudiziario in campo penale è evidenziata da L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, 51 ss, 161 ss; M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, 9 ss.

circoscritti, con ciò rischiando che il principio di legalità risulti, in sostanza, vuoto. Invero, una disposizione formulata in modo impreciso, indeterminato, oscuro rende labile la demarcazione tra lecito e illecito penale, rendendo difficoltoso agire all'interno del perimetro sintattico e semantico non ben delineato dal legislatore. Questo paesaggio giuridico – costituito da una legislazione frammentaria, disorganica e pletorica⁴⁶⁷ – incide sul principio di legalità e questo, se da un lato, delegittima la figura del legislatore, dall'altro, accentua lo spazio di discrezionalità del giudice.

Si è osservato, inoltre, che l'incremento del diritto eurounitario costituisce un fattore ulteriore di indebolimento del paradigma della legalità, posto che il diritto penale – da sempre considerato proiezione della sovranità statale – è chiamato a confrontarsi con una dimensione transnazionale, privando il legislatore nazionale del suo monopolio⁴⁶⁸. Il principio del *nullum crimen* viene, così, interessato da una doppia tensione, interna e sovranazionale.

Il tema nevralgico, cui si è dato conto nelle pagine che precedono, è il connubio tra la logica formale e quella sostanziale dei sistemi di *common law* improntati a un ideale di *rule of law* fatto di conoscibilità e accessibilità e segnato dalla valorizzazione del precedente⁴⁶⁹. Da questa impostazione discende il tema

⁴⁶⁷ Sul punto, C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

⁴⁶⁸ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36/2007, II, 1298; L. SIRACUSA, *La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo*, in F. VIOLA (a cura di), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012, 11-138; S. SANCHEZ, *Sullo stato della legalità penale*, in A.M. STILE – S. MANACORDA – V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 181 ss.

⁴⁶⁹ Sul tema della prevedibilità della decisione, v. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013, 159 ss.; EAD, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, 11 ss.; M.G. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Cedu*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 102-111; D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 45-54; P. FERRUA, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto «vigente» e diritto «vivente»*, in *Cass. pen.*, LVII, settembre 2017, 3006-

della prevedibilità delle decisioni, che si lega a doppio filo con l'affidamento circa le interpretazioni che la stessa giurisprudenza farà di un dato precetto.

Posto che nei differenti ordinamenti di *common law* e di *civil law* l'incriminazione possa avere – e di fatto abbia – un'origine sia legislativa che giurisprudenziale, si ricava che nell'ordinamento italiano l'accezione della c.d. nuova legalità deve intendersi vestita del modello formale, ma altresì arricchita – secondo la tradizione europea – dell'abito sostanziale.

Conservando le lenti della comparazione nell'ambito del sistema multilivello, è apparso utile proseguire l'analisi dei recenti orientamenti del giudice costituzionale, i quali esprimono una più viva attenzione nei confronti della garanzia della riserva di legge in materia penale. A seguito della transizione verso un nuovo paradigma per la nomofilachia, rimane da chiedersi se sia da rivalutare la distinzione tra *ius superveniens* e diritto giurisprudenziale. Sul punto, la posizione della Consulta è granitica.

Passata in rassegna la giurisprudenza fondamentale in materia, (la parabola con cui la Corte costituzionale trae la legalità della legge dal baratro per ridarle dignità inizia con la sent. n. 230/2012, esplode nella vicenda *Taricco* con la sent. 115/2018, viene ribadita in termini sostanzialmente analoghi nelle decisioni nn. 24 e 25 del 2019 e trova sublimazione nella n. 98 del 2021 in tema di analogia⁴⁷⁰), si può agevolmente osservare come tutte le citate pronunce convergono, con chiaro nitore, nel senso di ritenere fondamentale il valore della testualità e della correlata precisione linguistica degli enunciati normativi.

Cionondimeno, questi principi devono fare i conti con la giurisprudenza della Corte Edu secondo la quale sarebbe impossibile – e neppure auspicabile – una precisione assoluta della fattispecie penale, atteso che una siffatta assolutezza ingabbierrebbe la norma in una dimensione spazio-temporale limitata impedendo alla stessa di potersi adattare ai mutamenti sociali. «Pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione

3015; G. UBERTIS, *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2013, 863-866.

⁴⁷⁰ Cfr. V. MAIELLO, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, cit., 121.

di legge, ivi compresa una disposizione penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria»⁴⁷¹. Al formante giudiziario bisogna, dunque, riconoscere il pregio, da un lato, di rimuovere le incertezze semantiche e, dall'altro, di adeguare la legislazione ai bisogni mutevoli della società⁴⁷².

Significativo è che tali orientamenti siano contemporanei alla crescente percezione, da parte della cultura giuridica nazionale, del rilievo e degli effetti delle pronunce europee sul tema della prevedibilità delle decisioni giudiziali. Si rende evidente, in tal modo, la connessione tra i due profili della legalità, quella dettata a livello europeo e quella di rango costituzionale. Da questo nesso emerge la consapevolezza che la garanzia europea non si pone in contrapposizione a quella dettata dalla Carta costituzionale, piuttosto si mostra necessaria a rendere effettiva e tangibile quest'ultima. Si evidenzia, ancora, che la connessione è di tipo biunivoco. Si coglie, difatti, sull'altro versante, come anche la realizzazione della legalità europea sia influenzata dalle pronunce del giudice costituzionale che, in modo ancor più rigoroso, si muove verso il rispetto della riserva di legge e delle sue declinazioni⁴⁷³.

In ragione di tali premesse, si è avuto modo di ragionare intorno alla crisi della penalistica moderna, alla necessità di fare i conti con le trasformazioni del diritto attuale, nonché di ripensare i principi di origine illuministico-liberale, ossia legalità, tassatività, vincolatività del giudice alla legge, i quali mostrano, allo stadio attuale, di non reggere nei termini in cui erano stati pensati.

Nella ricerca, è parsa convincente la riflessione che mira a una ricostruzione dei surriferiti principi a partire dal riconoscimento alla giurisprudenza del ruolo di formante del diritto, mantenendo purtuttavia fermo quel valore che si pone come

⁴⁷¹ Corte Edu, G.C., 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 100, precisa la Corte che necessiterà «sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione».

⁴⁷² In argomento, si rinvia a F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in S. TORDINI CAGLI (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità. Un esempio emblematico: il disastro ambientale*, Bologna, 2017, 36.

⁴⁷³ E. LUPO, *Prospettive della legalità penale*, cit., 110.

substrato dell'intero lavoro, ossia «garantire che l'imputato non venga sorpreso da punizioni che nessun uomo ragionevole poteva prevedere»⁴⁷⁴.

Asserita la fisiologica discrezionalità dell'interprete in ambito penale conseguente al declino del principio di legalità, si è evidenziato il discrimine, che deve sempre essere tenuto a mente, tra interpretazione all'interno dello spazio semantico del testo⁴⁷⁵ e interpretazione che prescinde il testo⁴⁷⁶ determinando salti dal testo al contesto⁴⁷⁷. Al fine di scongiurare fenomeni di questo tipo, è apparso quanto mai importante tracciare i confini allo spazio di discrezionalità. In questa direzione, si è osservato il progressivo avvicinarsi dei sistemi di *common law* con quelli di *civil law*, specie nel richiamo al vincolo del precedente. In particolare, partendo dalla considerazione secondo cui il diritto vivente si erge sulle sabbie mobili dello *stare indecisis*⁴⁷⁸, è stato osservato come l'art. 618, comma 1-*bis* c.p.p. abbia introdotto un vincolo “debole” del precedente che, valorizzando il dialogo tra Sezioni semplici e Sezioni unite in merito al principio di diritto, contribuisce al contenimento di questo *status*.

Ad una visione negatrice dell'ampiezza della discrezionalità interpretativa nell'applicazione del diritto – che corrisponde al prototipo garantista⁴⁷⁹ - si contrappone il filone che sostiene che la creazione non è mai creazione *ex nihilo*,

⁴⁷⁴ W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto*, in *Ars Interpretandi*, 1997, 186.

⁴⁷⁵ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 27 ss., 58 ss.

⁴⁷⁶ F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 531 ss.

⁴⁷⁷ Così, O. DI GIOVINE, «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Quest. giust.*, 4/2018, 59.

⁴⁷⁸ F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “malalegalità”, dintorni*, cit., 225.

⁴⁷⁹ L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars Interpretandi*, V/2016, n. 2, 23-43. L'A. ripropone una versione tradizionale che, rafforzando il garantismo, si ispira al giuspositivismo e intende la creatività della giurisdizione come programmaticamente illegittima poiché in contrasto con i principi di legalità e separazione dei poteri. V. anche M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale tra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44, 2015, Tomo I, 101, in cui si evidenzia come l'Illuminismo giuridico ancora oggi alimenta l'idea (fallace) che la certezza del diritto si possa raggiungere con una sempre nuova legislazione.

ma essa si sviluppa sempre in osservanza della disposizione che ne fa da cornice e, dunque, da argine⁴⁸⁰. Potrà, allora, mutare la sfumatura di contenuto tra i possibili significati associabili all'enunciato, ma il rispetto della cornice della fattispecie non può, in alcun caso, bypassarsi. In questa ottica, interpretazione non è creazione, ma perfezionamento.

Nella ricerca di un nuovo equilibrio che congiunga il legislatore e il potere giudiziario, gli aspetti della legalità in punto di tassatività sono stati indagati dalla prospettiva della Corte costituzionale e non stupisce, anzi appare quanto mai sintomatica, la ritrosia del giudice delle leggi nel dichiarare l'incostituzionalità per insufficiente determinatezza. D'altronde, porre rimedio all'oscurità e ambiguità non è compito della giurisprudenza, essendo questa, invece, rivolta a interpretare un percorso tracciato attraverso scelte razionali scelse da soggettivismi⁴⁸¹.

Si osserva, al riguardo, che l'attribuzione al potere giudiziario del compito di conformazione costituzionale delle norme viene principiata dalla sentenza n. 356 del 1996 che reca con sé «il manifesto della *nouvelle vague*»⁴⁸² enucleato dall'argomento secondo cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali [...], ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»⁴⁸³.

Nel delineato panorama, tornano attuali le riflessioni secondo cui l'impostazione oltremodo individualistica del rapporto giudice-legge implica l'opportunità di rifuggire da letture dell'art. 101, secondo comma, Cost. che immaginano il giudice solo di fronte alla legge, del tutto libero di interpretare la legge a prescindere da come questa sia stata in passato interpretata da altri giudici⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., 12.

⁴⁸¹ P. SCEVI, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, cit., 79.

⁴⁸² In questi termini, V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, cit., 30.

⁴⁸³ Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 356. In prospettiva penalistica, si veda G. INSOLERA, *Oltre il giardino*, in *Ind. pen.*, 2018, 1, 5; ID., *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 2001 ss. L'A. ripone l'attenzione sulla necessità di considerare le disposizioni che il diritto vivente applica analogicamente, ponendo oltre il testo.

⁴⁸⁴ F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 19 gennaio 2021, 18.

Ripristinato in questi termini il ruolo della giurisprudenza, nel panorama attuale si assiste a uno spostamento del baricentro del principio di legalità verso l'esigenza non solamente di conoscibilità e accessibilità del precetto, ma altresì di prevedibilità della legge e delle sue conseguenze sanzionatorie, ponendo così in primo piano il diritto fondamentale di autodeterminazione della persona. Del resto, è proprio questo il diritto che fa da sfondo alla calcolabilità del rischio penale, un principio che potrà dirsi garantito solo laddove convergano entrambe queste due esigenze: da un lato, innalzare la qualità della formulazione legislativa riportando il parlamento al centro della politica criminale, al fine di assicurare il *nullum crimen* ai parametri penalistici; dall'altro, garantire la stabilità del precedente rispettando, al contempo, i presidi a livello costituzionale.

Il prodotto giudiziario, se tenuto in seria considerazione da ogni giudice, è in grado di garantire, insieme alla legge, la sua fondamentale funzione di indirizzo delle decisioni dei giudici in futuro e rispondere a tre esigenze fondamentali: assicurare l'uniformità dell'applicazione del diritto, garantire la parità di trattamento tra i consociati e, infine, consentire a questi ultimi di antivedere le conseguenze giuridiche della propria condotta. Legge e giurisprudenza non sono monadi a sé stanti, ma, nel ripristino della funzione del sistema penale, esse agiscono *in tandem* verso un comune obiettivo.

Dai rilievi sin qui svolti – anzitutto in prospettiva teorica, poi in prospettiva pratica, seguita dalla prospettiva comparatistica – appare evidente l'esigenza di una rimodulazione, anche di tipo culturale, dei ruoli svolti dal legislatore e dalla giurisprudenza. Quanto alla legge, occorre ripristinare il piano della tassatività-tipicità del comando normativo informando le fattispecie limitative della libertà alla chiarezza e alla lungimiranza. Dall'altro lato, a una “cultura di principi e regole” indirizzata al legislatore – i cui fari nella notte siano i principi di *ultima ratio* e di offensività – deve affiancarsi una “cultura del precedente”, nel disegno sopra delineato, a cui vincolare deontologicamente il potere giudiziario, sicché da tale simbiosi ne esca rafforzata la stessa “cultura della legalità penale”.

Il rilievo della «crisi o crepuscolo del principio di legalità»⁴⁸⁵ disvela, inoltre, una involuzione dell'*ars legiferandi*, oggi relegata a un noncurante tecnicismo nella formulazione delle proposizioni, oltre che un regresso della tassatività non disgiunta da una parallela tendenza gius-creativa della giurisprudenza⁴⁸⁶.

A riprova di quanto sostenuto, il lavoro si chiude con una prospettiva che guarda alle tecniche di redazione della norma penale. Nell'esaminare il principio di tassatività e di precisione della norma penale, assume particolare rilievo la recentissima introduzione, ad opera del Governo in carica, della norma volta al contrasto dei c.d. *rave party* e l'*iter* segnato dalla sua formulazione, revisione e risistemazione nel Codice penale.

Giunti a questo punto, è parso utile spingere l'analisi e considerare, altresì, le regole di redazione delle norme, a guisa di leva che affini l'attività redazionale. Mentre la valorizzazione dell'opera nomofilattica, difatti, rinsalda il predominio del formante giurisprudenziale, un processo che coinvolga l'opera di tipizzazione delle fattispecie incide direttamente sulla determinatezza, l'anticamera del momento interpretativo.

⁴⁸⁵ In questi termini, P. SCEVI, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, cit., 5.

⁴⁸⁶ Su come la funzione creativa della giurisprudenza abbia ulteriormente contribuito alla crisi della legalità, si veda A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 37.

BIBLIOGRAFIA

ADAMI, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e in particolare nei reati associativi*, in *Cass. pen.*, 1997.

ALETRAS N. – TSARAPATSANIS D. – PREOTIUC D. – LAMPOS V., *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science*, 2016.

AMALFITANO C. – O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien...ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Riv. Dir. comp.*, 5 giugno 2018.

AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 1, 2014.

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

ANGIONI F., *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio, Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18- 20 maggio 1995)*, Torino, 1998.

ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003.

ANTOLISEI F., *Il problema del bene giuridico (1940)*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955.

BARATTA A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?* in AA. VV., *La bilancia e la misura. Giustizia sicurezza riforme*, (a cura di) S. ANASTASIA e M. PALMA, Milano, 2001.

BARATTA A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale: aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966.

BARBERIS M., *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015.

BARBERIS M., *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale tra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015.

BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.

BASILE F., *Intelligenza artificiale e diritto penale: qualche aggiornamento e qualche nuova riflessione*, in G. BALBI – F. DE SIMONE – A. ESPOSITO – S. MANACORDA (a cura di), *Diritto penale e intelligenza artificiale. “Nuovi scenari”*, Torino, 2023.

BASILE F., *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. uomo*, 29 settembre 2019.

BASILE F., *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2018.

BASILE F., *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, ed. Harlem, 1766, (a cura di) F. VENTURI, Torino, 1981.

BENASAYAG M., *La tirannia dell'algoritmo*, Vita e Pensiero, Milano, 2020.

BERTOLINO M., *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell'efficienza*, in C.E. PALIERO – F. VIGANÒ – F. BASILE – G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018.

BELFIORE E., *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

BELING E., *Il significato del principio «nulla poena sine lege poenali» nella determinazione dei concetti fondamentali del diritto penale*, in *Giust. Pen.* 1931.

BERNARDI A., *Articolo 7 – Nessuna pena senza legge*, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

BERNARDI, A. “*Riserva di legge*” e fonti europee in materia penale, in *Annali dell'Università di Ferrara*, sez. V, vol. XX, 2006.

BETTIOL G., *Il problema penale* (1948), in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966.

BIGNAMI M., *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in *Forum costituzionale*, 2012.

BIN R., *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 13 novembre 2017.

BIONDI G., *Le Sezioni unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte Edu De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159/2011: luci e ombre di una sentenza attesa*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017.

BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1951.

BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950.

BONELLI A., *Le reazioni al nuovo decreto sui rave party: “Norma liberticida, a rischio diritto di protestare”*, a cura di GIRARDI A., in *fanpage*, 1 novembre 2022.

BORSARI R., *Intelligenza artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *www.medialaws.eu*, 3/2019.

BRICOLA, voce *Teoria generale del reato* (1973), in S. CANESTRARI – A. MELCHIONDA, (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I, Milano, 1997.

BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di delega italiano*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996.

BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitati alla fine degli anni '70*, in *Quest. Crim.* 1980.

BRICOLA F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della l. 22 maggio 1975, n. 152)*, in *La questione criminale*, 1975.

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale, I, Nozioni ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965.

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

CADOPPI A., voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Digesto/pen.*, Torino, 2016.

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale, Parte Generale, III*, Padova, 2007.

CADOPPI A., *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione*, in Id. (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996.

CAIANELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2017.

CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche, I*, Roma, 2019.

CALAMANDREI P., *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche, III*, Napoli, 1968.

CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 2008, rist. an. 1959.

CANZIO G., *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in *Sistema Penale*, 12/2022.

CANZIO G., *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *Cass. pen.*, 3, 2021.

CANZIO G., *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *Sistema Penale*, 08 gennaio 2021.

CANZIO G., *Il dubbio e la legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

CAPPELLINI A., *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Discrimen*, 27 marzo 2019.

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

CARRER S., *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 4/2019.

CASONATO C., *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. publ. comparato ed europeo*, 2019.

CASTELLETTI L. – RIVELLINI G. – STRATICÒ E., *Efficacia predittiva degli strumenti di Violence Risk Assessment e possibili ambiti applicativi nella psichiatria forense e generale italiana*, in *Journal of Psychopathology*, 2014.

CASTELLI C. – D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Quest. giust.*, n. 4/2018.

CASTRONUOVO D., *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. giust.*, 4/2018.

CATERINI M., *Il giudice penale robot*, in *Legisl. pen.*, 19 dicembre 2020.

CATTANEO M.A., *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.

CAVALIERE A., *L'art. 5 D.L. 31 ottobre 2022 n. 162: "tolleranza zero contro le "folle pericolose" degli invasori di terreni ed edifici*, in *rivistacriticadeldiritto.it*, 2 novembre 2022.

CIVININI M.G., *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Cedu*, in *Quest. giust.*, 4/2018.

COLLOCA C., *La polisemia del concetto di crisi: società, culture, scenari urbani*, in *Società mutamento politica*, 2010.

CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2020.

CONSULICH F., *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in *Legislazione penale*, 18 marzo 2019.

CONTENTO G., *Interpretazione estensiva ed analogia*, in AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991.

CONTISSA C. – LASAGNI G. – SARTOR G., *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Riv. trim. Diritto di Internet*, n. 4/2019.

CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica. Tomo I: I delitti di comune pericolo mediante violenza*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale - Parte speciale*, diretto da Marinucci e Dolcini, Padova, 2003.

CORSO G., *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979.

COSTANZI C., *La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, in *Quest. giust.*, n. 4/2018.

CRISAFULLI V., *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.

CUPELLI C., *La Corte costituzionale chiude sul caso Taricco e apre a un diritto penale "europeo" certo*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2018.

CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.

D'ASCOLA V.N., *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova"*, Reggio Calabria, 2008.

DE FRANCO R.G., *Voce Riserva di legge*, in *Nov. Dig. It.*, XVI, UTET, Torino, 1969.

DE BLASIS S., *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen., cont.*, 4/17.

DELITALA G., *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976.

DELMAS – MARTY M., *Le flou u droit*, Paris, 2004.

DI GIOVINE O., *Il Judge-bot e le sequenze giuridiche in materia penale. AI e stabilizzazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 3, 2020.

DI GIOVINE O., «*Salti mentali*» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Quest. giust.*, 4/2018.

DI GIOVINE O., *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in AA.VV. (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016.

DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015.

DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013.

DI GIOVINE O., *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 5 novembre 2012.

DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011.

DI GIOVINE O., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2011.

DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

D'ASCOLA V.N., *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004.

DONINI M., *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni “punitive” della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2018.

DONINI M., *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018.

DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

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.*, 1/2016.

DONINI M., *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2016, 5.

DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014.

DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2013.

DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.

DONINI M., *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, in M. DONINI - M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

DONINI M., *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale. “D”*, in *Foro it.*, vol. V, 1998.

DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.

DUTTGE G., *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Mohr Siebeck, 2001.

ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, traduzione di Baratta, Milano, 1970.

- ENGISCH K., *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Mezger*, 1954.
- ESCHELBACH R. – KREHL C., *Art. 103 Abs. 2 GG und Rechtsanwendung*, in *FS für W. Kargl*, Berlin, 2015.
- ESPOSITO A. – ROMEO G., *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Padova, 1995.
- FABIANI E., voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano 2012.
- FALLONE A., *Il principio di tassatività nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. merito*, 2008.
- FASSIN D., *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018.
- FASSÒ G., *Il giudice e la realtà sociale*, in *Società, legge e ragione*, Milano, 1974.
- FARAGUNA P., *Roma locuta, Taricco finita*, in *Riv. Dir. comp.*, 5 giugno 2018.
- FERGUSON A.G., *Illuminating Black Data Policing*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2018.
- FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars Interpretandi*, V/2016.
- FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.
- FERRUA P., *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto «vigente» e diritto «vivente»*, in *Cass. pen.*, LVII, settembre 2017.
- FEUERBACH A., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des Positive Peinlichen Rechts, II*, Chemnitz 1800, r.a. Aalen 1973.
- FIANDACA G. – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VIII ed., Bologna, 2019.
- FIANDACA G., *La tormentata vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Leg. Pen.*, 2003.

FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011.

FIDELBO G., *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Sist. Pen.*, 12/2022.

FINOCCHIARO G., *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019.

IORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

IORE C., *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994.

IORELLA A., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018,

IORELLA A., *Voce Reato in generale (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987.

FLICK G.M., *Il principio di legalità: variazioni sul dialogo fra Corte di Giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014.

FLICK G.M., *Parere pro-veritate sulla riconducibilità del c.d. disastro ambientale all'art. 434 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1/2015.

FORZATI F., *Gli equilibrismi del nuovo art. 434 bis c.p. fra reato che non c'è, reato che già c'è e pena che c'è sempre*, in *Arch. pen.*, 3/2022.

GABORIAU S., *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*, in *Quest. giust.*, 4, 2018.

GADAMER H.G., *Verità e metodo* (1960), Milano, 1983.

GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”*: tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimite e implicita negazione dell’effetto diretto, in *European papers*, Vol. 3, 2018.

GALLO M., *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, 2017.

GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969.

GAMBARDELLA M., *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in *Sistema penale*, 29 luglio 2020.

GARGANI A., *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in *Legisl. pen.*, 3 febbraio 2020.

GARGANI A., *La punizione del fatto non ancora previsto dalla legge come reato: dinamiche della tipicità tra diritto vivente e principi di garanzia*, in G.A. DE FRANCESCO – A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche, Atti del Convegno di Pisa (8-9 maggio 2015)*, Milano, 2017.

GATTA G.L., *Da ‘spazza–corrotti’ a ‘basta paura’*: il decreto–semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell’abuso d’ufficio, approvata dal Governo ‘salvo intese’ (e la riserva di legge?), in *Sistema penale*, 17 luglio 2020.

GATTA G.L., *Riforma dell’abuso d’ufficio: note metodologiche per l’accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sistema penale*, 2 dicembre 2020.

GIALUZ M., *Quando la giustizia penale incontra l’intelligenza artificiale: luci e ombre dei Risk Assessment Tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2019.

GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, II ed., Torino, 2021.

GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “malalegalità”, dintorni*, Pisa, 2019.

- GIUNTA F., *I contorni del “disastro innominato” e l’ombra del “disastro ambientale” alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. Cost.*, 2008.
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010.
- GRASSO P.G., *Il principio «nullum crimen sine lege» nella costituzione italiana*, Milano, 1972.
- GRENCI E., *Rei di “rave”*, in *Diritto di difesa*, 5 novembre 2022.
- GREVI V., *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Milano, 1976.
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, II ed., Milano, 2005.
- GUASTINI R., *Questioni di tecnica legislativa*, in *Le Regioni*, 1985.
- HASSEMER W., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto*, in *Ars Interpretandi*, 1997.
- HASSEMER W., *Tatbestand und Typus*, Köln – Berlin – Bonn – Muenchen, 1968.
- HOBBS T., *Il Leviatano*, Torino, 1955.
- IACOVIELLO F.M., *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. pen.*, 2001.
- ILLUMINATI G., *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, 1979.
- INSOLERA G., *Oltre il giardino*, in *Ind. pen.*, 2018.
- INSOLERA G., *Dall’imprevedibilità del diritto all’imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016.
- INSOLERA G., *Il diritto penale complementare*, in U. CURI – G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002.
- INSOLERA G., *Il concorso esterno in delitti associativi: la ragione di stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995.
- IPPOLITO D., *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, 2016.

IRTI N., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, n. 4/5,

IRTI N., *L'Età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999.

ITZCOVICH G., *Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31/2, 2001.

JAKOBS G., *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985.

KAUFMANN A., *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe, 1965.

KOSTORIS R.E., *Predizione decisoria, diversione processuale e archiviazione*, in *Sistema penale*, 2021.

LANZI M., *Error iuris e sistema penale*, Torino, 2018.

LARIZZA S., *Cesare Beccaria e il principio di stretta necessità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4.

LAURITO A., *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *Arch. pen. web*, 2/2017.

LEO G., *Un altro passo in avanti delle Sezioni unite verso la definizione dell'istituto*, in *Guida dir.*, 2003.

LEO G., *Concorso esterno nei reati associativi*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017.

LICCI G., *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989.

LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, Roma, 1942.

LOSAPPIO G., *La riforma del diritto penale. Codice e leggi penali speciali*, in *Indice pen.*, I, 2003.

- LUCIANI M., *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018.
- LUCIANI M., *Intelligenti pauca, Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017.
- LUPO E., *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale*, 12/2022.
- MACCHIA A., “*Concorso esterno*”. *Storia di una creazione giurisprudenziale*, in *Dir. e giust.*, 2003.
- MAIELLO V., *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, in *Sist. Pen.*, 12/2022.
- MAIELLO V., *Il cantiere sempre aperto del concorso esterno*, in *Sist. pen.*, 22 febbraio 2021.
- MAIELLO V., *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sist. pen.*, 3/2020.
- MAIELLO V., *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2020.
- MAIELLO V., *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. it.*, 2015.
- MAIELLO V., *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009.
- MALINVERNI A., *Lo studio del diritto penale*, in *Temi*, 1963.
- MANACORDA S., *Dalla giustizia “bendata” a quella veggente”: rilievi di sintesi sulla garanzia della prevedibilità nel fatto illecito*, in F. CENTONZE – S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, 2021.
- MANES V., *Decreto rave, il giurista: “Pene alte e riferimenti generici: provvedimento scritto male”*, intervista a G. Rossi, *quotidiano.net*, 2 novembre 2022.

MANES V., *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *Discrimen*, 15 maggio 2020.

MANES V., *Taricco, finale di partita*, in C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018.

MANES V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2017.

MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017.

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

MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, in *Giur. cost.*, 2012.

MANES V., *Commento all'art. 7, § 1, Cedu*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.

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

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

MANNA A., *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019.

MANNA A., *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017.

MANNA A., *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in *Arch. Pen.*, 2017.

MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte generale*, XI ed., Padova, 2020.

MANTOVANI F., *Principi di diritto penale*, II ed., Padova, 2007.

MARINI E., *Rave party e non solo. Considerazioni sparse sul nuovo art. 434-bis c.p.*, *rgaonline.it*, 1 dicembre 2022.

MARINI G., «*Nullum crimen, nulla poena sine lege*», in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.

MARINO, G. *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016.

MARINUCCI G., *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in AA. VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, (a cura di) S. Moccia, I, Napoli, 2002.

MARINUCCI G.– E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2021.

MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Corso di diritto penale, 1. Le fonti. Il reato: nozione struttura e sistematica*, Milano, 2001.

MASSARO A., *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020.

MASSARO A., *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giur. pen.*, 3/2017.

MATTHEUDAKIS M., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali della materia penale*, Bologna, 2020.

MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di "qualità della legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017.

MAZZACUVA F., *Art. 7*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Torino, 2022.

MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

MAZZACUVA F., *Le persone pericolose e le classi pericolose*, in S. FURFARO (a cura di) *Misure di prevenzione*, Torino, 2013.

MC CARTHY J. – MINSKY M.L. – ROCHESTER N. – SHANNON C.E., *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 1955, www-formal.stanford.edu.

MENDITTO F., *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2017.

MILITELLO V., *La "lotta" alla criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2020.

MILITELLO V., *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014.

MILITELLO V., *Sicurezza e diritto penale: nuovi sviluppi in Italia*, in *Gedächtnisschrift zu Ehren von Prof. Dr. C. Dedes*, Athen, 2013.

MILITELLO V., *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione". Progetti e nuovi codici penali in Francia, Italia, Spagna e Inghilterra*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1995.

MITTERMAIER K.J.A., *Über Analogie im Strafrecht*, in *Schw. Z. Str.*, 1948.

MOCCIA S., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018.

MOCCIA S., *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.

MONTESQUIEU L., *L'Esprit des lois* (n. 9), L. XI, c. 3, Paris, 1832–1833.

NAPPI A., *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo a un'indagine sistemica*, Napoli, 2020.

NATALE A., *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile?*, in *Quest. giust.*, n. 4/2018.

NAUCKE W., *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza, illustrazione con intento critico*, in M. DONINI - M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

NAUCKE W., *Strafrecht: eine Einführung*, Metzner, 1975.

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

NISCO A., *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema penale*, 20 novembre 2020.

NISCO A., *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Archivio penale web*, 2017.

NUVOLONE P., voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Varese, 1976.

OST F., *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Torino, 2013.

PADOVANI T., intervista a E. Antonucci, *La norma anti-rave? Un caso di analfabetismo legislativo. Parla Tullio Padovani, Il Foglio*, 1 novembre 2021.

PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020.

PADOVANI T., *Diritto Penale*, XII ed., Milano, 2019.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, V. MILITELLO - M. PARODI GIUSINO - A. SPENA (a cura di), IX ed., Milano, 2020.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003.

PAGLIARO A., *Legge penale: principi generali*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1040 (ora in *Scritti 1956-2008*), vol. III.

PAGLIARO A., *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964.

PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.

PAIUSCO S., *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, Baden, 2021.

PALAZZO F., *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 3/2022.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2011.

PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36/2007.

PALAZZO F., voce *Legalità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, dir. da S. Cassese, Milano, 2006.

PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale, significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006.

PALAZZO F., *Tra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.

PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.

PALAZZO F., *Sulle funzioni delle norme definitorie*, in A. CADOPPI (a cura di) *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996.

PALAZZO F., voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993.

PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza–tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991

PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Cass. pen.*, 1987.

PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979.

PALAZZO F., *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974.

PALIERO C.E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, II, 2014.

PALIERO C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994.

PALIERO C.E., «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

PAPIER H.J. – MÖLLER J., *Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung*, in AOR, 2/1997.

PARODI C. – SELLAROLI V., *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2019.

PARODI GIUSINO M., *Nodi problematici in tema di fonti del sistema penale*, in *Indice penale*, 2002.

PECES-BARBA MARTÍNEZ G., *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993.

PELISSERO M., *I destinatari delle misure praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2017.

PELLICCIA R., *Polizia predittiva: il futuro della prevenzione criminale?*, in www.cyberlaws, 9 maggio 2019.

PERIN A., *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Legisl. pen.*, 23 agosto 2020.

PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019.

PERRONE D., *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra resistenze ermeneutiche e istanze garantistiche*, in *Leg. Pen.*, 13 marzo 2017.

PINO, *Legalità penale e Rule of Law*, in G. PINO – V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016.

PIERGALLINI C., *Intelligenza Artificiale: da “mezzo” a “autore” del reato?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2020.

PINO G., *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013.

PISANI N., *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021.

- PITRUZZELLA G., *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in G. PITRUZZELLA – O. POLLICINO – M. BASSINI (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019.
- PIZZORUSSO A., *Cassazione e diritto vivente*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 376.
- POGGI F., *Il diritto meccanico. La metafora del diritto come macchina e i suoi limiti*, in *Dir. quest. pubbl.*, 9/2009.
- POLLICINO O. – SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *Forum cost.*, 2010.
- PRITTWITZ C., *La concorrenza diseguale tra sicurezza e libertà*, M. DONINI - M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.
- PULITANÒ D., *Sicurezza e diritti. Quale ruolo per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019.
- PULITANÒ D., *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2017.
- PULITANÒ D., *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2016.
- PULITANÒ, D. *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015.
- PULITANÒ D., *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009.
- PULITANÒ D., *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2006.
- PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- QUATTROCOLO S., *Artificial Intelligence. Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, Springer, Berlin, 2020.
- QUATTROCOLO S., *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in www.lalegislazionepenale.it, 18 dicembre 2018.

QUATTROCOLO S., *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Italo-Espanola de Derecho Procesal*, 2019.

QUATTROCOLO S., *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, in *Cass. pen.*, 2019.

RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994.

RISICATO L., *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *disCrimen*, 16 luglio 2021.

ROCCA G. – CANDELLI C. – ROSSETTO I.– CARABELLESE F., *La valutazione psichiatrico forense della pericolosità sociale del sofferente psichico autore di reato: nuove prospettive tra indagine clinica e sistemi attuaria- li*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 4, 2012.

ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913.

ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011.

ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale – Art. 1-84*, III ed., Milano, 2004.

ROMANO M., *Repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1974.

RONCO M., *Rave party e risposta penale*, in *centrostudilivativo.it*, 2 novembre 2022.

RONCO M., *Il principio di legalità*, in *Id.* (a cura di), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2006.

RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.

RORDORF R., *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, V, 2017.

RORDORF R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006.

ROSS A., *La definizione del linguaggio giuridico*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.

ROXIN C., *Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit, im deutschen Strafrecht*, in E. HILGENDORF (Hrsg.), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, Tübingen, 2013.

ROXIN C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, I, München*, 2006.

RIGA RIVA C., *Indietro (quasi) tutta. Sulla nuova fattispecie di invasione di terreni o edifici altrui pericolosa per la salute o incolumità pubblica*, in *Sist. pen.*, 10 gennaio 2023.

RUGA RIVA C., *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i “rave party” (e molto altro)*, in *Sist. pen.*, 3 novembre 2022.

RUGGERI A., *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta online*, 3 settembre 2018.

RUGGERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, in *Consulta online*, 1/2017.

RUGGIERO G., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Lineamenti generali*, vol. 1, Napoli, 1965.

RULLI E., *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2018.

RUOTOLO M., *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Quest. Giust.*, 22 ottobre 2018.

SANCHEZ S., *Sullo stato della legalità penale*, in A.M. STILE – S. MANACORDA – V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015.

SANTANGELO A., *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022.

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.

SCEVI P., *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Torino, 2022.

SCODITTI E., *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in *Quest. Giust.*, 4/2018, 34.

SEARLE J.R., *Minds, brains and programs*, in *Behavioral and Brain Sciences*, 1980.

SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'intelligenza penale*, Bologna, 1990.

SICURELLA R., *General principles for a common criminal law framework in the Eu. A guide for legal practitioners*, Milano, 2017.

SIMÒN CASTELLANO P., *Giustizia algoritmica e neurodiritti nel sistema penale*, in *Diritto penale e uomo*, 20 ottobre 2021.

SIRACUSA L., *La spada penale trafigge i rave party. Osservazioni attorno al nuovo reato di "Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi (art. 434 bis c.p.)"*, in *Giustizia insieme*, 6 dicembre 2022.

SIRACUSA, *La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo*, in F. VIOLA (a cura di), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012.

SOTIS C., *"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu*, in *Quest. Giust.* 4/2018.

SOTIS C., *"Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". Riflessioni su Corte costituzionale n. 24 del 2017 (caso Taricco)*, 3 aprile 2017.

SPASARI M., *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976.

SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.

STARR S.B., *Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination*, in *Stan. L. Rev.*, 2014.

STELLA F., *Giustizia e modernità, La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 2 ed., Milano, 2002.

STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973.

STORTONI L., *Relazione di sintesi*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996.

TARUFFO M., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014.

TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007.

TARUFFO M., *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991.

TRAPANI M., *Legge penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990.

TRAVERSARI A., *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, in *Quest. giust.*, 10 aprile 2019.

UBERTIS G., *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2013.

URSI R., *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022.

VASSALLI G., *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *Conferenze. Primo Corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, Torino, 1958, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, t. 2, Milano, 1997.

VASSALLI G., *Voce Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, UTET, Torino, 1994.

VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, 1982.

VELLUZZI V., *Le clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

VIGANÒ F., *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 19 gennaio 2021.

VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in S. TORDINI CAGLI (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità. Un esempio emblematico: il disastro ambientale*, Bologna, 2017.

VIGANÒ F., *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la cassazione chiude il caso contrada*, in *Dir. pen. cont.* 9/2017.

VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017.

VIGANÒ F., *Legalità “nazionale” e legalità “europea” in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. (Taricco II)”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2017.

VIGANÒ, *Le Sezioni unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla Cedu di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 13 settembre 2017.

VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO *et alii* (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, Napoli 7- 8 novembre 2014, Napoli, 2016, 213-265.

VIGANÒ F., *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2016.

VIGANÒ F., *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad attivare i 'controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015.

VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007.

VIOLA L., voce *Giustizia predittiva*, in *Enc. Giur. Treccani, Diritto online* 1/2018.

VIOLANTE L., *La crisi del giudice “bocca della legge” e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in C. GUARNIERI – G. INSOLERA – L. ZILLETTI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016.

VIOLANTE L., *Magistrati*, Torino, 2009.

VOGLIOTTI M., *La nuova legalità e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *Sistema penale*, 3, 2020.

VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Ann. VI, Milano, 2013, 4432.

WEBER M., *Economia e società*, IV, Roma, 1995.

ZACCARIA G., *Una “nuova” legalità penale tra testo e interpretazione*, in *Sist. pen.*, 12/2022.

ZAGREBELSKY G., *Diritto allo specchio*, Torino, 2018.

ZAGREBELSKY G., *La dottrina del diritto vivente*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988.

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 2/2008.

ZAGREBELSKY V., *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 1988.

ZANOTTI M., *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006.

ZANOTTI M., *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2006.

ZACCARIA G., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022.

ZACCARIA G., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012.

ZUCCALÀ G., *Sul preteso principio di necessaria offensività*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, 1984.