

Interpreti e fonti del diritto nella globalizzazione giuridica

di *Andreina Occhipinti*

Sommario: 1. Sul sistema di tutele multilivello. - 2. L'interpretazione conforme nel sistema plurimo delle fonti. - 3. Il ruolo degli interpreti oggi. - 4. Su alcuni dei più rilevanti effetti prodotti dalla globalizzazione giuridica sul piano penale e processual-penale. - 4.1. Sugli effetti prodotti dal principio di legalità convenzionale. - 4.2. Su altri effetti prodotti dal diritto europeo. - 5. Conclusioni

1. Sul sistema di tutele multilivello

Nel corso degli ultimi decenni, si è assistito ad un progressivo e graduale mutamento di prospettiva nel diritto internazionale per l'ingresso, nel proscenio della sfera dei rapporti giuridici internazionali, di specifici meccanismi di garanzia volti ad assicurare l'attuazione degli obblighi posti a carico degli Stati dalle medesime fonti pattizie internazionali, azionabili anche da parte dei singoli individui.

E' venuto a verificarsi il passaggio da un diritto dei "governanti" ad un diritto dei "governati", in quanto fondato su norme rivolte non già alla mera tutela della autonomia e sovranità degli Stati (nella loro qualità di "governanti" della comunità internazionale), bensì alla diretta protezione di alcuni fondamentali diritti dei loro "governati".

Tali meccanismi di garanzia, in nome della effettività dei diritti, hanno disvelato un ambito di efficacia diretta delle norme dell'ordinamento internazionale, previo superamento degli schemi del diritto tradizionale nel quale i singoli Stati erano i soggetti primari e in cui la protezione di eventuali diritti ed obblighi dei singoli individui poteva avvenire solamente per il tramite degli Stati e all'interno dei loro ordinamenti giuridici.

Ha preso forma, pian piano, una nuova nozione di ordine pubblico, inteso come "il distillato del sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria" delineabile attraverso la Carta di Nizza e il Trattato di Lisbona¹ e non più solamente come complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico.

In ambito europeo è maturata la consapevolezza della necessità di superare una visione del diritto legata al dogma della sovranità nazionale e di riconoscere scenari

¹ Così Cass. S.U.5 luglio 2017, n. 16601, F.I., I 2613 sul tema dei limiti derivanti dalla nozione di ordine pubblico alla riconoscibilità delle sentenze straniere.

più ampi in una nuova prospettiva trasversale ed in sintonia con i nuovi orizzonti imposti dalla globalizzazione giuridica (e prima ancora economica).

Le nuove carte e convenzioni hanno inaugurato una nuova stagione: quella dei diritti umani, anche definiti come diritti universali, pur nella consapevolezza della immanente relatività del loro ambito applicativo, trattandosi di diritti comunque condizionati nella loro effettività da una condizione di benessere materiale che, per molto tempo ancora, rimane e rimarrà appannaggio di pochi.

Nell'ultimo decennio, l'attività della Corte Europea dei diritti dell'uomo è consistita nell'assicurare una tutela multilivello dei diritti della persona attraverso il bilanciamento di contrapposte esigenze, nell'ottica di assicurare una uniformità di tutele nello spazio europeo, nel rispetto, tuttavia, delle diversità giuridiche, sociali e culturali dei singoli paesi membri, rispettivamente innervati sulle note contrapposte dei sistemi di *common law*, caratterizzati da pragmatismo, e di *civil law*, più influenzati dalla sistematicità dell'esperienza romanistico-civilistica. Il percorso è apparso, fin dall'inizio, costellato da peculiari difficoltà soprattutto in un ambito, quale quello penale, privo di una propria sistematicità giuridica per la sovrapposizione di fonti eterogenee, e ritenuto tradizionalmente appannaggio esclusivo di una sovranità giuridica nazionale.

E' ormai patrimonio cognitivo comune che l'attività della Corte negli ultimi decenni non sia passata senza lasciare segnali nella vita dei singoli ordinamenti, essendo ben visibile la traccia del suo agire, anche per l'impulso indiretto dato a modifiche costituzionali di non poco conto. Il diritto europeo ha trovato, altresì, nella Corte di giustizia il suo " motore primo" in quanto "è dalla decisione di un caso che prende forma un diritto fondamentale ed è da un gruppo di casi risolti che prende forma un principio"².

L'affermazione della "tutela multilivello" e l'irrompere delle Corti europee nell'interpretazione dei diritti sanciti dalla stessa CEDU e dalla Costituzione europea, con effetti tangibili più o meno diretti nell'interpretazione dei "diritti interni" ad essi collegati- al di là dei dubbi nutriti da taluna dottrina sulla possibile "erosione dell'effettivo ruolo riservato alla Corte Costituzionale a favore di altre giurisdizioni"³- sicuramente determina l'esigenza di "un cambio di prospettiva" e di mentalità da parte degli operatori nazionali, ovvero la necessità di adottare "l'ottica della Convenzione" e di superare "l'apparato concettuale e linguistico proprio del diritto nazionale"⁴

² In tal senso P.Grossi, Ritorno al diritto, Bari, 2015, 21

³ F. Palermo, *La produzione giuridica e i sistemi delle fonti*,842, in *Diritto Costituzionale comparato*, a cura di P.Carrozza,A.Di Giovine, G.F.Ferrari,Roma,Bari

⁴ La definizione è di Zagrebelsky, Corte Cost. n. 49 del 2015 ,in www.rivistaaic.2015 secondo il quale " se la lettura delle sentenze della Corte europea è invece fatta ricorrendo all'apparato concettuale e linguistico proprio del diritto nazionale si resta vittime di un'incomprensione e distorsione che può avere gravi conseguenze".

2. L'interpretazione conforme nel sistema plurimo delle fonti.

L'inserimento dell'ordinamento giuridico interno in un più vasto sistema concentrico ordinamentale, soggetto alle direttrici di Corti eterogenee, espressione di ordinamenti sovranazionali influenzati da regole di *common law*, impone la prioritaria esigenza di ridisegnare i confini del ruolo degli interpreti nel sistema delle fonti.

Certamente l'apertura di nuovi orizzonti applicativi, quali quelli determinati dal diritto europeo e dal diritto convenzionale, legato alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, ha condotto progressivamente ad una diversa declinazione del ruolo interpretativo rimesso alla giurisprudenza e ad interrogarsi, secondo una prospettiva di più ampio respiro, sul tema della individuazione dei reali confini del ruolo della giurisprudenza soprattutto a fronte di norme dal contenuto generale e prive di definizioni tassativizzanti.

Superata l'illusione ottocentesca del positivismo giuridico secondo la quale all'attività giurisdizionale doveva intendersi assegnata una funzione di mero accertamento, l'interrogativo risulta oggi spostato sui limiti intrinseci dell'attività interpretativa rimessa alla giurisprudenza e sulle conseguenze del superamento degli stessi limiti⁵.

Trattasi di questione di non facile individuazione se si considera che, nel corso degli anni, è venuta consolidandosi una nozione di interpretazione particolarmente attenta alla considerazione degli interessi tutelati dalla norma e al disvelamento degli stessi per mezzo di una lettura via via aggiornata attraverso lo schermo della "coscienza sociale"⁶.

Il passaggio da uno Stato di diritto ad uno Stato costituzionale di diritto, da un sistema di legalità che trovava il proprio epicentro nella legge ad un sistema di legalità costituzionale che trova il proprio perno nella Costituzione, sembra avere accentuato il ruolo ermeneutico affidato al giudice⁷ fornendo legittimazione ad

⁵ Sul punto si considerino gli sviluppi, nel novecento, del positivismo giuridico anche attraverso la sottolineatura, di kelseniana memoria, secondo la quale deve essere ravvisata una componente "produttiva" nell'attività del giudice, di *nomopoiesi*, essendo la stessa volta alla "posizione della norma giuridica individuale", a differenza dell'attività legislativa volta alla "posizione della norma giuridica generale" (Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 386).

⁶ Si veda Cass. S.U. 23.12.2014 n. 27341, in *CED Cass.2014*, sul tema della configurabilità di un possibile eccesso di potere giurisdizionale rispetto alle attribuzioni proprie del potere legislativo, secondo la quale "l'attività interpretativa è segnata dal limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale, nell'ambito del quale "la norma di volta in volta adegua il suo contenuto, in guisa da conformare il predisposto meccanismo di protezione alle nuove connotazioni, valenze e dimensioni che l'interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale, anche nel bilanciamento con contigui valori di rango superiore, a livello costituzionale o sovranazionale".

⁷ Sottolineandone l'apporto creativo e considerando "diritto vero" quello che si consolida nell'interpretazione data dai giudici. In dottrina si rinvia al saggio di M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *ED, Annali*, IX, 391 nonché V.Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *ED, XIII*, 1964, 95 nel senso che solo l'applicazione

innovativi processi interpretativi che hanno trovato nella Carta Costituzionale il loro fondamento, dando vita, attraverso il meccanismo dell'interpretazione conforme, al cd. "diritto vivente".

Sul piano del diritto interno l'esistenza di un sistema dualistico - che affida alla Suprema Corte di Cassazione una funzione nomofilattica del diritto e alla Consulta una funzione di custode della legalità costituzionale, attraverso il controllo sulla conformità alla Costituzione delle norme di rango inferiore - pone in primo piano la necessità di individuare un approdo comune fra le medesime Corti, nell'ottica di un dialogo fra le stesse.

Si impone un coordinamento fra le due sfere di legalità, sollecitando la stessa Corte Costituzionale, da un lato, il rispetto del "diritto vivente", per come originato dalle pronunce dei giudici di merito e della Suprema Corte di Cassazione, e ribadendo sempre quest'ultima la necessità per i giudici di dare un'interpretazione delle leggi conforme a Costituzione.

Sul piano del diritto internazionale, i profili di maggiore criticità appaiono connessi all'esistenza di un sistema plurilivello di fonti con il quale la Carta Costituzionale - e la stessa interpretazione conforme a Costituzione - devono ormai raffrontarsi.

Accanto alla interpretazione conforme a Costituzione (la cui funzione è quella di assicurare una riconduzione ad unità del sistema normativo attraverso il superamento delle antinomie) è venuta delineandosi una interpretazione conforme al diritto eurolunitario, o una interpretazione conforme al diritto internazionale (alla CEDU in particolare) sempre in nome di una esigenza di unità o coerenza (non solo inter) ma anche infraordinamentale⁸.

Rispetto al diritto europeo, lo strumento principe per assicurare una interpretazione conforme allo stesso rimane senza dubbio quello del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (come anche dimostrato di recente dalla evoluzione e parola fine al caso Taricco)⁹ nei termini precisati dalla medesima Consulta¹⁰, con la barriera

giurisdizionale determina "l'esatto significato della norma", ancora R.Bin, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in AIC, www.rivistaaic.it,2015,1; G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018.

⁸ Per una interpretazione conforme alla CEDU da ultimo Cass. S.U. 27.4.2017 n. 40076, in *CED Cass.* 2017, che ha sottolineato la necessità di una rilettura del diritto interno che sia aderente alla CEDU e subordinata «al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme» nei termini in passato fissati dalla Consulta con le sentenze n. 349 e n. 348 del 2007. Per una dichiarazione antesignana dell'interpretazione conforme a Costituzione e alla CEDU si veda Cass, sez.I, 10.2.1986, n. 14121, GP,1987, fasc.8,3,488 secondo cui nel nostro sistema processuale riguardato alla luce dei principi sanciti agli artt. 3, 24 e 111 della carta costituzionale e agli artt. 1, 6 e 13 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, quali essi concretamente vivono in virtù della loro interpretazione da parte, rispettivamente, della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo - sussiste un diritto dell'imputato alla utilizzazione ed alla valutazione della prova.

⁹ Si veda a tal proposito la (prima) sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione), sul caso Taricco, del 5 dicembre 2017 secondo la quale l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di IVA, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino

ultima dei controlimiti, rappresentati dal rispetto dei principi costituzionali fondamentali.

Sul terreno della interpretazione conforme al diritto internazionale e alla CEDU, in particolare, si pongono profili di maggiore problematicità proprio per la natura di norme interposte riconosciuta alle norme pattizie¹¹ e il limite del diritto consolidato, avendo la Corte Costituzionale – con una recente pronuncia pur non condivisa unanimemente dalla dottrina - escluso che sussista un obbligo del giudice italiano di conformarsi alle decisioni della Corte europea nelle ipotesi in cui non si tratti di “sentenze pilota” e quando la decisione non sia espressione di un “diritto consolidato”¹².

3. Il ruolo degli interpreti oggi.

Nonostante sia unanimemente riconosciuta in dottrina una componente creativa nel risultato interpretativo del giudice chiamato ad “applicare” la legge, rimane,

all’inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

¹⁰ Sul punto Corte Cost. n. 216 del 9.7.2014, in www.cortecostituzionale.it, secondo la quale «i giudici nazionali le cui decisioni sono impugnabili hanno il compito di interpretare il diritto comunitario e se hanno un dubbio sulla corretta interpretazione hanno la facoltà e non l’obbligo di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per ottenerla e farne applicazione, se necessario a preferenza delle contrastanti norme nazionali. Il giudice di ultima istanza, viceversa, ha l’obbligo di operare il rinvio, a meno che non si tratti di una interpretazione consolidata e in termini o di una norma comunitaria che non lascia adito a dubbi interpretativi». La questione pregiudiziale di legittimità costituzionale «sarebbe invece inammissibile ove il giudice rimettente chiedesse la verifica di costituzionalità di una norma, pur esplicitando un dubbio quanto alla corretta interpretazione di norme comunitarie ed un contrasto con queste ultime; il dubbio sulla compatibilità della norma nazionale rispetto al diritto comunitario va risolto, infatti, eventualmente con l’ausilio della Corte di giustizia, prima che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale, pena l’irrelevanza della questione stessa».

¹¹ Sul punto Corte Cost. Corte Cost. n. 348 del 2007, in R.D.I., 2008, 1,197 ha ritenuto che l’art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, condiziona l’esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali e può ritenersi operativo solo se vengono determinati gli “obblighi internazionali” che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, che assumono quindi la funzione di fonte interposta, in quanto di grado intermedio tra la Costituzione, cui sono subordinati, e la legge ordinaria.

¹² Corte Cost. n. 49 del 2015, in *FI*, 2016,5,I,1623 secondo cui il giudice nazionale non è vincolato all’osservanza di qualsivoglia sentenza della Corte di Strasburgo ma solo a quelle costituenti “diritto consolidato” o delle “sentenze pilota” in senso stretto. Ne consegue che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente, in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza e fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro.

tuttavia, controverso se l'interpretazione giurisprudenziale che evidenzia il significato della legge, attraverso una concretizzazione giuridica del precetto - delineando il concreto ed individuale ambito applicativo della norma, di per sé con imprescindibili connotati di generalità ed astrattezza- possa essere attratta nel novero delle fonti ufficiali del diritto¹³.

Entro tali fisiologici limiti è certo che non possa attribuirsi valore di fonte del diritto alla giurisprudenza né potrà essere ritenuta tale quella giurisprudenza che pure produca "innovazione giuridica", adattando il significato della legge ad un sistema in cammino, innestando cioè il progresso nella conoscenza della legge¹⁴, dovendo anche entro tali limiti parlarsi di diritto-concretizzazione, che si mantiene nell'ambito di una preesistente cornice normativa¹⁵.

Nessun problema potrà porre ancora quella attività ermeneutica che, pur con un carico di innovazione, si mantenga entro limiti individualizzanti, attraverso la specifica individuazione di casi e sottofattispecie all'interno della disposizione.

Non potrà, invece, apparire immune da censure quell'attività ermeneutica che, almeno in ambito penale, riscriva la norma estendendone l'ambito applicativo, in violazione del divieto di applicazione analogica¹⁶.

Tuttavia, negli ultimi anni, soprattutto i plurimi interventi della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo hanno posto l'interrogativo se anche il diritto giudiziale possa essere configurato come sostanziale fonte del diritto, ed entro quali limiti, in una diversa prospettiva che tenti di fare convivere sotto uno stesso tetto sistemi di *civil law* e di *common law*, con ridimensionamento del ruolo della riserva di legge e pur nel rispetto del principio della separazione dei poteri.

¹³ La considerazione del significato individualizzante dell'opera interpretativa giurisprudenziale non può non condurre ad evocare, tuttavia, la distinzione fra "disposizione" e "norma", avendo i più attenti studiosi della teoria dell'interpretazione sempre sottolineato una dimensione "creativa" dell'attività dell'interprete insita nel fatto che la norma non è disposizione e che affinché la norma venga ad esistenza occorre la sua interpretazione. In dottrina, per la distinzione fra disposizione e norma V.Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *ED*, XIII, 1964, 196 secondo il quale l'interpretazione è un processo conoscitivo del contenuto delle disposizioni le quali, una volta conosciute si trasformerebbero in norme, nonché Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, I, 219

¹⁴ Si pensi all'interpretazione della colpa penale e al rapporto che lega la colpa al contenuto evolutivo delle regole cautelari.

¹⁵ Sul punto si rinvia al saggio di M.Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, D.P.C., 2016,3, 13 e ss.

¹⁶ Rischio questo maggiormente elevato nel caso di norme che si affidano a "clausole generali" o di fattispecie poco tassative. Per una sottolineatura della sottoposizione del giudice "solo" alla legge (ai sensi dell'art.101 Cost.) e dei rischi insiti nella distinzione fra disposizione e norma si veda M.Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *ED*, Annali, IX, 391-476 secondo il quale "riservando la denominazione di < norma > all'interpretazione, non si avanza una proposta lessicale innocente, ma si finisce per suggerire di reintrodurre dalla porta proprio la differenza ontologica che si era cacciata dalla finestra" in quanto "partendo da questa terminologia è facile che la disposizione venga ridotta ad una < proposta > del legislatore al giudice.. e che solo il giudice sia identificato come l'autorità pubblica che può davvero consegnarci la norma".

Si è fatta strada l'idea di un possibile "formante giurisprudenziale", e di una funzione intrinsecamente nomopoietica dell'interpretazione, ovvero che l'attività della giurisprudenza (dei *iures prudentes*) possa essere considerata "fonte del diritto", in quanto produce "norme applicate ai casi concreti" illuminando "portata e limiti delle fattispecie incriminatrici"¹⁷, disvelando il rischio che attraverso un'opera di concretizzazione del significato della disposizione normativa medesima possa determinarsi una estensione applicativa della norma medesima¹⁸. Si è fatta strada una nuova e più dinamica idea di legalità che prende le distanze dal paradigma positivista riconoscendo al "diritto giurisprudenziale" uno spazio crescente rispetto alla legislazione scritta¹⁹, pur non mancando di mettere in luce i rischi insiti nel riconoscimento di un valore vincolante al precedente²⁰

La conseguenza sembrerebbe essere quella di un ridimensionamento delle differenze tra *civil law* e *common law*, con conseguente mutamento del volto del diritto penale incline ad ampliare gli orizzonti ed il significato tradizionale della riserva di legge e a riconoscere un formante giurisprudenziale²¹, anche se in ambiti

¹⁷ La definizione è di G.Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, Cass. Pen., 2005, 1722. Per approfondimenti ulteriori Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

¹⁸ Per un approfondimento sulle problematiche inerenti all'applicazione estensiva delle leggi penali e sul rischio di passare da una concretizzazione estensiva della disposizione incriminatrice ad una estensione diretta, M.Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit..

¹⁹ Sul punto F.Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, Cass. Pen., 7-8,2016, 2695 nonché, sul tema dei rapporti fra legalità *in law* e legalità *in action* e sui rischi insiti nel possibile riconoscimento di un valore vincolante al precedente ancora il medesimo autore, *Legalità fra law in the books e law in action*, in D.P.C., 2016, 3, 13 e ss., secondo il quale "la tipicità rappresenta l'anima più profonda della legalità, in cui si esprime non solo una garanzia ma quasi la stessa cifra essenziale dello stesso precetto penale" posto che "nella tipicità, inoltre, trovano finalmente una loro sintesi la legalità della legge e la legalità effettuale, in quanto il tipo è delineato – niente più che delineato – dalla legge, ma concretizzato al contatto col fatto dal giudice. Il miracolo del buon funzionamento del diritto penale sta in questo difficile equilibrio".

²⁰ Sul punto ancora critico F.Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., secondo il quale "attribuire valore vincolante al precedente può recare un contributo di certezza limitando la libertà interpretativa e i contrasti giurisprudenziali, ma può anche alterare quell'equilibrio esasperando la polverizzazione del tipo criminoso fino a identificarlo nella sostanza con la miriade dei fatti concreti dinanzi ai quali il pubblico ministero prima e il giudice poi avvertono un'esigenza repressiva: e, una volta formatosi un precedente, la strada sarebbe sostanzialmente irreversibile".

²¹ Sul punto ancora critico F.Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., secondo il quale "attribuire valore vincolante al precedente può recare un contributo di certezza limitando la libertà interpretativa e i contrasti giurisprudenziali, ma può anche alterare quell'equilibrio esasperando la polverizzazione del tipo criminoso fino a identificarlo nella sostanza con la miriade dei fatti concreti dinanzi ai quali il pubblico ministero prima e il giudice poi avvertono un'esigenza repressiva: e, una volta formatosi un precedente, la strada sarebbe sostanzialmente irreversibile".

ristretti e ben delineati dallo stesso legislatore²², con la consapevolezza dei rischi insiti in tale operazione.

4. Su alcuni dei più rilevanti effetti del processo osmotico fra diritto interno e diritto sovranazionale sul piano penale e processual-penale.

L'idea del superamento delle fonti tradizionali del diritto verso un nuovo assetto dominato dai principi di effettività e praticità appare avvalorata dalla considerazione dei significativi effetti diretti ed indiretti indotti negli ultimi anni dal diritto europeo e convenzionale sul diritto penale, sostanziale e processuale.

In particolare, l'esistenza di una tutela multilivello dei diritti fondamentali, sul piano processual-penalistico, è misurabile attraverso le ripercussioni di numerose pronunce della Corte Edu sulla nostra sfera ordinamentale.

I ripetuti arresti sul tema del diritto ad un processo equo e alla ragionevole durata dei tempi processuali hanno costituito uno dei prioritari ambiti di intervento della Corte europea di Strasburgo.

Nel medesimo solco si collocano le numerose pronunce dei giudici di Strasburgo sul tema dell'effettività del contraddittorio e dei limiti all'utilizzo probatorio di dichiarazioni rese al di fuori della *cross-examination* da persona nel frattempo deceduta o divenuta irreperibile²³, essendosi ritenuto tale utilizzo in contrasto con l'art. 6, lettera 3 d) della Convenzione²⁴. Non deve, tuttavia, dimenticarsi che, nelle più recenti pronunce, la Corte Edu sembra avere ammorbidito la sua precedente linea interpretativa, sulla prova "unica o determinante", accettando l'uso esclusivo o determinante di prove assunte senza contraddittorio, quando le stesse siano controbilanciate da forti garanzie procedurali²⁵ e che, sul versante interno,

²² Si pensi alla recente modifica introdotta attraverso il d.lgs 16.3.2015 n. 28 che ha riconosciuto, attraverso l'introduzione dell'art. 131 bis c.p., la possibilità di estendere ad ogni singola fattispecie incriminatrice il principio della offensività in concreto, consentendo di pervenire a pronunzie di assoluzione pur in presenza di condotte astrattamente conformi al dettato normativo penale ma prive di offensività o ritenute di particolare tenuità.

²³ I Giudici di Strasburgo hanno, in passato, sulla base delle superiori argomentazioni, più volte ritenuto la violazione del dettato convenzionale da parte del nostro Stato (tra le molte, cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia; C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 8 febbraio 2007, Kollcaku c. Italia; C. eur. dir. uomo, sez. I, 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia; C. eur. dir. uomo, sent. 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia).

²⁴ Norma che prevede esplicitamente, tra l'altro, il "diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico", con il risultato di ritenere che possano essere utilizzate le sue pregresse dichiarazioni, rese al di fuori del contraddittorio, solo quando non siano più possibili ulteriori ragionevoli accertamenti, oltre quelli minimi.

²⁵ E' il caso della sentenza della Corte Edu, Grande Camera *Al-Khawaja and Tahery c. Regno Unito* (15 dicembre 2011) con la quale si afferma che, nel caso in cui le dichiarazioni del teste abbiano valore di prova decisiva (in quanto unico mezzo di prova o comunque prova determinante ai fini della condanna dell'imputato), l'acquisizione mediante lettura di precedenti dichiarazioni resta compatibile con l'art. 6 nella misura in cui soccorrano, in una valutazione complessiva dell'intero dibattimento, ulteriori adeguate garanzie procedurali, tali da bilanciare il mancato limitato esercizio del diritto di controesame i testi a carico, precisandosi, in particolare, quali elementi possano venire in rilievo per rafforzare elementi di prova assunti in assenza di contraddittorio, attraverso

l'interpretazione dei giudici nazionali rispetto all'art. 526 comma 1-bis c.p.p. propone un orientamento ermeneutico conforme alla CEDU rilevando la necessità che la pronuncia di condanna risulti fondata su una pluralità ed eterogeneità di dati probatori²⁶

Ulteriore tema di riflessione, sul piano processual-penalistico, è quello relativo alla valutazione della sussistenza di un "diritto" dell'imputato ad ottenere una rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello e alla correlativa possibilità, per i giudici, di procedere ad un ribaltamento del giudizio assolutorio di primo grado senza la riassunzione di prove dichiarative.

Sotto tale profilo, risulta essersi progressivamente consolidato, nella giurisprudenza della nostra Corte Suprema, un processo conformativo dello statuto della prova dichiarativa nel giudizio di secondo grado alla *ratio decidendi* emergente dalla giurisprudenza della Corte Edu²⁷, pur permanendo ancora profili di criticità. Da un lato, viene rilevata la difficoltà di trovare "un punto di equilibrio tra esigenze tutte meritevoli di tutela"²⁸ sottolineandosi, dall'altro, la difficoltà di assicurare siffatto equilibrio a mezzo di "regole che si caratterizzano per assolutezza di formulazione e meccanicità di applicazione, ben oltre le esigenze di adeguamento ad uno statuto convenzionale, che la stessa Corte di Strasburgo non ha ritenuto rigido, dovendo essere valutata la complessiva equità del processo"²⁹.

Non si è trattato, peraltro, di un consolidamento ordinamentale espresso solo attraverso le sopra indicate pronunce giurisprudenziali, se si pensa alla rinnovata

un meccanismo di contrappesi indicati dalla Corte (potendo venire in rilievo gli elementi di conferma delle dichiarazioni acquisite in assenza di contraddittorio; l'attenta valutazione della credibilità e attendibilità della testimonianza acquisita attraverso la lettura del verbale; la condotta del giudice nel governare il processo; l'ampiezza delle facoltà per l'accusato di contestare le risultanze delle prove a carico e di confutarle con altri mezzi di prova). Nella medesima scia anche Corte Edu , Grande Camera, 15.12.2015, Schatschaschwili c. Germania nonché, fra le tante, Corte Edu, 23.6.2016, *Ben Moumen c. Italia* .

²⁶ Cass. S.U. 25.11.2010, n. 27918, CP, 2012.12.4150; Cass. Sez. I, 23.10.2014, n. 46010, *Archivio della nuova procedura penale*, 2015, 3, 276; Cass. sez. V, 18.1.2017, n. 13522, in *CED Cass.* 2017; e ancor prima Cass. S.U. 28.5.2003, n. 36747, *Torcasio*, CP, 2004, 2094.

²⁷ Cfr. sul punto Cass. S. U, n. 27620 del 28/04/2016, *Dasgupta*, *Guida al diritto*, 2016, 31, 82; Cass. S. U, n. 18620 del 19/01/2017, *Patalano*, *CED Cass.* 2017; Cass. S.U. n. 14800 del 21/12/2017, *Troise*, in *CED Cass.*

²⁸ Fra le quali il diritto dell'imputato a difendersi, il diritto della persona offesa all'accertamento della responsabilità, l'interesse generale alla tutela dei soggetti deboli, l'interesse dello Stato alla corretta amministrazione della giustizia secondo i principi di legalità e di eguaglianza.

²⁹ Franco Fiandanese, *Rinnovazione del dibattimento in appello alla luce delle modifiche normative e dei principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite Dasgupta, Patalano, Troise*, in *D.P.C.*, 2018, 7. In dottrina fra gli altri D. CHINNICI, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora quando? Dalla irriducibile staticità nello ius positum italiano al dinamismo cognitivo nel "diritto vivente" europeo*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 3, 1 s; H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Giappichelli, 2013, 235 s

veste della disciplina della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello³⁰ che ha inteso tradurre in precetto normativo i risultati del travagliato percorso interpretativo giurisprudenziale, sulla base di una direttrice unica che ha collegato, su un medesimo asse cognitivo e decisionale, “canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, dovere di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e limiti alla *reformatio in peius*”³¹.

Tuttavia - pur essendo cristallino l'intento del legislatore di adeguarsi alle prescrizioni provenienti da Strasburgo nell'ottica di pervenire ad un risultato ermeneutico conforme al diritto convenzionale europeo- il tenore letterale della superiore disposizione non sembra avere posto la parola fine ad ogni possibile dubbio interpretativo, di guisa che l'ambito applicativo della rinnovazione obbligatoria del giudizio di gravame può essere definito ancora poco prevedibile. Non va, peraltro, trascurato che le pronunce dei Giudici di Strasburgo sembrano essere frutto di un atteggiamento culturale comunque diverso da quello che ispira il giudice nazionale, in quanto proteso a salvaguardare essenzialmente il principio di immediatezza³², non mancando la Corte Edu di sottolineare ripetutamente che coloro che hanno la responsabilità di decidere la colpevolezza o l'innocenza di un imputato devono poter udire i testimoni personalmente e valutare la loro attendibilità, e che la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate, ed emergendo, infine, dalla lettura delle medesime pronunce, che la portata dell'obbligo dipende dalla natura della decisione e dalle circostanze di ogni singolo caso³³.

Da ultimo, anche altre recenti pronunce della Corte Edu³⁴ confermano la necessità di continuare a monitorare gli indirizzi espressi dalla Corte europea e

³⁰ Si veda il comma 3-bis dell'art. 603 c.p.cp., introdotto dalla legge n.103 del 23 giugno 2017.

³¹ Così Cass. S. U. n. 27620 del 28/04/2016, *Dasgupta*, cit..

³² Per una lettura critica del principio di immediatezza A.Macchia, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi*, in *D.P.C.*, 2018,11 il quale dubita che il principio di immediatezza abbia una copertura costituzionale, nel senso di ritenere che sia la Carta fondamentale ad imporre che il giudice della sentenza sia sempre e comunque quello che ha proceduto alla istruzione probatoria, considerando, inoltre, che siamo ben lontani dal modello accusatorio proprio dei processi di *common law* e che, se il sistema ammette l'esistenza di prove precostituite, è difficile pensare ad un vincolo costituzionale di “immediatezza” che finirebbe per contraddirne l'essenza. Peraltro, secondo il medesimo autore, anche la Corte costituzionale si è più volte pronunciata in termini vaghi sul significato e sulla pregnanza costituzionale di tale principio, sottolineando la necessità di porlo a confronto con l'intero quadro dei valori ricavabili dalla stessa Costituzione (in tal senso C. cost. n. 399 del 2001; n. 67 del 2007; n. 318 del 2008; n. 205 del 2010).

³³ E' la conclusione che sembra suggellare, fra le tante, la sentenza della Corte Edu Fornataro c.Italia, Requête no 37978/13, 26.9.2017

³⁴ Si veda sul tema C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia* nella quale i giudici di Strasburgo ribadivano che, al fine di giungere al ribaltamento di una sentenza di proscioglimento, occorre procedere alla rinnovazione dell'attività istruttoria,

di rifiutare l'idea consolatoria secondo cui è da escludere, in tale ambito, il rischio di altri possibili contrasti con l'ordinamento convenzionale.

Si impone di verificare, pertanto, se siano del tutto superate, o superabili, le implicazioni sottese al filo evolutivo che ha caratterizzato l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, continuando a permanere, invero, alcuni aspetti di dubbia configurazione³⁵.

In particolare, se può ritenersi nettamente prevalente l'orientamento secondo cui la riassunzione orale delle fonti di prova nel giudizio d'appello deve avvenire nell'ipotesi in cui il giudice sia chiamato ad operare una valutazione completa delle questioni relative alla colpevolezza o all'innocenza del ricorrente, nella prospettiva del ribaltamento dell'esito assolutorio in condanna³⁶, non è certo se tali limiti debbano valere anche nell'ipotesi della *reformatio in melius*. Altra riflessione si impone relativamente al tema della individuazione di un possibile margine di diversa valutazione del compendio probatorio utilizzato dal giudice di *prime cure*, con esclusione di ogni automatismo nella rinnovazione dell'attività istruttoria, quando la decisione del giudice dell'appello debba passare attraverso la valorizzazione di elementi probatori diversi dalla prova dichiarativa ritenuta decisiva dal giudice di primo grado e posta a fondamento della sua pronuncia assolutoria.

D'altra parte, non può omettersi di considerare che sembrano sussistere margini di incerta applicazione del principio anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, se si considera che in alcune recenti decisioni è stata esclusa la necessità della rinnovazione probatoria in appello, ritenendosi sufficiente, per integrare la soglia della garanzia convenzionale, anche solo una motivazione particolarmente approfondita sulle ragioni del mutato apprezzamento delle

consentendo al giudice dell'impugnazione di «cogliere dal vivo il contegno del testimone». D'altra parte ad approdo diverso sembra giungere C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 27 giugno 2017, Chiper c. Romania, la quale attinge esplicitamente alle argomentazioni svolte da C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 26 aprile 2016, Kashlev c. Estonia

³⁵ In dottrina, fra gli innumerevoli contributi sul tema, R. Casiraghi, sub *Art. 6*, in G. Ubertis – F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, p. 226–229; C. Fiorio, *Il diritto al controllo e la riforma della sentenza di assoluzione*, in A. Gaito-D. Chinnici, *Regole europee e processo penale*, Wolters Kluwer – Cedam, 2016, p. 258–26; A. Capone, La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello, *D.P.C.*, 3, 2018; L. LUPARIA – H. BELLUTA, *Ragionevole dubbio ed etica del sistema: quando l'immediatezza non serve?*, in questa *Rivista*, fasc. 12/2017, p. 92; M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 166.

³⁶ Sulla lunga scia di Corte EDU, 24/11/1986, Unterpertinger c. Austria; 07/07/1989, Bricmont c. Belgio; 18/05/2004, Destrethem c. Francia; 21/09/2010, Marcos Barrios c. Spagna; 05/07/2011, Dan c. Moldavia; 05/03/2013, Manolachi c. Romania; 04/06/2013, Hanu c. Romania; 04/06/2013, Kostecki c. Polonia; 28/02/2017, Manoli c. Moldavia; 29/06/2017, Lorefice c. Italia

risultanze processuali, con l'evidenza degli errori compiuti dal giudice di primo grado e la previsione di un controllo sul rispetto di quell'obbligo³⁷.

La violazione dell'equità processuale, secondo tale diversa linea interpretativa, non viene fatta discendere in modo automatico dalla omessa rinnovazione probatoria, nell'ipotesi di *reformatio in peius* nel giudizio d'appello, sottolineandosi, piuttosto, la necessità di verificare la specifica forza probante delle singole testimonianze nella ricostruzione dei fatti di causa e la conseguenza di ritenere sufficiente anche una motivata esclusione dell'utilità di una nuova deposizione.

Si impone, pertanto, una ulteriore riflessione al fine di chiarire se la globale rivalutazione del patrimonio conoscitivo giudiziale, la redazione di una motivazione rafforzata da parte del giudice dell'impugnazione e la rinuncia dell'imputato ad escutere nuovamente i testimoni siano garanzie procedurali sufficienti ad impedire un arbitrario od irragionevole apprezzamento delle prove da parte del giudice del gravame.

4.1. Sugli effetti prodotti dal principio di legalità convenzionale.

Sotto il profilo sostanziale, non possono essere sottaciuti gli effetti delle ormai numerose pronunce della Corte Edu con le quali è stata ritenuta una violazione dell'art. 7 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e che hanno innescato una profonda riflessione sul tema della legalità convenzionale e delle sue divergenze rispetto al principio di legalità "nazionale" e di riserva di legge³⁸. È noto che la differenza fra le due nozioni di legalità consiste tutta nel risultare tracciato il confine della legalità convenzionale da norme di diritto e non solo da norme di legge, essendo il diritto per la CEDU (e i paesi di *common law*) di fonte anche giurisprudenziale e non solo legislativa, ammettendosi che la decisione giurisprudenziale definisca, prima del fatto, il precetto e le conseguenze, purché caratterizzata da conoscibilità e prevedibilità, con conseguente estensione della regola dell'irretroattività anche in caso di nuovo orientamento giurisprudenziale imprevedibile.

³⁷ Cfr. Corte EDU, 26/04/2016, Kashlev c. Estonia; 27/06/2017, Chiper c. Romania

³⁸ Basti pensare al dibattito suscitato da Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, ric. N. 66656/13, che ha ritenuto illegittima la condanna dei giudici italiani in quanto pronunciata sulla base di norme (110-416 bis c.p.) che non garantirebbero la prevedibilità della pena e della condanna, sollevando, peraltro il quesito se il medesimo principio in essa enunciato possa eventualmente trovare immediata applicazione anche in favore di "fratelli minori" del Contrada, ovvero di soggetti reclamanti identità di posizione ma non provvisti di un proprio giudicato europeo favorevole e, in caso di risposta affermativa, attraverso quella strumento giuridico. Sul punto si rinvia a Cass. Sez.I, 11.10.2016 n. 44193 cit. ed anche a Cass. Sez.VI, 2.3.2017, n. 21635, in Cass. Pen.2017,11,4118 secondo cui la c.d. "revisione europea" introdotta dalla Corte Costituzionale con la sentenza additiva n. 113 del 2011, presuppone la necessità di conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Edu, vincolante ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, quando la sentenza sia stata resa sulla medesima vicenda oggetto del processo definito con sentenza passata in giudicato, oppure abbia natura di "sentenza pilota".

Imprescindibile, ai fini della valutazione della legalità di una pena o di una misura, risulta essere, inoltre, il giudizio sulla qualità della medesima norma di diritto, che deve essere accessibile alle persone interessate e prevedibile quanto ai suoi effetti. In ogni caso, anche con riferimento ai sistemi di *civil law*, la giurisprudenza della Corte europea ritiene che la qualificazione di una norma come "legge" necessita di una formulazione con sufficiente precisione, in modo da consentire ai cittadini di regolare la propria condotta e di prevedere, se necessario con appropriata "consulenza" e ad un livello che sia ragionevole in concreto, le conseguenze che possono derivare da una determinata condotta, pur essendo ammesso come non possa pretendersi una eccessiva rigidità nella formulazione delle norme, in considerazione del fatto che la legge deve essere in grado di tenere il passo con il mutamento delle circostanze³⁹.

Questione nodale appare essere, allora, quella di ricostruire quali siano per la Corte Edu i requisiti minimi e necessari perché una norma di diritto penale (e non norma di legge) possa ritenersi soddisfare l'esigenza di prevedibilità della pena, ammettendo la stessa Corte la possibilità che il precetto penale risulti introdotto da una norma avente contenuto non assolutamente stringente con possibilità di rinvio ad un successivo momento interpretativo.

Nel nostro ordinamento il principio di legalità risulta saldamente e formalmente ancorato alla riserva di legge e al divieto di applicazione retroattiva della norma - come enunciato dall'art. 25 Cost. comma secondo⁴⁰ - così da assicurare che la decisione sulla punibilità di una determinata condotta venga assunta dal legislatore, sulla base di una disposizione generale e astratta, e non già dal potere giudiziario chiamato a pronunciarsi, in concreto, solo sulla effettiva e specifica rilevanza penale di una condotta concreta, anche se deve pur darsi atto che, in tema di determinatezza della fattispecie penale, anche la nostra Corte Costituzionale ha sempre considerato che il principio di determinatezza, implicitamente ricavabile dall'art. 25, secondo comma, Cost., è in funzione della «riconoscibilità ed

³⁹ Corte EDU *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC]*, nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II; nel medesimo senso *Kruslin c. Francia*, 24 aprile 1990, § 29, serie A no 176 A nelle quali si afferma che "per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione legale, in qualsiasi sistema giuridico, ivi compreso il diritto penale, esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria" e che "nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale" pur non potendosi "interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta di chiarire gradualmente le norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile". Sul punto anche Corte EDU ,29 ottobre 2013 - ric n. 17475/09 - *Varvara c. Ital.*

⁴⁰ Cui fa da contraltare l'art. 1 del codice penale secondo il quale "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge né con pene che non siano da essa stabilite".

intelligibilità del precetto penale in difetto dei quali la libertà e sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate»⁴¹.

Si è voluto, in tal modo, garantire una separazione fra i poteri, assicurando che la demarcazione fra la sfera del penalmente rilevante e la sfera dell'irrelevante sia compiuta esclusivamente dal Parlamento in quanto "rappresentativo della società tutta <unita per contratto sociale>"⁴².

La punibilità di una condotta può essere prevista solo da una legge scritta e la giurisprudenza può essere configurata solo come strumento interpretativo, chiamato a dare voce allo "spirito" della legge delineandone il concreto ambito applicativo.

Le due diverse vesti della legalità convenzionale e della legalità nazionale conducono così inevitabilmente al rischio di possibili frizioni applicative fra diritto penale "nazionale" e diritto penale "convenzionale" sul modo di intendere il principio di legalità, non facilmente superabili neppure attraverso le linee evolutive segnate dalla Consulta, attraverso le prime sentenze gemelle del 2007⁴³ e fino alla sentenza n. 49 del 2015⁴⁴.

Proprio con riferimento a tale ultima pronuncia si impone, in particolare, un'attenta riflessione sul concetto di "diritto consolidato"- evocato dalla Consulta come uno dei criteri per stabilire se ed entro quali limiti sussista un obbligo di conformazione del giudice nazionale rispetto alle sentenze della Corte Edu- non essendo del tutto agevole intendere come e quando un orientamento espresso dalla Corte europea possa ritenersi consolidato, anche tenuto conto dello spirito essenzialmente

⁴¹ Corte Cost. sent. n. 185 del 1992 e soprattutto Corte Cost. n. 364 del 1988, in www.cortecostituzionale.it, con la quale, anticipando il concetto di "prevedibilità" della legge espresso dalla giurisprudenza europea, ha chiarito che la sufficiente determinazione della fattispecie penale è funzionale tanto al principio di separazione dei poteri, quanto a quello di riserva di legge in materia penale, consentendo al giudice di assumere un ruolo creativo nell'individuazione della linea di confine fra il penalmente rilevante ed il penalmente neutro.

⁴² In tal senso Corte Cost. 25.10.1989 n. 487, in *RP*, 1991, 239 che, oltre a richiamare il fondamento politico, di matrice illuministica, del principio di riserva di legge, non manca di sottolineare che il sistema penale delineato dalla Costituzione "tende ancora oggi a ridurre la quantità delle norme penali e, così, a concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (ultima ratio) di pochi beni, significativi o almeno <importanti> per l'ordinato vivere sociale".

⁴³ Corte Cost. n. 348 e n. 349 del 2007, in *RDI*, 2008,I,197 sul tema del rango delle norme CEDU nella gerarchia delle fonti e sui criteri per dirimere i contrasti fra le norme CEDU e la normativa interna, essendo stato ritenuto che l'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali e può ritenersi operativo solo se vengono determinati gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, che assumono quindi la funzione di fonte interposta, in quanto di grado intermedio tra la Costituzione, cui sono subordinati, e la legge ordinaria.

⁴⁴ Corte Cost. n.49 del 2015, *FI*, 2016,5,I,1623, secondo cui il giudice nazionale non è vincolato all'osservanza di qualsivoglia sentenza della Corte di Strasburgo ma solo a quelle costituenti "diritto consolidato" o delle "sentenze pilota" in senso stretto

pragmatico che ispira dette pronunce⁴⁵, soprattutto quando trattasi di pronunce destinate a risolvere casi peculiari, ovvero che non denunzino vizi di sistema, ed emesse, altresì, con riferimento ad ordinamenti giuridici strutturalmente differenti da quello italiano⁴⁶.

Il tema della definizione del concetto di “diritto consolidato” è tornato anche recentemente all’attenzione degli studiosi attraverso altra pronuncia della Grande Camera della Corte Edu⁴⁷ destinata a riaccendere i toni del dibattito sul tema dei rapporti fra diritto penale interno e diritto convenzionale⁴⁸.

Dopo la pronuncia di Strasburgo del 2013, e la pronuncia della Corte costituzionale del 2015⁴⁹, la Corte di Strasburgo è tornata sul tema della legittimità della confisca urbanistica disposta pur in caso di declaratoria di improcedibilità per prescrizione del reato, ribadendo che la nozione di “pena” contenuta nell’art. 7 CEDU deve essere interpretata in modo autonomo senza concedere agli ordinamenti nazionali lo spazio per proprie etichette qualificatorie e ribadendo, altresì, la necessità della sussistenza di un nesso psicologico (“mental link”) tra il fatto di reato e l’autore dello stesso, senza, tuttavia, confermare il precedente approdo ermeneutico (del caso *Varvara*) secondo il quale sarebbe illegittimo un provvedimento di confisca intervenuto in assenza di un accertamento di responsabilità penale tradottosi in un apposito provvedimento di condanna e ritenendo, al contrario, che la confisca (pur essendo qualificabile come “pena” ai sensi dell’art. 7 CEDU) possa essere irrogata anche al di fuori delle condizioni stabilite dall’art. 6 CEDU e, quindi, anche se essa

⁴⁵ Sul tema del diritto consolidato, ovvero sull’obbligo per il giudice comune di uniformarsi alla sola giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente, in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza e fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro, si vedano anche le sentenze della stessa Consulta nn. 303/2011, 236/2011, 317/2009 e 311/2009. Il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla <<giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente>>, <<in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza>>, soltanto in ipotesi di un “diritto consolidato”, generato dalla stessa giurisprudenza Europea, non sussistendo viceversa alcun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo.

⁴⁶ Secondo Corte Cost. n. 49 del 2015 dovrebbero considerarsi la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea e gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo, nonché avere riguardo al fatto che il giudice europeo sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale.

⁴⁷ Corte Edu, 28 giugno 2018 nel caso *GIEM and others v. Italy* (n. appl. 1828/06).

⁴⁸ Nonché, in particolare, sul tema della confisca in caso di lottizzazione abusiva e della compatibilità con gli artt. 6, 7 e 1, Prot. 1, CEDU delle disposizioni interne che disciplinano la misura della confisca a seguito di accertamento di responsabilità penale per il reato di lottizzazione abusiva (punito dall’art. 44 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), riallacciandosi a quanto già espresso con sentenza del 29 ottobre 2013 (Ricorso n. 17475/09) - *Varvara c. Italia*.

⁴⁹ Corte Cost. n. 49 del 2015 che ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità rispetto, tra l’altro, all’art. 117, co. 1, Cost., attraverso un significativo riallineamento interpretativo della normativa interna rispetto a quanto richiesto dalla sentenza *Varvara*, stabilendo più in generale che le sentenze della Corte EDU vincolino il giudice italiano solamente quando queste fossero espressive di un “diritto vivente consolidato”-

non accede a un provvedimento giurisdizionale di condanna vero e proprio, a condizione che risulti effettuata una verifica del nesso psicologico, rispetto all'autore del fatto, e con esclusione della applicabilità di una confisca a terzi di buona fede.

Ma i contrasti non possono comunque ritenersi ad oggi del tutto appianati.

Il punto di attrito più significativo tra le due Corti, su cui si concentrerà probabilmente lo sguardo dei commentatori nel prossimo futuro, riguarda la questione “sistemica” concernente lo statuto, nel diritto italiano, delle decisioni della Corte EDU che la Corte costituzionale non ritiene espressive di un “*well-established case law*”. Su questo punto, il tono della decisione *GIEM* è particolarmente perentorio, quando essa precisa che le sue decisioni “*all have the same legal value*”.

Trattasi di affermazione che, tuttavia, non sembra cogliere l'essenza del ragionamento speso dalla Corte Costituzionale che non pare avere voluto fare riferimento ad un diverso valore formale delle pronunce della Corte di Strasburgo, bensì alla esistenza di limiti di sistema alla loro idoneità ad essere recepite nell'ordinamento interno anche al di là della specifica controversia dalla quale promanano.

4.2. Su altri effetti prodotti dal diritto europeo.

Sul versante del diritto dell'Unione europea, d'altra parte, non possono ignorarsi le recenti linee di tendenza espresse dalla Corte Costituzionale attraverso la sentenza⁵⁰ che ha apparentemente chiuso il caso Taricco, tracciando un punto di non ritorno sul tema delineato dalla prima sentenza della Corte di Lussemburgo⁵¹,

⁵⁰ Trattasi di Corte cost., sent. 10 aprile 2018 (dep. 31 maggio 2018) n. 115 in www.cortecostituzionale.it

⁵¹ Trattasi, come noto, della sentenza [Corte di giustizia \(Grande sezione\), 8.9.2015, in causa C-105/14](#), con la quale la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla questione se la disciplina della prescrizione del reato propria del sistema penale italiano sia – o meno – conforme ad alcune norme dei trattati istitutivi dell'UE (e, segnatamente, agli articoli 101, 107 e 119 TFUE), ha ritenuto che la normativa italiana sulla prescrizione del reato (con particolare riferimento alla previsione contenuta nell'art. 160 ult.comma c.p.) sia idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di *frode grave* che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea con la conclusione di demandare al giudice nazionale di dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali in contrasto. Secondo la regola Taricco, dunque, sancita attraverso la sopra indicata sentenza, il giudice nazionale deve disapplicare gli artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, cod. pen., omettendo di dichiarare prescritti i reati e procedendo nel giudizio penale, in due casi: innanzitutto, secondo una regola che è stata tratta dall'art. 325, paragrafo 1, TFUE, quando questo regime giuridico della prescrizione impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di gravi casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione; in secondo luogo, in base a una regola desunta dall'art. 325, paragrafo 2, TFUE (cosiddetto principio di assimilazione), quando il termine di prescrizione, per effetto delle norme indicate, risulta più breve di quello fissato dalla legge nazionale per casi analoghi di frode in danno dello Stato membro.

con la sottolineatura della diversità normativo-ermeneutica del diritto penale, suscitando un vivaio di proposte ermeneutiche⁵² che si scontrano con quesiti di difficile soluzione.

La Corte di Giustizia nel delineare la cd. “regola Taricco”, con la prima pronuncia sul tema, aveva sollevato non pochi problemi interpretativi e legittimato il dubbio sulla sua immediata recepibilità, non risultando evidentemente agevole ed immediato intendere in quali casi sarebbe stato possibile individuare una grave frode fiscale ovvero stabilire quando l’interesse finanziario dello Stato avrebbe potuto ritenersi messo in discussione⁵³. Al centro della discussione rimaneva il dubbio se effettivamente una norma di diritto UE possa avere effetti diretti in materia penale o se piuttosto la sentenza europea si ponga in frizione con i «principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale».

La Consulta – chiamata a pronunciarsi sull’eccezione di illegittimità costituzionale «dell’art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 (di Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona), nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l’art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) per come interpretato dalla sentenza Taricco- sospendeva il giudizio⁵⁴, richiamando una esigenza di rispetto dei principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato, attraverso un esercizio implicito dei controlimiti nazionali al diritto europeo, concludendo che la “regola Taricco”, ove applicabile, sarebbe stata in

⁵² In dottrina 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. proc. pen.*, 2017, p. 1281 ss.; C. Cupelli, [Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l’attesa sentenza della Corte di Giustizia](#) (fasc. 12/2017, p. 177 ss.); . Marcenò, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 12 gennaio 2018, p. 3; M. Donini, *Lettura critica di Corte Costituzionale n. 115/2018, DPC*, 2018, 9; D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l’interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo “creativo” del giudice*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017, 67 ss.; A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017, spec. LX-LI.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Esi, Napoli, 2018; A. RUGGERI, *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.; G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. Pen.*, 2017, 19.

⁵³ Sul punto si rinvia a Cass. Sez. 3, n. 31265 del 21/04/2017, in *CED Cass.* 2017; Cass. Sez. 3, n. 12160 del 15/12/2016 in *CED Cass.* 2016.

⁵⁴ Con ordinanza n. 24 del 2017 la Consulta ha ritenuto che «la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità», compreso quindi quello inerente la prescrizione, soggiungendo ancora che «in questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di civil law. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento»

contrasto con il principio di determinatezza in materia penale (sancito dall'art. 25 comma secondo della Costituzione) e con il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (sancito dall'art. 101 comma secondo della Costituzione), finendo con l'assegnare al giudice un compito di politica criminale esorbitante rispetto a quello di applicare la legge penale⁵⁵.

La Corte di Lussemburgo - investita dal quesito della Consulta di stabilire se i riferimenti operati nella sentenza Taricco (punti 53 e 55) alla «riserva di verifica» da parte del giudice nazionale sul rispetto dei diritti fondamentali alludessero alla possibilità, da parte dei singoli giudici dell'ordinamento interno, di azionare i contro-limiti con l'esplicita avvertenza che, in caso contrario, la stessa Corte Costituzionale avrebbe avvertito il dovere di “impedire la penetrazione del diritto UE che si trovasse in contrasto con un principio fondamentale dell'ordinamento che caratterizza la sua *identità costituzionale*”⁵⁶ - giungeva a conclusioni ben diverse⁵⁷, demandando alle autorità giudiziarie nazionali il compito di saggiare la

⁵⁵ Sul punto anche i rilievi di R.Bin, “*Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*”, in Forum di Quaderni Costituzionali, secondo il quale “È difficile per la nostra cultura giuridica accettare che la sent. Taricco I possa essersi sostituita alle disposizioni del codice penale, assicurando le condizioni di prevedibilità che sono alla base del principio di legalità(...)Per di più non si può indurre il giudice di merito a “inventare” la norma penale da applicare, poiché nessuno dei problemi di insufficiente determinatezza della fattispecie da applicare sarebbe stato risolto.

⁵⁶ Ancora Corte cost.n. 24 del 2017, in ww.cortecostituzionale.it, sulla quale non sono mancate chiavi di letture critiche della impostazione seguita dalla Consulta, avendo autorevole dottrina parlato di “patriottismo costituzionale” che apre interrogativi nuovi “sul futuro dell'europeismo giudiziario”

⁵⁷ [Corte di giustizia \(Grande sezione\), sentenza 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17](#) rilevando che sino all'adozione della [direttiva \(UE\) 2017/1371](#) del Parlamento europeo e del Consiglio – il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era oggetto di armonizzazione da parte del legislatore UE (punto 44), con la conseguenza che la Repubblica italiana era libera, «a tale data», di assoggettare il regime della prescrizione «al principio di legalità dei reati e delle pene». In definitiva, ha sancito che «l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato».

Nella sostanza, la Corte di giustizia ha ribadito i contorni della “regola Taricco”, ma ha confermato che essa può trovare applicazione solo se è rispettosa del principio di legalità in materia penale, nella duplice componente della determinatezza e del divieto di retroattività. Quanto alla prima ha sollecitato una verifica della competente autorità nazionale, mentre sulla retroattività ha subito specificato che la “regola Taricco” non si estende ai fatti

compatibilità della “regola Taricco” con il principio di determinatezza in materia penale, sottolineando che, per giungere a disapplicare la normativa nazionale in tema di prescrizione, è necessario che il giudice nazionale effettui uno scrutinio favorevole quanto alla compatibilità della “regola Taricco” con il principio di determinatezza, che è, al tempo stesso, principio supremo dell’ordine costituzionale italiano e cardine del diritto dell’Unione.

La Corte Costituzionale⁵⁸ rivendicava successivamente a sé il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia, sottolineando essere di sua esclusiva competenza l’accertare se il diritto dell’Unione sia in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona, essendo compito del giudice comune soltanto porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto. Il risultato è stato quello di ritenere che la regola Taricco, quale enucleata dai giudici di Lussemburgo, presenti un deficit di indeterminatezza che non le consente di avere cittadinanza nel nostro ordinamento⁵⁹.

L’ultima parola non sembra, tuttavia, ancora pronunciata non essendo ben chiaro quali effetti potrebbero determinarsi nei giudizi successivi che avranno ad oggetto relativi a reati finanziari posti in essere dopo la prima sentenza Taricco⁶⁰, se non interverrà, *medio tempore*, una modifica legislativa della prescrizione almeno limitatamente a tali fattispecie di reato.

compiuti prima dell’8 settembre 2015, data di pubblicazione della sentenza che l’ha enunciata.

⁵⁸ Corte Cost. n. 115 del 31.5.2018, in www.cortecostituzionale.it, ampiamente commentata da parte della dottrina: Cupelli, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre ad un diritto penale “certo”*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 giugno 2018, 1 ss.; Faraguta, *Roma locuta. Taricco finita*, in *Rivista di diritti comparati*, fasc. n. 2/ 2018, 5 giugno 2018, 1 ss.; Civello, *La sentenza n. 115/2018 della Consulta alla luce della “Taricco-bis” della C.G.U.E.*, in *Arch. pen. on line*, 2018, n. 2; Polimeni, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l’evoluzione dei controlimiti attraverso il “dialogo” tra le Corti, dopo la sent. N. 115/2018*, in *Rivista AIC*, fasc. 2/2018, 20 giugno 2018, 1 ss.

⁵⁹ Superando quella distinzione temporale enucleata dalla Corte di Giustizia con riferimento a reati posti in essere prima del 8 settembre 2015, data di pronuncia della prima sentenza Taricco, e reati posti in essere successivamente.

⁶⁰ Sul punto R.Bin, *“Taricco Tango...”*, cit., secondo il quale “la questione è se l’ordine di esecuzione del TFUE possa – attraverso l’interpretazione della Corte di giustizia - impedire al giudice penale di applicare due disposizioni del codice penale, cercando altrove la norma del caso. Pronunciando una sentenza di infondatezza e restituendo gli atti al giudice, la Corte costituzionale consentirebbe perciò che in Italia continuino ad essere applicati gli artt. 160 u.c. e 161.2, benché la Corte di giustizia sia stata chiarissima in entrambe le sentenze Taricco nel denunciare che si tratta di due disposizioni contrarie al diritto UE. La Corte costituzionale finirebbe quindi con riaffermare l’applicabilità di norme in contrasto con l’ordinamento europeo, e quindi a concorrere in una ormai conclamata violazione del diritto UE, e a innescare la conseguente responsabilità della Repubblica italiana”.

5. Conclusioni

Vi è un'esigenza di mediazione fra i due sistemi che non può che passare attraverso la maturazione di un diverso approccio culturale nel rispetto dell'identità costituzionale del nostro ordinamento .

Vi è da chiedersi se siano fondati i dubbi sollevati da quell'autorevole dottrina che parla di "crisi della legalità" sottolineando " il sussistere di obiettive difficoltà di ordine tecnico in rapporto alla redazione di un testo legislativo univoco e rispettoso della *ratio legis*, capace di rappresentare sufficientemente la realtà empirica"⁶¹

Non può che ritenersi fisiologica la tendenza nella giurisprudenza ad una lettura sempre aggiornata dei testi normativi così da renderli adeguati alle trasformazioni dei contesti sociali e fattuali nei quali sono destinati ad operare, in nome di una esigenza interpretativa che adegui il testo della legge al sentire comune e all'evolversi dei tempi, così sottraendosi ai rigidi confini imposti da una linea interpretativa affidata al solo tenore letterale della legge.

Ciò, in particolare, quando trattasi di disposizioni contenenti, nella formula descrittiva dell'illecito penale, "espressioni sommarie, vocaboli polisensivi ovvero clausole generali o concetti "elastici"⁶² , non potendo, d'altra parte, ritenersi imposto al legislatore il medesimo coefficiente di specificazione di ogni singolo elemento del reato, ne' potendo essere certamente escluso a priori il ricorso ad espressioni indicative di comuni esperienze o a termini presi dal linguaggio comunemente usato⁶³.

Del resto l'attività ermeneutica del giudice si svolge all'interno di un sistema che fornisce garanzie idonee rispetto al rischio di interpretazioni individualistiche che si collochino al di fuori dei binari segnati dalla nostra Carta Costituzionale.

E' tempo di riflettere che ci troviamo ad un punto di non ritorno e che l'avvio del funzionamento delle tutele multilivello, che trovano concreta attuazione nelle pronunce delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, ha dato luogo a risultati che- pur nel rispetto delle dialettiche imposte dalle diverse regole del "gioco delle parti"- devono ritenersi costituire una ricchezza acquisita in quanto foriere di una

⁶¹ Così S. Moccia, *Sistema penale e principi costituzionali*, in *RIDPP*, 2018, pag.1720, fasc.3

⁶² Sul punto Corte Cost. 6.2.1995, n. 34 nonché Corte Cost. 25.3.1993 n. 122 secondo cui non da ogni incertezza o difetto di rigore formale può farsi discendere la violazione del principio di determinatezza.

⁶³ Si veda Corte Cost.25.6.2008 n. 327, secondo la quale la verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotta non già valutando il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie, nell'ambito della disciplina in cui si inserisce con l'esplicita avvertenza che " l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero di clausole generali o concetti elastici, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato, permettendo, al contempo, al destinatario della norma, di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore percettivo".

circolazione di idee e occasione di stimolo per una rilettura di istituti tradizionali che, visti attraverso una diversa visuale e con una nuova lente di ingrandimento, possono rivelare aspetti critici e profili meritevoli di riflessione e adeguamento.

Uno sguardo al passato- attraverso la considerazione dei principali effetti indotti dall'inserimento del nostro ordinamento in nuove concentriche sfere ordinamentali⁶⁴ non può che dare conferma di quanto appena detto.

Non ci si può abbarbicare dietro una lettura anacronistica e riduttiva del principio di legalità e della riserva di legge dovendosi dare atto che esiste una immanente componente creativa nel ruolo dell'interprete.

I profili di criticità e di frizione emergenti emersi dai recenti dialoghi fra le Corti non possono che dare linfa vitale alle riflessioni degli operatori tutti che si svolgono all'interno dei confini nazionali.

Potrebbe essere, questa, un'occasione unica per riflettere sulla possibilità di trovare un terreno unico di incontro fra le due sfere di legalità magari favorendo uno sforzo di lettura della stessa nozione di prevedibilità sgombra da pregiudizi e che ne valorizzi il senso intrinseco considerando che la stessa "è nata per consentire per consentire l'evoluzione del diritto penale, limitandone gli effetti al futuro (rispetto ai mutamenti giurisprudenziali *in peius*), non per <fissare> tale evoluzione a quanto prevedibile al tempo della promulgazione della legge."⁶⁵

E' auspicabile che maturi un approccio più candido, depurato da sovrastrutture mentali, rispetto al tema della legalità convenzionale, considerata non a caso da taluna dottrina "maggiormente duttile, effettuale, sostanziale", nonchè fondata "sull'idea del rafforzamento dei diritti fondamentali piuttosto che sull'esigenza di controllo democratico parlamentare, e contempla il pieno riconoscimento anche della giurisprudenza quale fonte di diritto penale"⁶⁶.

Occorrerebbe maturare una diversa considerazione del precedente giurisprudenziale chiamato ormai a svolgere, in una serie indeterminata e plurima di casi, anche nel nostro ordinamento, una funzione di faro e guida per l'interprete. Potrebbe essere giunto il momento di chiedersi se non sia anche il caso di

⁶⁴ Basti ad esempio pensare all'effetto acceleratorio sui processi determinato dalle pronunce sull'art 6 della CEDU sfociato nell'emanazione della legge Pinto.

⁶⁵ M. Donini, *An impossible exchange? Prove di dialogo fra civil e common lawers su legalità, morale e teoria del reato*, in *RIDPP*, 2017, pag.0014, fasc.01 il quale invita a prendere atto del ridimensionamento del concetto di determinatezza osservando che "non sarà il legislatore a definire i confini della determinatezza, a dire che cosa è tassativo: sarà sempre l'interprete, di fronte al prodotto legislativo e poi a quello ermeneutico che lo completa. Essa dunque è solo in parte dichiarabile ante applicationem, perché è solo nei casi facili che vale il principio "*in claris non fit interpretatio*" (il giudice non interpreta la norma sul furto quando la applica, nel 99% dei casi, dandola per presupposta), mentre nei casi difficili e per le leggi nuove vale l'opposta regola "*nulla interpretatio sine applicatione*"

⁶⁶ S. Moccia, *Sistema penale e principi costituzionali*, in *RIDPP*, 2018, pag.1720, fasc.3 il quale ritiene che "le forzature della legalità costituzionale derivanti dal diritto sovranazionale possono essere accettate se scaturenti dalla medesima ratio sottesa alla stessa legalità in un moderno Stato costituzionale di diritto, il favor libertatis"..

riconsiderare, sotto il faro della prevedibilità, anche la portata degli *overruling* giurisprudenziali⁶⁷ concludendo nel senso di un possibile riconoscimento della estensione dell'irretroattività e della retroattività del trattamento *mitior* ai mutamenti giurisprudenziali” globali e radicali (quando sfavorevoli ed oggettivamente imprevedibili ovvero favorevoli ed operati dalle Sezioni unite, con esclusione dei fisiologici mutamenti e adattamenti interpretativi della norma)⁶⁸.1

Non può non riflettersi che le nuove recenti esperienze all'insegna di un multiculturalismo giuridico hanno avuto il pregio di fare emergere sfaccettature nuove, meritevoli di considerazione in nome di una migliore tutela ed effettività dei diritti individuali proclamati dalle stesse Carte costituzionali ed internazionali, rispetto ad istituti giuridici consolidati che sarebbe stato difficile altrimenti individuare. Il bilancio dei risultati finora ottenuti attraverso lo scambio di

⁶⁷ Attraverso un superamento dell'atteggiamento di netta chiusura espresso dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 23.5.2012 n. 230, in www.cortecostituzionale.it, con la quale è stato escluso che possano collocarsi nel perimetro applicativo dell'art. 673 cod. proc. pen. fenomeni attinenti alle semplici dinamiche interpretative della norma incriminatrice, quali il mutamento di giurisprudenza e la risoluzione di contrasti giurisprudenziali, ancorché conseguenti a decisioni delle Sezioni unite della Corte di cassazione, considerandosi che “un orientamento giurisprudenziale, per quanto autorevole, non ha la stessa efficacia delle ipotesi previste dalla norma censurata, stante il difetto di vincolatività della decisione rispetto a quelle dei giudici chiamati ad occuparsi di fattispecie analoghe: circostanza che impedisce di considerare i fenomeni dianzi indicati alla stregua di uno *ius novum*”.

⁶⁸ Si potrebbe, ad esempio, pensare al succedersi dei ripetuti arresti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema di concorso esterno in associazione mafiosa. In dottrina V.Manes, *Dalla fattispecie al precedente*, C.P., 2016, fasc.6,2222 secondo il quale “se appare scontato che solo l'evoluzione interpretativa prevedibile possa essere accettata (soprattutto) in materia penale, dovrebbe convenirsi sulla posizione più rigorosa in base alla quale ogni mutamento giurisprudenziale di segno estensivo, che innovi rispetto ad un indirizzo giurisprudenziale *well-established*, debba comunque soggiacere al divieto di retroattività, ancorché la sottofattispecie sia di segno (meramente) “estensivo” e non “analogico” ed anche se un tale mutamento «[...] non sia per nulla il prodotto di un'invenzione creatrice, ma semmai il ritorno di una vecchia interpretazione negletta» Il medesimo autore ancora rileva come sia “in questo perimetro – e solo in questo – che dovrebbe potersi cominciare a parlare di precedente, di autorevolezza della decisione giudiziale (anche perché la qualifica di “precedente” è funzione dell'autorevolezza della decisione, non una qualità ontologica della decisione: di stabilità della giurisprudenza e di calcolabilità delle conseguenze giuridico-penali; sono, per così dire, le “regole di ingaggio” minime in materia penale, i minima moralia su cui dovrebbe convergere la “comunità degli interpreti”, per accettare il ruolo con-constitutivo della legalità attualmente riconosciuto al “diritto giurisprudenziale” – un ruolo convalidato dalla nota posizione della Corte EDU – e per affrontare, o meglio ricostruire, il tema della certezza del diritto nella prospettiva della *law in action*”. In dottrina anche M. Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in *Id*, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano 2011, 63 e ss; , cit.,p. 115 nonché del medesimo autore, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 87 ss., 99 ss.

esperienze non può che essere positivo pur nella consapevolezza che occorre dare tempo agli interpreti di ambo le parti per elaborare una nuova linea di approccio e acquisire una nuova sensibilità che tenga conto delle differenze strutturali ontologiche esistenti fra il “nostro” diritto e quello convenzionale ed europeo, e delle diverse necessità operative proprie di ciascun sistema, soprattutto in ambito penale, in ragione della peculiari specifiche forme di manifestazione del crimine, soprattutto di quello organizzato, richiedenti un approccio “speciale” attraverso l’intervento di strumenti di controllo in chiave repressivo e preventivo e la necessità di tenere sempre alto il livello di guardia.

Il cammino è iniziato da tempo e rappresenta una strada ormai irrinunciabile affinché permanga “un legame funzionale fra il diritto positivo e la sua funzione sociale” e “il diritto legislativo non sia fine a sé stesso, non trovi in se stesso il proprio valore, ma sia essenzialmente regola pratica, posta ad un fine regolativo concreto di rapporti sociali”⁶⁹

⁶⁹ G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018,284