

La giurisprudenza penale: diritto vivente o fonte giuridica?

di **Anna Onore**

Sommario. 1. Premessa. - 2. L'interpretazione giuridica e diritto vivente. - 3. Il ruolo del diritto giurisprudenziale tra certezze normative e diversità sistemiche. - 3.1. La funzione giurisprudenziale nel sistema di legalità "allargata". - 3.2. Le nuove frontiere della giurisprudenza convenzionale. La crisi del "dialogo tra le Corti". - 4. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

La recente ordinanza¹ della Corte costituzionale che rinvia di un anno la trattazione sulla legittimità costituzionale, in rapporto agli artt. 21, 117, co. 1

¹ C. Cost, ordinanza del 26 giugno 2020, n. 132, consultabile online: www.giurcost.org. Con le ordinanze n. 140 del 2019 del Tribunale ordinario di Salerno, sez. Il penale e n. 149 del 2019 del Tribunale ordinario di Bari, sez. I penale veniva sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948, in combinato disposto con l'art. 595 cod. pen., «nella parte in cui sanziona il delitto di diffamazione aggravata, commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena cumulativa della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a 256 [recte: 258] euro, invece che in via alternativa» per violazione degli artt. 21, 117, co. 1 in relazione all'art. 10 CEDU. Attraverso un *excursus* della giurisprudenza nazionale e convenzionale (ex multis C. Cost., sentenze 11/1968, 84/1969, 172/1972, 1/1981, 126/1985, 112/1993, 155/2002, 37/2019, 206/2019; Corte EDU, sent. 6 novembre 2018, *Vicent del Campo contro Spagna*, sent. 17 dicembre 2004, *Cumpănă*, sent. 7 marzo 2019, *Sallusti vs. Italia*) la Consulta evidenzia come «il bilanciamento sotteso alle norme del codice penale e in quelle della vigente legge sulla stampa – e in particolare negli artt. 595 cod. pen. e 13 della legge n. 47 del 1948– si impernia sulla previsione, in via rispettivamente alternativa e cumulativa, di pene detentive e pecuniarie laddove il giornalista offenda la reputazione altrui, travalicando i limiti del legittimo esercizio del diritto di cronaca o di critica di cui all'art. 21 Cost.; limiti a loro volta ricostruiti dalla giurisprudenza civile (a partire dalla fondamentale Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 18 ottobre 1984, n. 5259) e penale (ex multis, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 12 settembre 2007, n. 34432) sulla base dei criteri tradizionali dell'interesse pubblico alla conoscenza della notizia, della verità di essa (ovvero, nel caso di erroneo convincimento del giornalista relativa alla verità della notizia, nell'assenza di colpa nel controllo delle fonti) e della cosiddetta *continenza formale*» Un simile bilanciamento, afferma la Corte, è divenuto ormai inadeguato, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU, che al di fuori di ipotesi eccezionali considera sproporzionata



e 10 CEDU, della comminatoria della pena detentiva per il delitto di diffamazione a mezzo stampa (art. 595, co. III c.p.), per consentire al Parlamento di intervenire sulla legislazione vigente, evoca un *modus operandi* non sconosciuto al giudice delle Leggi che, in passato², ha rafforzato la portata del c.d. diritto giurisprudenziale.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sul bilanciamento tra la libertà di “informare” e “formare” la pubblica opinione e la tutela della reputazione individuale, afferma che il compito a cui essa è preposta è quello di “*verificare ex post, su sollecitazione dei giudici comuni, la compatibilità delle scelte compiute dal legislatore con la Costituzione e, mediatamente, con gli strumenti internazionali al cui rispetto l’ordinamento si è vincolato, sulla base dei principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale*”. Proprio i principi di diritto elaborati dalla Consulta così come la funzione nomofilattica dalla Suprema Corte di Cassazione, volta a garantire l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, rappresentano il veicolo per creare diritto che vincola l’attività giurisdizionale.

La pronuncia appena richiamata offre lo spunto per alcune cursorie e ricognitive considerazioni sulla tematica dell’interpretazione giuridica e, in particolare, del diritto giurisprudenziale.

Prima di affrontare tali questioni è opportuno precisare il delimitato perimetro di analisi entro cui si intende soffermarsi. Nella consapevolezza di quanto complesso sia l’argomento in oggetto e della vastità dei problemi a esso annessi - che investono in maniera trasversale più settori del diritto - lo scopo del presente lavoro è quello di ricapitolare le posizioni offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, evidenziandone gli aspetti ancora controversi. Senza alcuna pretesa di fornire soluzioni univoche, quanto spunti riflessivi, uno degli aspetti da considerare è come viene declinata la funzione

l’applicazione di pene detentive, ancorché sospese o in concreto non eseguite, nei confronti di giornalisti che abbiano pur illegittimamente offeso la reputazione altrui.

² Il riferimento è al caso *Cappato*, sentenza 22 novembre 2019, n. 242. La Corte in tale occasione ha censurato l’art. 580 c.p. nella parte in cui non “*non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente*”, per violazione degli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., nonché degli artt. 2 e 8 CEDU, in ordine alla libertà di autodeterminazione del singolo nelle scelte afferenti alla propria persona.

interpretativa in materia penale; *in primis* perché, nell'ambito del diritto penale, il binomio autorità-libertà emerge in maniera evidente.

In questi termini, il rapporto tra pretese punitive dello Stato (attraverso la repressione del crimine) e necessità di salvaguardare la libertà dell'individuo impone un più attento bilanciamento dei valori in gioco.

Ci si è chiesti, quindi, come deve essere qualificata l'attività del giurista nell'interpretazione della norma penale, *sub specie* quella dell'organo giurisdizionale.

E invero, le problematiche che si intendono trattare sono due: se, e in che termini, il giudice penale possa creare diritto attraverso l'interpretazione giudiziaria; se il diritto di fonte giurisprudenziale possa essere inteso come fonte giuridica, in materia penale, tenendo conto dell'incidenza (talvolta innovativa) del diritto convenzionale³.

³ Per "diritto convenzionale", generalmente, si intende il diritto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o CEDU (in francese: "*Convention européenne des droits de l'Homme*") per distinguerlo dal diritto dell'Unione europea, in passato noto come diritto comunitario. La CEDU, firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai 12 stati al tempo membri del Consiglio d'Europa (Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia) è un trattato internazionale volto a tutelare i diritti umani e le libertà fondamentali in Europa. La peculiarità che investe l'organizzazione del Consiglio d'Europa riguarda i suoi componenti: solo alcuni dei paesi che vi hanno aderito fanno parte dell'U.E. (28). Per tale motivo, la comunità scientifica è solita distinguere "la piccola e la grande Europa" per indicare l'eterogeneità tra gli ordinamenti giuridici dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa.

La Convenzione ha istituito la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), che può essere adita dai singoli individui e non dagli Stati, come invece accade per la Corte di Giustizia dell'U.E. (CGUE).

Queste poche differenze *ivi* manifestate fanno emergere come diverso sia lo scopo perseguito da tali organismi: la CEDU è stata istituita per la tutela dei diritti della persona; ulteriori ed aggiuntivi sono gli obiettivi perseguiti dall'U.E. Quanto di interesse, occorre evidenziare due aspetti: l'inquadramento giuridico della CEDU nel sistema delle fonti nazionali e l'incidenza della giurisprudenza convenzionale nell'ordinamento interno. Rinviando la seconda questione prospettata nella trattazione che segue, qualche accenno va fatto al primo aspetto richiamato. Per lungo tempo, la giurisprudenza nazionale e la dottrina hanno mostrato atteggiamenti di netta chiusura verso la CEDU e, in particolare, nell'attribuire alla stessa rango costituzionale. Dirimente è stata la posizione assunta dalla Corte costituzionale, nel tentativo di valorizzare il c.d. "dialogo tra Carte e Corti". Infatti, la svolta si è avuta con le "sentenze gemelle" nn. 348 e 349 del 2007, ove i giudici delle leggi hanno chiarito la portata e gli effetti del limite del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, previsti dall'art. 117 Cost. In sostanza la Consulta ha attribuito alla CEDU la qualifica di "norma interposta" rispetto al parametro

Il dubbio sull'effettiva valenza dell'espressione "diritto giurisprudenziale", nel nostro ordinamento, si pone alla stregua della struttura che caratterizza lo stesso sistema di diritto positivo. Se, per la teoria della separazione dei poteri⁴, la funzione legislativa spetta al parlamento, può il potere giurisdizionale – nelle vesti del giudice che applica la legge - creare diritto? Può la giurisprudenza addivenire a fonte del diritto in materia penale, alla stregua di una legalità formale?

Si anticipano le risposte ai quesiti posti, affermando quanto segue.

Il giudice, in quanto applica la legge, crea diritto, un diritto giurisprudenziale che non può essere considerato come fonte normativa ma strumento per enunciare principi di diritto, *rationes decidendi*, tali da indirizzare lo stesso organo giurisprudenziale nella risoluzione di controversie e antinomie. Pertanto, se per orientamento consolidato si afferma che è proprio il "diritto vivente" a essere il risultato dell'attività ermeneutica, irrisolta è la *vexata questio* sulla sua natura giuridica ovvero se possa considerarsi o meno fonte del diritto.

Le soluzioni prospettate variano, come si vedrà di seguito, a seconda della funzione che si intende attribuire alla legalità nonché all'incidenza del diritto convenzionale ed euro-unitario nell'ordinamento interno.

2. L'interpretazione giuridica e diritto vivente.

L'interpretazione, in quanto attività ermeneutica necessaria ma non sufficiente dell'*iter* decisionale in ambito giuridico, rappresenta uno degli aspetti più emblematici nello studio del diritto, proprio per l'importanza che a essa si attribuisce. Se alcun problema si riscontra in ordine alla sua definizione, qualche dubbio è sorto nel momento in cui l'attività interpretativa del giudice si intreccia con il sistema delle fonti. Le questioni vengono a complicarsi nel momento in cui lo scenario di riferimento oltrepassa i confini nazionali.

Un passo alla volta.

costituzionale. Questo vuol dire che qualsiasi contrasto tra norma interna e norma convenzionale non legittima il giudice interno all'automatica disapplicazione della norma nazionale, piuttosto sarà tenuto a sollevare una questione di legittimità costituzionale, rimandando la risoluzione del conflitto alla Consulta. La letteratura in materia è oramai sterminata, senza pretesa di esaustività, tra i tanti, VIGANO', *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico italiano nella prospettiva della Corte costituzionale*, Zagabria, 2019, relazione consultabile online sul sito della Corte costituzionale; CAIANIELLO, MANES, *Introduzione al diritto penale europeo: fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁴ J. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Ginevra, 1748.

Con la locuzione “interpretazione della norma penale”⁵ si intende quel complesso di operazioni intellettuali volte ad individuare il significato (tra i possibili) da attribuire a una previsione normativa, che sarà applicata al caso concreto. In tal senso, l’interpretazione va intesa come attività conoscitiva. Tuttavia, il termine “interpretazione” si presta, anche, a indicare il risultato a cui si perviene attraverso la già menzionata attività interpretativa.

L’interpretazione della legge trova compiuta disciplina nelle preleggi al Codice civile, all’art. 12 che enuncia il principio “*in claris non fit interpretatio*” ove nell’applicare la legge non si può attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole; oltre all’interpretazione letterale, si è soliti fare riferimento anche al metodo di interpretazione teleologica e logico-sistematico.

Per quanto di interesse, un cenno va fatto all’interpretazione giudiziale, ovvero quella compiuta dal giudice nell’esercizio delle sue funzioni. Il linguaggio giuridico seppur tecnico, in materia penale, impone al legislatore di redigere norme chiare e di facile comprensione mediante il ricorso a elementi c.d. rigidi (tali sono gli elementi descrittivi -naturalistici o numerici-

⁵ Cfr., per tutti, ANTOLISEI, *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Problemi penali odierni*, Milano, 1940; SCARANO, *Il problema dei mezzi nell’interpretazione della legge penale*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, II, Milano, 1952; GIANNOTTA, *Un problema di interpretazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1954; BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1995; PAGLIARO, *Testo e interpretazione delle leggi penali*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1997; Id. *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2000; PALAZZO, *Regole e prassi dell’interpretazione penalistica nell’attuale momento storico*, in *Dir. priv.*, 2000-2001, VII-VIII, *L’interpretazione del giurista*; VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, ed. III; FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005; Id., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Roma 2006 Id., *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. dir. it. proc. pen.*, 2009, 93 ss.; VILLA, *La teoria dell’interpretazione giuridica fra formalismo e anti-formalismo*, in *Etica e politica*, 2006; Id., *Lineamenti di una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, in *Cass. pen.*, 2005; PULITANO, *Sull’interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Scritti in onore di Marinucci*, Milano, 2006; MOCCIA, *Sulle precondizioni dell’ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in *Criminalia*, 2012; CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Stile*, a cura di A. Castaldo e altri, Napoli, 2013; GUASTINI, *Teorie dell’interpretazione. Lo stato dell’arte*, in *Lavoro e diritto*, n. 2-3 del 2014; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale-parte generale*, ed. VII, Bologna, 2017; 123 ss.; MANTOVANI., *Diritto penale*, ed. IX, 2015; J. CASAS, *L’ermeneutica nella teoria comunicazionale del diritto: la teoria dei testi*, in *Il Mulino - Rivisteweb*, I, 2018; SPANGHER, FILIPPI, CORBETTA, *Atti difensivi penali*, ed. IV, Milano, 2019.

) ovvero quelli elastici, ove è lasciato al giudice un certo margine di valutazione. Tanto in ottemperanza del principio di determinatezza o precisione⁶. Allo stesso modo, l'organo giudicante è tenuto a svolgere le sue funzioni giurisdicenti nel rispetto del divieto di analogia⁷.

L'interpretazione non è scevra da limiti o vincoli. Infatti, non può essere un'attività arbitraria né meramente discrezionale, seppur funzionale a colmare le lacune del sistema. Anzi, si è soliti parlare di discrezionalità tecnica, ove il giudice è tenuto a individuare la norma *hic et nunc* corretta che trova espressione nella disposizione legale⁸. Emerge, pertanto, uno stretto legame

⁶ Il principio di determinatezza o tassatività è espressione della legalità in senso stretto. È frequente in dottrina l'impiego dei termini "tassatività" o "determinatezza" come sinonimi. Una certa impostazione (MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 57 ss.) preferisce prospettare una triplice distinzione tra "principio di precisione", "principio di determinatezza" e "principio di tassatività": il primo comporterebbe l'obbligo per il legislatore di descrivere con massima precisione il fatto di reato e le conseguenze sanzionatorie; il secondo imporrebbe, altresì, al legislatore di prevedere come reati fatti suscettibili di essere provati nel processo secondo criteri di esperienza; il terzo, infine, vieterebbe l'interpretazione e l'applicazione analogica delle norme.

In argomento, RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979; SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1976; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Milano, 1979; Id., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. Stile, Napoli, 1991, 25 ss; VISCONTI, *Determinatezza della fattispecie e bilanciamento degli interessi*, in *Foro it.*, 1995, I, 2773 ss; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 215 ss; LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1, 122; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale-parte generale*, ed. VII, Bologna, 2017; 123 ss.; MANTOVANI., *Diritto penale*, ed. IX, 2015; LAURITO, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazione sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea a margine del caso Taricco*, in *Arch. pen.*, II, 2017.

⁷ L'analogia è quel procedimento interpretativo che, in mancanza di un'espressa statuizione legislativa, deduce la disciplina da applicare al fatto in esame dalle regole dettate per un caso simile (*analogia legis*) o dai principi generali dell'ordinamento (*analogia iuris*). Ed invero, sebbene l'art. 14 disp. prel. c.c. afferma che le leggi penali non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati, l'orientamento maggioritario ritiene che il divieto in parola non assuma connotati assoluti bensì relativi; infatti, compatibile con i principi generali in materia è la c.d. *analogia in bonam partem*. Per una più puntuale analisi del tema si rinvia a BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, 55 ss; VELLUZZI, *Sulla nozione di "interpretazione giuridica corretta" (e sui rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cass. pen.*, 2004, 2598; VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942, 32 ss.

⁸ DOGLIANI, *Il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 17, Torino, 2007, p. 65; BETZU, *Diritto*

tra interpretazione e applicazione della norma: non può esserci applicazione del diritto senza interpretazione. Secondo una certa impostazione, *“l’applicazione del diritto scompare quasi dietro la presenza assorbente dell’interpretazione, tale da rendere la prima una semplice operazione logica, consequenziale alla seconda”*⁹.

A questo punto, viene da chiedersi quale sia la funzione dell’*interpretatio*, o meglio se questa vada intesa come atto di conoscenza o come atto di “creazione” e quale sia il legame tra interprete e testo da interpretare.¹⁰ In tal senso, si è soliti distinguere tra concezioni cognitive e volutaristiche.

Tra le prime, diverse sono le posizioni assunte: secondo un certo modo di vedere, l’interpretazione è un processo intellettuale a mezzo del quale si perviene alla conoscenza del contenuto di una qualunque disposizione normativa (una legge, per esempio); secondo altri, invece, l’interpretazione non si limita alla conoscenza ma funzionale all’individuazione del significato, tra i più, che meglio di adatta al fatto in esame. Interpretare significa, quindi, attribuire valore alla norma analizzata, individuandone lo spirito.

Nell’alveo delle concezioni volutaristiche, invece, l’elemento comune è la volontà del soggetto agente a determinare l’attività interpretativa¹¹; seguendo tale impostazione, si rischia di inciampare nei c.d. pre-concetti o pre-giudizi.

Le tesi sinora prospettate, aldilà dell’impostazione a cui si intende aderire (interpretazione conoscitiva e/o creativa), rappresentano la premessa necessaria di questo *iter* argomentativo; infatti, il punto dolente della questione è capire se, e in che termini, possa parlarsi di diritto penale giurisprudenziale; se l’interpretazione offerta dal giudice, su piano pratico-risolutivo, possa o meno addivenire a strumento per creare diritto.

In altri termini, bisogna chiedersi: può il giudice- applicando la legge- creare diritto?

Il quadro sinora delineato in dottrina e giurisprudenza vede, per così dire, due orientamenti contrapposti.

giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale, Il Mulino – Rivisteweb, 2017.

⁹ ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, 161 ss.

¹⁰ Questa distinzione viene offerta da ZAGREBELSKY, *ivi.*, 166. In tal senso l’autore afferma che *“l’interpretazione del diritto è funzionale al solo diritto e che l’applicazione non è altro che il suo calare sul fatto”*. Nell’analizzare i caratteri comuni di ogni tipo di interpretazione, sostiene che *“l’interpretazione è il centro di flussi di influenza, che convergono da due opposte direzioni, provenienti dal testo e dai destinatari del testo”*, ove il fattore tempo è la stessa chiave di lettura.

¹¹ Vedi GUALTIERI, *Interpretazione, creazione e analogia in materia penale: spunti di riflessione a partire dal caso Contrada*, in *Arch. Pen.*, I, 2018. GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, in *Osservatorio sulle fonti* (Online), 2015, 7 ss.

Secondo una prima ricostruzione¹², la sovrapposizione tra attività interpretativa e funzione giudicante consentirebbe allo stesso giudice di creare un nuovo diritto: un diritto giurisprudenziale sganciato dal diritto legislativo. In tal senso, si attribuirebbe un ruolo “normativo” all’organo giurisdizionale, consistente nella creazione di nuove fattispecie incriminatrici. I fautori di questa scuola di pensiero ritengono che diversi siano i fattori che hanno contribuito al rafforzamento del potere giudiziario, a partire dal dissesto della produzione legislativa (si pensi alla legislazione emergenziale che spesso si rivela inconsistente, perché poco chiara e contraddittoria), fino allo stravolgimento della gerarchia delle fonti nella dimensione sovranazionale. Tale scenario evocherebbe una realtà ove la legalità vive la sua “crisi”¹³ e perciò solo sarebbe consentito un capovolgimento della funzione dei poteri, tale da attribuire un nuovo ruolo all’organo giudicante.

¹² I sostenitori di tale impostazione ermeneutica richiama la teoria normativistica di Hans Kelsen, ove l’interpretazione viene intesa come attività volitiva, la cui validità è indipendente al contenuto delle stesse pronunce giudiziarie. Kelsen afferma che la differenza tra legislazione e giurisdizione è quantitativa e non qualitativa; ne consegue che il potere giudiziario è libero e legittimo di creare norme. Per una più puntuale analisi della questione si rinvia a KELSEN, *Sulla teoria dell’interpretazione* (1934), in Id., *Il primato del Parlamento*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1982. La tesi è ripresa nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934) trad. it. a cura di R. Treves, Einaudi, Torino, 1970; ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto* (2007) in Id., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012; KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica* (1984), trad. it., a cura di G. Marino, Giuffrè, Milano 2003; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004; FARALLI, *Il giudice e il diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004; PASTORE, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 2014; VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 2015; CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, nel cui cap. II, pp. 87-223, che reca il titolo significativo *Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva*.

¹³ La parola più utilizzata negli scritti dell’ultimo ventennio è proprio “crisi”. Per una più approfondita analisi delle cause della crisi della legalità si rinvia a PALAZZO, VIGANO’, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018, 130 ss.; GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2011; PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità in diritto penale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2014; PULITANO’, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015; FERRAJOLI, *Contro l’interpretazione creativa*, in *Questione Giustizia*, IV, 2016: l’autore, in merito all’espansione della giurisdizione e del potere dei giudici, individua una serie di fattori così riassumibili: la responsabilità della politica per il dissesto della produzione legislativa, la struttura multilivello degli ordinamenti, lo sviluppo dello stato sociale e della sua crisi e, infine, la tendenza del potere giudiziario di dilatare il proprio ruolo; Id., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2014, 218 ss; SCEVI, *La crisi della legalità nel diritto*

Una crisi della legalità che altro non è il riflesso di una democrazia confusa e disorientata, ove tanto l'esecutivo quanto la magistratura vedono compromessa la loro autorevolezza, perdendone credibilità¹⁴. Infatti, si afferma che due sono i risvolti della crisi della legalità: crisi della legge come strumento di normazione e crisi dell'ordinamento¹⁵.

D'altro canto, l'espressione "interpretazione creativa" - come delineata - è criticata da quell'impostazione ermeneutica secondo la quale l'affermazione "il giudice può creare diritto" conduce a un paradosso, in quanto l'interpretazione di una norma di legge non potrebbe per definizione essere creativa (attribuendo un senso che non è propria della legge)¹⁶.

L'uso dei termini "creativo" e "normativo" associati alla funzione giurisdizionale finirebbero per legittimare interpretazioni arbitrarie. Piuttosto, attraverso la funzione interpretativa, il giudice produce "diritto vivente"¹⁷.

penale. Progressiva dissoluzione o transizione verso una prospettiva di crescita?, in *Arch. pen.*, III, 2017; LANZI, *L'attuale crisi della "legalità" nel Sistema penale italiano*, in *L'indice penale*, 2019; GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, 2020, p. 22; GIUNTA, *Dietro la crisi della legalità*, in *Diritto di impresa*, 2020;

¹⁴ Proprio sul tema della credibilità dell'organo rappresentativo e giudicante si rinvia a PECORELLA, *Law in action: per una nuova legalità*, in *Diritto di Difesa*, 2020; Id., *La crisi della legalità come crisi della democrazia rappresentativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018.

¹⁵ PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014, 169 ss.

¹⁶ LAMORGESE, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Questione giustizia*, IV, 2016. Id., *L'interpretazione creativa e il valore del precedente nella giurisdizione ordinaria*, in *Riv. dir. pub. it., comp., europeo*, 2018, consultabile online: www.federalismi.it. L'autore fa riferimento alla teoria positivista, che invoca il "ritorno al testo normativo" secondo lo schema "fattispecie-regola-decisione", e a quella storicistica che valorizza la "fattualità del diritto", promuovendo la funzione creativa del giudice nel caso particolare.

¹⁷ Tra i moltissimi contributi sul tema, e senza pretesa di esaustività, cfr. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I; COMBA, *La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione*, in *Giur. it.*, 1992; C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente*, a cura di D. Nocilla, Milano, 1992; Id, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, I; LIEBMANN, *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968; BROGGINI, *Comprensione e formazione del diritto: storia e diritto vivente*, in *Jus*, 1997; MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, II; ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente* (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138), in *Giur. cost.*, 1998; ID, *La corte costituzionale e il «diritto vivente»*, ivi, 1984, I; ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1957; Id, *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, ivi, 1958, in AA.VV., *Tradizioni e diritto vivente*, Padova, 2003; V; GAMBINI, *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, I;

Non può dirsi del giudice un mero linguista, che si limita a individuare la norma più confacente al caso concreto, ma un giurista che deve valutare complessivamente il caso pratico sottopostogli. Pertanto, come afferma parte della dottrina¹⁸, è empiricamente falso affermare che il giudice non crea diritto. La creatività che si desume dalla sua interpretazione non può essere intesa come mera discrezionalità o arbitrio, piuttosto va declinata alla stregua della regola costituzionale secondo cui il giudice è soggetto alla legge ed è deputato, secondo le leggi della Repubblica, a decidere «in nome del popolo» ai sensi dell'art. 101, primo comma, Cost. L'interpretazione giurisprudenziale trova, quindi, la sua funzione e limite nel c.d. diritto vivente. Questo si contrappone al c.d. "diritto vigente" o positivo, frutto dell'attività legislativa.

Per diritto vivente si intende quell'opinione maturata dalla giurisprudenza e dalla dottrina in ordine al significato giuridico da attribuire ad una determinata disposizione normativa; con riferimento all'attività giudiziaria, altro non è il principio di diritto *ivi* elaborato. Integra, quindi, il diritto vivente "la disposizione (il testo legislativo) nel significato normativo che ad essa viene assegnato dalla giurisprudenza, ossia nel significato in cui essa vive nella realtà giuridica"¹⁹.

In altri termini, come afferma altra dottrina "il diritto vivente è, quindi, il diritto attuale ed effettivo che governa l'intera nostra vita pratica"²⁰; un diritto ampio,

CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005; EVANGELISTA, CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008; ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia dir.*, 2008; MANGIAMELLI, *Sentenze interpretative, interpretazione giudiziale e «diritto vivente» (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino)*, in *Giur. cost.*, 1989, II; MENGONI, *Diritto vivente*, voce in *Digesto civ.*, Torino, 1990; MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari 1979; D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012; MESSNER, «Diritto vivente» - *Performativo, non discorsivo*, in *Politica del diritto*, 2011; PAGLIANTINI (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza - Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi*, Torino, 2011; SALVATO, *profili del "diritto vivente" nella giurisprudenza costituzionale*, 2015, consultabile online: www.cortecostituzionale.it; FERRAJOLI, *Contro l'interpretazione creativa*, in *Questione Giustizia*, IV, 2016; PALAZZO - VIGANO', *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018.

¹⁸ BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Giuffrè, 1994, p. 120.

¹⁹ Quanto affermato da GAMBARDELLA, *Diritto giurisprudenziale e mutamento legislativo. Il caso del delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Cassazione penale*, XI, 2014, 3707-3717.

²⁰ RESTA, *Diritto vivente*, Bari-Roma, Laterza, 2008, 32 ss.

che si compone non solo della norma al momento in vigore ma anche, e soprattutto, del sentire della realtà sociale da regolamentare. Fattore determinante è non solo il valore (o significato) sotteso a quella data impostazione ermeneutica, quanto lo stesso contesto culturale o momento storico in cui questa si inserisce.

Non è forse il mutamento giurisprudenziale esso stesso il frutto di un'interpretazione che risente in parte del sentire comune, o meglio della coscienza sociale?

Il sintagma "diritto vivente", infatti, è frequentemente utilizzato dei giudici costituzionali e di legittimità nel dirimere conflitti su questioni che, quasi sempre, richiedono un delicato bilanciamento dei valori costituzionalmente garantiti. Valori che si esprimono nella dinamicità della vita e richiedono tutela. Non è un caso, che questa disamina abbia preso le mosse dall'ordinanza della Consulta del 26 giugno 2020, n. 132, sulla legittimità costituzionale della comminatoria della pena detentiva per il delitto di diffamazione a mezzo stampa (art. 595, co. III c.p.).

Semplicemente, questo contrasto tra norma scritta e diritto in divenire (*rectius* vivente) è espressione del più primordiale dualismo tra diritto come forma e diritto come sostanza, o meglio tra *lex* e *ius*²¹. Lo "*ius contra lex*" per certi versi è richiamato al fine di valorizzare l'importanza applicativa del diritto per colmare lacune normative, pur non mancando opinioni dissenzianti. Orbene, preso atto dell'abbandono della cultura della legge nei tribunali a favore del senso comune di giustizia, si sostiene che la Corte Suprema ha ormai posto alla base della sua funzione nomofilattica la c.d. giurisprudenza creativa, per poi pretendere dai giudici di merito il rispetto del divieto dell'art. 14 disp. prel.²²

Se quanto appena detto viene traslato in un ambito specifico, quale il diritto penale, le risultanze saranno le medesime: il giudice, anche in questo caso, è chiamato a interpretare un precetto, adattandolo al caso concreto, al fine di punire un fatto riprovevole e penalmente rilevante. Un fatto che oggi è oggetto della pretesa punitiva dello Stato, ma che domani potrebbe non esserlo. Viceversa, quel frammento di condotta non punibile oggi, potrebbe

²¹ Per un esame più approfondito sul rapporto tra diritto come forma e diritto come sostanza si rinvia a ZAGREBELSKY, *cit.*, 10 ss.

²² La presente critica al creativismo giudiziario è mossa da MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, 161 ss. Nel presente contributo, l'autore sostiene che tale tendenza sia sufficiente ad affermare la "deriva illegalistica del diritto penale vivente". Nello specifico, la crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale mette in risalto la crisi tra *ius facere* e *ius dicere* ove lo slittamento dalla legalità verso i poteri del giudice è più vistoso e meno controllabile là dove è lasciato spazio alla discrezionalità giudiziale.

divenirlo in futuro. Agevolmente si percepisce la frammentarietà del diritto penale moderno, come diritto penale del fatto o meglio del frammento di condotta.

In definitiva, la giurisprudenza, attraverso l'ermeneutica, elabora principi di diritto, *rationes decidendi*, ferma la distinzione tra precetto da interpretare e massime di decisione²³. Il diritto vivente arriva dove la legge fallisce, dove il diritto vigente trova il suo limite. Se è vero che il diritto senza interpretazione è lettera morta, allora il giudice crea diritto. Come tale, non può che essere condivisa quell'impostazione che rinviene la funzione creativa del diritto nell'interpretazione, pur sempre conforme ai principi costituzionali.

3. Il ruolo del diritto giurisprudenziale tra certezze normative e diversità sistemiche.

Ecco il secondo quesito: può la giurisprudenza addivenire a fonte del diritto, in materia penale? In che termini può dirsi "diritto penale giurisprudenziale"? Accertata la legittimità e la capacità del giudice di creare diritto (*rectius* diritto vivente) a mezzo dell'attività ermeneutica, può quest'ultimo enucleare nuove fattispecie incriminatrici?

Il diritto giurisprudenziale²⁴ che "*si definisce, stabilisce, organizza e consolida nelle sentenze di ogni grado di giurisdizione, ma soprattutto...in indirizzi interpretativi ripetuti, tanto più rilevanti se collocato nei gradi superiori*"²⁵ può essere inteso in due modi: come *dottrina giurisprudenziale* (o dogmatica

²³ BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), Milano, 1971.

²⁴ Per una più esaustiva trattazione si rinvia a G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Esi, Napoli, 2001, 299 ss., Id., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale, 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente, a cura di L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÒ, AL. MELCHIONDA, Cedam, Padova, 2005, 280 ss; PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni Fiorentini*, 2007, 1286 ss.; Id., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, III, 4 ss.; PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.. 8. si veda, altresì, il dibattito *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?* in *Criminalia* 2011, 77 ss. con interventi di F. GIUNTA, G. FIANDACA, A. GARGANI, C.F. GROSSO; BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in www.rivisteweb.it, 2017; MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

²⁵ L'affermazione è di DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 5 ss.

togata) quando l'operato ermeneutico del giudice si limita a una interpretazione variabile e mutabile ovvero come *giurisprudenza-fonte*, connotato da un certo grado di incisività a livello normativo, quasi normo-creativo.

Inoltre, si distingue dal c.d. *diritto dottrinale*, quello proprio degli studiosi e degli accademici. Sebbene ne condividono il fine, ciò che vale a distinguere il diritto dottrinale da quello giurisprudenziale (per primo inteso) sono le modalità di analisi e la fonte di riferimento. Nell'un caso la dottrina adopera in forma generale e astratta rispetto alla giurisprudenza che adatta il suo *dictum* al caso concreto; nell'altro caso, il diritto dottrinale si dice sia di fonte privata a dispetto del diritto giurisprudenziale che è nelle prerogative degli organi pubblici²⁶.

La questione sull'effettiva portata del diritto giurisprudenziale viene a complicarsi allorquando si aderisce alla tesi della giurisprudenza-fonte²⁷. In aggiunta a quanto già detto, in questa sede è opportuno fare alcune precisazioni. L'aspetto più problematico riguarda non tanto la sua astratta configurazione, anche a livello sovranazionale, quanto la sua conformità ai principi e regole che governano l'ordinamento nazionale, *sub specie* il diritto penale sostanziale. Aderendo alla tesi tradizionale della teoria delle fonti del diritto, la giurisprudenza non viene riconosciuta come fonte del diritto ma mezzo per dichiarare il diritto. La predetta impostazione è ormai ritenuta passata alla stregua di un sistema giuridico moderno che si confronta con

²⁶ Per una più accurata analisi del rapporto tra diritto dottrinale e giurisprudenziale (nelle forme rappresentate) si rinvia a DONINI, *cit.*, 5 ss.; Id., *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, IV, 2018. Nel primo lavoro, l'autore offre all'interprete una chiara distinzione tra diritto-fonte e diritto-concretizzazione nell'alveo del diritto giurisprudenziale. Al contempo, porta a sostegno della sua impostazione una serie di esempi. Nella categoria del diritto-concretizzazione (*rectius* dottrina giurisprudenziale) vi ricomprende ipotesi in cui si dà atto un'estensione interpretativa di una disposizione penale senza apportarvi modifiche; il caso è quello del delitto di concussione, di cui all'art. 317 c.p., che prima della novella del 2012, ricomprendeva la concussione per induzione e per costrizione. Sebbene tali fattispecie, ad oggi, sono disciplinate in due norme distinte (artt. 317 e 319 quater c.p.) non è mutata la descrizione del fatto di chi "*costringe taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità*", rispetto al passato. Di contro, esemplifica la variante del diritto-fonte l'analogia in *malam partem*, adducendo una serie di questioni pratiche.

²⁷ Descrizione del fenomeno in DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, 49 ss; OCCHIPINTI, *Interpreti e fonti del diritto nella globalizzazione giuridica*, in *Giurisprudenza penale*, I, 2019; TORDINI CAGLI, *Il giudice legislatore e la legalità apparente: il disastro ambientale*, in *Arch. pen.*, II, 2020.

più ordinamenti e con una pluralità di fonti, normative o meno, che ora sono ricondotte all'alveo del *soft law*, ora dell'*hard law*, fino alla categoria del *fast law*.

Ammettere, quindi, l'equazione diritto giurisprudenziale-fonte del diritto, vuol dire sostenere a livello ideologico la distinzione tra disposizione e norma (nel più ampio contesto dell'interpretazione)²⁸. Specularmente, deve darsi atto che la critica all'immagine del giudice "burocrate creativo"²⁹, come provocazione culturale per sollecitare una più proficua riflessione sul tema, risulta sotto questo aspetto ampiamente alimentata.

Infatti, l'uso distorto e non contestualizzato di espressioni come "giurisprudenza normativa" oppure "giurisprudenza creativa" hanno indotto l'interprete a discorrere di "potere normativo giurisprudenziale"³⁰. Se per un verso, queste locuzioni esprimono un giudizio di incompatibilità tra questo tipo di ermeneutica giurisprudenziale e il sistema di diritto positivo interno, per altro verso non si nega la loro portata dirompente in termini di tutela e rafforzamento dei diritti fondamentali. Tanto si rende possibile attraverso un'attenta decodificazione dei predetti lemmi.

Lo scenario giuridico-culturale delineato in questi ultimi decenni, secondo l'indirizzo³¹ in maggioranza seguito, ha portato a uno stravolgimento dell'articolazione dei poteri dello Stato.

Causa di questo depotenziamento una serie di fattori: tra questi la c.d. "crisi della legalità"³², cui segue l'alterazione del sistema delle fonti del diritto³³ e,

²⁸ La distinzione tra disposizione e norma, quale premessa necessaria per legittimare l'ingresso della giurisprudenza-fonte è richiamata in DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 35 ss.. L'autore rappresenta come gli studiosi della teoria escludono che l'autore della "norma" (desunta dalla disposizione) sia 'fonte' del diritto a prescindere che il suo prodotto sia contenuto in pronunce vincolanti o meno. Sul tema anche: R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, 15 ss., 136 ss., 497 ss.; Id., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 35 ss., 398 ss.; Id., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, 51 ss., 77 ss.; v. pure F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 2012, 58 ss., 78 ss. e 272.

²⁹ L'espressione è utilizzata da GIUNTA nella nota introduttiva al dibattito "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale", in *Criminalia*, 2016, 157 ss.

³⁰ La stessa Consulta ha fortemente criticato la legittimità del "potere normativo giurisprudenziale", in particolare nella sentenza 12 ottobre 2012, n. 230.

³¹ Si rinvia, per approfondimento, alla nota 12 nel paragrafo precedente.

³² Come già rappresentato nella nota 13 nel paragrafo precedente.

³³ L'appartenenza ad organizzazioni internazionali *sui generis*, quali l'Unione europea e il Consiglio d'Europa, impone un raffronto tra diritto interno e diritto europeo e convenzionale. Nello scenario europeo, seppur implicitamente, vige il principio del primato del diritto europeo (prima comunitario); la norma europea ha la medesima portata giuridica di quella costituzionale, in forza del combinato disposto di cui agli

più in generale, l'ingresso di taluni istituti sconosciuti ai sistemi di *civil law*. A titolo esemplificativo si richiamano quelli dello *stare decisis* e dell'*overruling* che, per caratteristiche e funzioni, assumono una notevole importanza nella tematica della funzione creativa o meno della giurisprudenza, specialmente sotto il profilo del coordinamento tra piani giuridici di diversa tradizione.

Riguardo la "crisi della legalità o della legge", non mancano voci che affermano che proprio il diritto giurisprudenziale è sia fonte che conseguenza dello svuotamento contenutistico della legalità³⁴; tra l'altro, oggetto di annoso dibattito tra dottrina e giurisprudenza è se sia corretto distinguere

artt. 11 e 117 Cost. L'incompatibilità tra norma nazionale e norma europea dotata di efficacia diretta, seguendo il principio *ut supra*, impone al giudice operante di disapplicare (o meglio non applicare) la norma nazionale in contrasto con i principi euro-unitari. I rapporti tra ordinamento interno e norme CEDU, invece, soggiacciono a diverse modalità di raffronto, stante la loro natura di norme gerarchicamente interposte alla Costituzione. Per tal motivo, il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi. Per una più accurata analisi si rinvia a LEO, *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in *Questioni giustizia*, 2016, M. ESPOSITO, *Il disordine del sistema delle fonti tra alterazioni e surroghe (appunti sugli effetti della c.d. integrazione europea)*, in *Giur. Cost.*, 2020.

³⁴ Tanto è affermato da TORDINI CAGLI, *cit.* In questo contributo l'autrice affronta la tematica della crisi della legalità, nel solco del rapporto tra diritto vivente e legalità formale, alla luce delle irrisolte questioni che investono la categoria degli eco-reati, specie il disastro ambientale. Si afferma che proprio l'inadeguatezza della legislazione penale e l'immobilismo del legislatore hanno portato il giudice a creare una (o più) fattispecie penali, quali il disastro ambientale o eco-sanitario. Sulla base di tale argomentazione, si afferma che "*emerge chiaramente in questo percorso uno svuotamento contenutistico della legalità, che è tale solo nella forma esteriore ma tradisce le sue implicazioni fondanti: la legge perde il suo contenuto precettivo per assumere solo una valenza simbolica. Il rapporto tra ruolo del legislatore e ruolo del giudice si inverte: la legge non garantisce più la certezza del diritto, il ruolo di garante della certezza è delegato al giudice*". Si rinvia, altresì, a DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, 134; Tavola rotonda dal titolo *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?* con interventi di C. DE MAGLIE, F. FIANDANESE, S.RIONDATO, V. MAIELLO, A. VALLINI, in *Criminalia* 2013, 205 ss DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di BISCOTTI, BORSELLINO, POCAR, PULITANÒ, Milano, 2012, 90; MANNA, Considerazioni introduttive su: "*Il principio di legalità tra legislatore e giudice*", relazione introduttiva al Convegno su: "*Il principio di legalità tra legislatore e giudice*", Università di Foggia, Dipartimento di Giurisprudenza, 25 settembre 2019.

tra nuova e vecchia legalità³⁵ e quale il ruolo della giurisprudenza della Corte EDU, intesa come fonte giuridica, nell'ordinamento interno.

Di contro, in maniera graduale, si è assistito all'introduzione, negli ordinamenti continentali (quale anche il nostro), di una serie di istituti propri della tradizione giuridica di *common law*: tra i tanti, la regola del precedente vincolante e dell'*overruling*. Questi, di fatto, hanno ancor più valorizzato il ruolo della giurisdizione.

Il precedente vincolante o *stare decisis*, di fonte consuetudinaria, si sostanzia nell'obbligatorietà delle decisioni giurisdizionali, su un determinato punto di diritto, per i giudici che si trovino, successivamente, investiti della medesima questione. Nel sistema di diritto positivo interno, benché sia improprio l'utilizzo del sintagma "precedente vincolante", senza timore si parla di precedente temperato avendo riguardo al meccanismo della remissione obbligatoria alle SS.UU. della Cassazione ad opera delle Sezioni semplici, quando non ritengono di aderire al principio di diritto enunciato in precedenza³⁶. La norma di riferimento è l'art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p. come modificato dalla L. 23 giugno 2017, n. 103 (Riforma Orlando). La ratio di tale previsione è quella di assicurare la prevedibilità delle decisioni.

Come affermato³⁷, l'obbligatorietà della rimessione non intacca l'attitudine al dialogo all'interno della Suprema Corte piuttosto introduce un sistema graduale di precedente. Sebbene la norma in questione non preveda alcuna sanzione in caso di sua inosservanza, si ritiene che la sentenza emessa dalle

³⁵ Si rinvia al paragrafo successivo per l'approfondimento della legalità convenzionale.

³⁶Per una più approfondita analisi si rinvia a SPANGHER, *Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza*, in *dir. pen. e proc.*, VIII, 2018; CALIGARIS, *Le modifiche dell'art. 618 c.p.p.: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, in *Leg. Penale*, 2018; FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e precedente di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; Id., *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della cassazione penale, in questione giustizia*, IV, 2018: l'autore afferma che "l'ultimo intervento sull'art. 618 c.p.p. il legislatore è ritornato sui suoi passi, riproponendo una disciplina che, all'indomani del nuovo codice di procedura penale, era stata ritenuta "pericolosa" per il sistema di giustizia penale"; PAULESU, *Conflitti interpretativi in Cassazione, principio di diritto e valore del "precedente" nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, IV-V, 2019; CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione giustizia*, 2018. *Nel diritto anglosassone: MATTEI – ARIANO, Il modello common law*, Giappichelli, 2018; MARANDOLA, *La nomofilachia "orizzontale": prime riflessioni*, in *Studium iuris*, I, 2019; DINACCI, *Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in *Arch. Pen.*, 2019; BASSI, *La gestione operativa della funzione nomofilattica della Corte suprema di cassazione*, in *Sistema penale*, IV, 2020 .

³⁷ FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e precedente di diritto*, cit., 8 ss.

sezioni semplici, inottemperante all'obbligo di rimessione, sia da considerarsi pronunciata in difetto di potere, in violazione degli artt. 101 comma 2 e 3 Cost³⁸. Quanto al principio di diritto cui fa riferimento l'art. 618, comma 1 *bis* c.p.p., secondo l'impostazione prevalente, è quello enunciato dalle Sezioni Unite all'esito del rinvio disposto che ha per oggetto l'intero ricorso e non la sola specifica questione; potrebbe, quindi, accadere che il principio *ivi* affermato risulti estraneo alla questione controversa ma pur sempre collegato al ricorso principale³⁹.

Frequente è, poi, il richiamo dell'istituto dell'*overruling*, enucleato nel diritto americano e inglese⁴⁰ e ormai recepito dalla giurisprudenza nazionale, prima in materia civile e amministrativa, poi, in quella penale, soprattutto processuale⁴¹.

³⁸ IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, 2300 ss.

³⁹ Sul tema del concetto di principio di diritto si rinvia a FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e precedente di diritto*, cit., 10.

⁴⁰ Nel diritto americano, le aspettative vantate da coloro che fanno affidamento sul precedente giurisprudenziale sono tutelate attraverso due tecniche: l'*anticipatory overruling* e il *prospective overruling*. La prima deroga lo *stare decisis* in senso verticale, riconoscendo alla Corte inferiore il potere di non seguire l'orientamento precedentemente enunciato dalla Suprema Corte; la seconda deroga lo *stare decisis* in senso orizzontale, consentendo al giudice di non seguire i suoi precedenti *pro futuro*.

Per un inquadramento generale del potere dell'*overruling* nel diritto americano e anglosassone si rinvia a LEVY, *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling*, in 109 *U. Pa. L. Rev.*, 1960, 7 ss; MANDELLI, *Recenti sviluppi dello Stare Decisis in Inghilterra ed in America*, 1979; BRATZ, *Stare Decisis in Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent*, 60 *Wash. L. Rev.* 87, 1984, p. 97; KNIFFEN, *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals*, 51 *Fordham L. Rev.* (1982); MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2010, 161 ss; AJANI –PASA, *Diritto comparato: casi e materiali*, 2013, cap. 6 "giudici e dottrina nel Common Law statunitense", 286 ss; con particolare riferimento all'ordinamento inglese cfr. DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 117 ss.; CALZOLAIO, *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 67, 2013, 899 ss.

⁴¹ Sul punto cfr. INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, 1988; VIGLIONE, *L'Overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, 2014, p. 9; CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, *L'Overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, relazione n. 31 del 29 marzo 2011, Roma; G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso da un Overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in *AIC*, I, 2012; CAVALLA, CONSOLO, DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di Overruling*, in *Cor. giur.* 2011; LANZAFAME, *Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza*

Per *overruling* deve intendersi un mutamento repentino e imprevedibile della giurisprudenza su una regola del processo, che consente al giudice di applicarlo retroattivamente alle questioni giuridiche già sorte. Tale previsione, nel nostro ordinamento, ha subito un temperamento in ragione dell'affidamento che si forma sull'originario precedente giudiziario, anche se errato o *contra legem*. Si tratta del c.d. *prospective overruling all'italiana* ove il precedente orientamento della giurisprudenza funge da sbarramento alla produzione degli effetti *ex tunc* della nuova impostazione ermeneutica⁴². Il giudice nazionale, secondo questa impostazione, in sede processuale, deve adottare la "tecnica della non applicazione"⁴³ del nuovo principio di diritto alle fattispecie perfezionatesi prima del mutamento di giurisprudenza, qualora lo strumento della rimessione in termini non possa operare.

italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative, in *Judicium*, 2015; VILLA, *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino, 2018;

⁴² Nella giurisprudenza penale una sentenza particolarmente importante, in tema di mutamento giurisprudenziale è la sentenza della Cassazione, SS.UU., n. 18288 del 21/01/2010 hanno ritenuto di includere *nel concetto di "nuovo elemento di diritto" ex art. 666 c.p.p. anche il mutamento giurisprudenziale che assume, soprattutto a seguito di un intervento delle stesse, carattere di stabilità ed integra il "diritto vivente"*. Recentemente la Cass. pen. Sez. V con sent., 03/03/2020, n. 12747, ha sostenuto che *"il principio secondo cui il mutamento non prevedibile della precedente e consolidata interpretazione di una norma processuale da parte della Corte di cassazione non si applica in pregiudizio della parte che abbia incolpevolmente confidato nella precedente interpretazione (cd. "overruling") non può essere invocato con riferimento ai principi affermati dalla sentenza Sez. Un, "Bajrami" del 2019, in tema di immutabilità del giudice ex art. 525, comma 2, cod. proc. pen., che ha semplicemente puntualizzato la corretta interpretazione della norma nell'ambito delle diverse letture, più o meno restrittive, sino ad allora praticate, sistematizzando la previsione di nullità rispetto alle iniziative delle parti e ai poteri del giudice in ordine alla prova"*. Sul punto cfr. PAGLIONICO, *Il precedente vincolante e la rimessione obbligatoria alle Sezioni Unite: tra tradizioni giuridiche e spinte europeiste*, in *Ius in itinere*, 2018.

⁴³ La "tecnica della non applicazione" è stata elaborata dalla Corte di Cassazione con sentenza 11 luglio 2011, n. 1514, dove si afferma che nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata interpretazione di una regola, ritenuta fino a poco prima valida, non possa operare la preclusione introdotta dall'*overruling*. Cfr. Cass. civ., sez. unite, 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, 2254, con nota di COSTANTINO e di MARZULLO; in *Giur. cost.*, 2012, 3153, con nota di CONSOLO, *Le sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «Internet-addicted» e pure «veggente»*; in *Mass. giur. lav.*, 2011, 857, con nota di IANNIRUBERTO, *Mutamenti di giurisprudenza e diritto di difesa delle parti*; in *Foro it.*, 2011, I, p. 3343, con nota di CAPONI, *Retroattività, cit.*; in *Corr. giur.*, 2011, 1392, con nota di CAVALLA, CONSOLO, DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzioni dichiarativa della giurisprudenza*.

La giurisprudenza successiva⁴⁴ ha precisato che perché possa escludersi l'operatività della preclusione derivante dall'*overruling* è necessario che sussistano tre condizioni cumulative: deve riguardare una regola processuale, deve essere stato imprevedibile e deve comportare un effetto preclusivo del diritto di azione o difesa. Per ultimo, è stata sottoposta all'attenzione della Corte di cassazione la questione se sia estensibile il concetto di *prospective overruling* alla legge sostanziale. La soluzione adottata⁴⁵ è stata orientata in termini negativi. In tale occasione la Corte di Cassazione ha affermato che *"lo strumento per ovviare all'errore oggettivamente scusabile della parte che si sia conformata alla consolidata interpretazione delle norme regolatrici del processo sia la rimessione in termini non ostando il difetto dell'istanza di parte"*.

Infine, si riporta la recente giurisprudenza della Suprema Corte che distingue tra *c.d. overruling giurisprudenziale* (oggettivamente imprevedibile), che si registra quando il mutamento concerne un orientamento fino a quel momento pacifico e consolidato, e le ipotesi di mutamento fisiologico in *bonam* o in *malam partem* (oggettivamente prevedibile), il quale si verifica quando nella giurisprudenza si delinea un contrasto tra due diverse e opposte soluzioni, successivamente risolto in un senso o nell'altro⁴⁶.

A questo punto della trattazione, nel tentativo di offrire una chiave di lettura alternativa alle sopra esposte problematiche, ove gli impulsi sovranazionali siano visti non come stravolgimento piuttosto come innovazione, alcune considerazioni vanno fatte in ordine alla nozione di legalità "allargata". Tanto al fine di vagliare l'effettiva incidenza del diritto giurisprudenziale convenzionale nell'ordinamento nazionale.

3.1. La funzione giurisprudenziale nel sistema di legalità "allargata".

Il processo di integrazione europea, da una parte, e la massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali, dall'altra, hanno dato vita a un completamento del sistema delle fonti, ora percepito in una dimensione multilivello o, è stato anche detto, a rete⁴⁷.

⁴⁴ Cass., sez. VI civ., 27 luglio 2016, n. 15530; sez. VI, 9 ottobre 2015, n. 174; sez. Un. 16 giugno 2014, n. 1367; 11 marzo 2013, n. 5962; ord. 3 settembre 2013, n. 20172; ord. 25 luglio 2012, n. 13087; ord. 20 luglio 2012, n. 12704; ord. 27 dicembre 2011, n. 28967.

⁴⁵ Cass., 12 febbraio 2019, n. 4135. Per una più approfondita disamina sulla predetta sentenza cfr. IACOBELLI, *Prospective overruling: la recente sentenza delle Sezioni Unite*, in *Giur. civ.*, V, 2019;

⁴⁶ Vedi Cass. pen. Sez. V, Sent. (ud. 14-10-2020) 28 dicembre 2020, n. 37524.

⁴⁷ Affermazione resa da DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004.

Prendendo come parametro di riferimento il diritto convenzionale e la sua influenza nell'ordinamento nazionale, ci si è chiesto se la giurisprudenza (convenzionale) possa o meno rappresentare uno strumento normativo, del pari della *lex parlamentaria*. In caso di affermazione negativa, se sussiste o meno un conflitto tra ordinamenti. Come si può notare, il discorso del diritto giurisprudenziale si interseca, inevitabilmente, con la tematica della legalità nazionale e convenzionale.

Nel solco della legalità convenzionale⁴⁸ rilievo centrale è assunto dall'art. 7 CEDU, che come osservato dalla stessa Corte europea consacra il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene. La norma in commento, non facendo alcun riferimento alla *lex scripta*, enuncia una "riserva di diritto", dove la giurisprudenza stessa è fonte giuridica. In altre parole, la nozione di "diritto" (*law*) utilizzata all'articolo 7 corrisponde a quella di "legge", che ingloba in se il diritto scritto e non scritto⁴⁹. La garanzia sancita dall'art. 7 CEDU, come meglio precisano i giudici di Strasburgo, deve essere interpretata e applicata in modo da assicurare una protezione effettiva contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie. Di conseguenza, la legge (nel senso ampio del significato) deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono⁵⁰. La peculiarità del sistema convenzionale sta proprio nella decodificazione ampia del concetto di legalità, c.d. "allargata", tale da poter assicurare un connubio tra tradizioni giuridiche eterogenee⁵¹. L'equiparazione della

⁴⁸ Sulla legalità convenzionale si rinvia a DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, IV, Napoli, 2011; DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 91 ss.; BERNASCONI, *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, 193 ss.; BARBIERI, *Il diritto, oggi: tra il dire e il fare*, in *Criminalia*, 2016, 215 ss.; VIGANO', *Il nullum crimen conteso: legalità costituzionale vs. legalità convenzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017; A. ESPOSITO, *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *Arch. Pen.*, III, 2018; BARNASCONI, *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2019, 254 ss.; LIGUORI, *Il principio di legalità nel diritto interno e in quello convenzionale: profili sovrapponibili e difformi*, in www.iusinitinere.it, 2019; MARTIELLO, *Dalla crisi della legalità "democratica" alla nuova legalità "convenzionale": un percorso sempre vantaggioso per le garanzie individuali?*, in *Criminalia*, 2019, 336 ss.; MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema penale*, III, 2020, 129 ss.; CAIANIELLO-MANES, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi, cit.*, 211 ss.

⁴⁹ Cfr. Corte EDU, sent. 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, § 29.

⁵⁰ Come meglio espresso dalla Corte EDU, sent. 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ric. n. 66655/2013.

⁵¹ Diversamente da quanto accade nei sistemi di *civil law*, in quelli di *common law* viene riconosciuto un ruolo attivo e creativo della giurisprudenza. Ad esempio, la struttura anglosassone si fonda su un principio incontrovertibile: non si rinvengono

giurisprudenza alla legge come fonte del diritto è stata foriera di una serie di interpretazioni equivoche da parte della giurisprudenza nazionale, ove la norma *de qua* veniva intesa come strumento per scardinare la formalità dell'art. 25 Cost., co. 2. In realtà, il problema di fondo, che verte sulla natura della legalità convenzionale, può risolversi attraverso una corretta interpretazione dell'art. 53 CEDU⁵² che mira a salvaguardare il livello di protezione attualmente offerto, nei rispettivi campi d'applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto degli Stati membri e dal diritto internazionale⁵³. Quest'ultima previsione non deve essere intesa come norma di chiusura

norme generali e astratte da applicare ai casi concreti, bensì sentenze giudiziali (decisioni) che diventano vincolanti, nate sul caso concreto. Ecco spiegata la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, ove il vincolo al precedente indica l'obbligo giuridico a conformarsi alle *rationes* dei precedenti che originano i c.d. *case of law*. Per "*ratio decidendi*" deve intendersi, com'è noto, la decisione delle questioni giuridiche necessarie alla risoluzione del caso in questione; per "*obiter dictum*", invece, la soluzione delle questioni giuridiche non necessarie alla decisione. Seguendo tali direttive, può affermarsi che il precedente vincolante crea diritto. Per una più approfondita disamina si rinvia a CALDARERA, *Il principio dello stare decisis e la funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di stato al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Judicium*, 2014; PAULESU, *Conflitti interpretativi in Cassazione, principio di diritto e valore del "precedente" nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, IV-V, 2019.

⁵² A mente del quale: "*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri*".

⁵³ Condivisibile è l'affermazione di MICHELETTI, *cit.*, ove sostiene che "*risulta aberrante ritenere che l'art. 7 CEDU consentirebbe al diritto vivente, ossessivamente ripetuto in malam partem, di ampliare l'area di rilevanza penale in uno Stato retto dalla riserva di legge, giacché ciò equivarrebbe ad attribuire alla Convenzione la capacità di ridurre anziché ampliare le libertà fondamentali del cittadino, in palese contrasto con la natura e la funzione consustanziale di quest'atto*". Sulla stessa linea interpretativa la Corte Costituzionale con sentenza 12 ottobre 2012, n. 230 che, nell'affrontare la questione dell'efficacia nel tempo dei mutamenti giurisprudenziali favorevoli sul diritto penale interno, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna, anche il mutamento giurisprudenziale derivante da una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione. Diversamente, attribuire efficacia vincolante alle decisioni della Suprema Corte di Cassazione contrasterebbe oltre che con il principio di legalità ex art. 25 Cost. anche con il principio della separazione dei poteri, consentendo alla giurisprudenza di legittimità di partecipare alla formazione di scelte di politica criminale riservate al potere legislativo.

quanto un valido appiglio per garantire un'armonizzazione (ovvero integrazione) tra gli ordinamenti anzidetti.

Sotto il profilo contenutistico, di notevole impatto è la ricostruzione di diritto offerta dalla Corte EDU nella *sentenza Contrada* nell'individuare e sintetizzare il criterio di accessibilità (*rectius* conoscibilità) al precetto penale e di prevedibilità del trattamento sanzionatorio come coordinate della legalità *ex art. 7 CEDU*⁵⁴. Sul versante di diritto interno, appare evidente che i principi in questione (e in particolare il primo individuato) vanno indagati alla luce dell'antigiuridicità del fatto o del c.d. dovere di conoscenza della legge *ex art. 5 c.p.* Tale assunto si ritiene rispettato tutte le volte in cui il legislatore formula norme chiare, precise e concordanti⁵⁵. Occorre, quindi, precisare la portata del concetto di prevedibilità, che presuppone quello di accessibilità.

Per orientamento consolidato⁵⁶, il criterio in esame si articola su tre presupposti: che il consociato abbia modo di prevedere che la condotta posta in essere integrerà un illecito, che lo stesso sarà considerato penalmente rilevante e che all'esito del processo gli sarà irrogata una data sanzione. In sintesi, la prevedibilità è espressione del più generale principio di autodeterminazione.

L'accessibilità, di contro, investe non solo la conoscibilità della norma penale incriminatrice ma anche l'offensività dei beni-interessi tutelati. L'indeterminatezza o la mancanza di precisione incidono negativamente non

⁵⁴ I criteri di accessibilità e prevedibilità fondanti il diritto di autodeterminazione dell'imputato sono stati richiamati dalla stessa Corte EDU nella sentenza *De Tommaso c. Italia* del 23 febbraio 2017.

⁵⁵ Si rinvia, quindi, alla più generale tematica dell'errore di diritto, sulla legge penale, all'art. 5 c.p. che può sintetizzarsi con il brocardo latino "*Ignorantia iuris (legis) non excusat*" nonché a quella relativa all'errore di fatto di cui agli artt. 47 e 48 c.p.

⁵⁶ Cfr. VIGANO', *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materiale penale*, in *Dir. pen. Cont.*, pp. 2 ss., al quale si rimanda per una compiuta analisi dei corollari del principio in commento. Sulla previsione convenzionale della legalità e il relativo ambito applicativo si rinvia a A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli Editore, Torino, 2008, 325 ss. In questo scritto si legge della prevedibilità come parametro della legalità che si articola in due corollari, quello di precisione e di stretta interpretazione della legge. Più precisamente, la prevedibilità può essere intesa in due modi: come prevedibilità dell'astratta formulazione legale ma anche come prevedibilità della prassi giurisprudenziale. Circa la prevedibilità in astratto della norma, la Convenzione esige che il legislatore si attenga ad un criterio di ragionevole precisione nel descrivere le condotte vietate e le relative sanzioni; di contro, la prevedibilità della prassi giurisprudenziale si risolve in ragionevolezza dell'interpretazione giurisprudenziale. Per quanto concerne la prevedibilità del *quantum* della sanzione applicabile si rinvia alla casistica giurisprudenziale. Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*; sulla prevedibilità in tema di esecuzione della pena si veda, invece, Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

solo sull'accessibilità ma anche sulla prevedibilità dell'assoggettamento a pena di quel dato comportamento⁵⁷.

Accessibilità e prevedibilità, quindi, come espressione di una sicurezza giuridica, in un ordinamento che *"impone più una nozione materiale di legalità, attenta alla qualità della legge, che una nozione formale attenta al rispetto del principio di riserva di legge"*⁵⁸.

⁵⁷ Su tale premessa si innesta l'argomentazione dalla Corte EDU fornita con la sentenza in esame. La *questio* sottoposta verteva, principalmente, sulla qualificazione giuridica del delitto di concorso esterno in associazione mafiosa, al fine di valutarne la conformità all'art. 7 CEDU; in particolare, ci si chiedeva se, all'epoca dei fatti contestati al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato in questione e se l'imputato potesse conoscere le conseguenze giuridiche della condotta posta in essere.

La Corte, chiarito che non può sostituirsi al giudice nazionale nella valutazione e nella qualificazione giuridica dei fatti, afferma che il concorso esterno in associazione mafiosa è un tipico reato di origine giurisprudenziale, in quanto riconosciuto, esplicitamente, della Corte di Cassazione a partire dalla nota sentenza Demitry (Cass. pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994). In questa si legge che *«il concorso esterno nel reato di associazione mafiosa è configurabile per quei soggetti che, sebbene non facciano parte del sodalizio criminoso, forniscano – sia pure mediante un solo intervento – un contributo all'ente delittuoso tale da consentire all'associazione di mantenersi in vita, anche limitatamente ad un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi»*. La Corte ricollega, quindi, la previsione *de facto* del delitto in esame all'evoluzione giurisprudenziale nazionale. Afferma, altresì, che all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente, dunque, non poteva conoscere nella fattispecie la pena in cui sarebbe incorso per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti. Lo stato italiano veniva, così, condannato al risarcimento dei danni a titolo di riparazione per ingiusta detenzione. Seguiva, nel luglio del 2017, la decisione della Corte di Cassazione che dichiarava *"ineseguibile e improduttiva di effetti penali la sentenza emessa nei confronti di Contrada Bruno dalla Corte di Appello di Palermo in data 25 febbraio 2006"* (cfr. Cass. pen., sez. I, sentenza 6 luglio 2017, n. 43112). La vicenda processuale, che ha investito il caso Contrada, si è conclusa con l'ordinanza 6 aprile 2020, n. 25 della Corte di Appello di Palermo che ha quantificato il risarcimento del danno, a titolo di riparazione per ingiusta detenzione, in 667 mila euro, a favore del ricorrente Contrada.

⁵⁸ Affermazione tratta da A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, cit., 323. Nello specifico, si afferma che *"La sicurezza giuridica è assicurata dalla Convenzione attraverso l'elaborazione di requisiti materiali, quali quelli dell'accessibilità e della prevedibilità, che possono essere ricercati nelle azioni di tutti gli organi che creano, interpretano ed applicano una norma giuridica"*.

L'approccio della Corte EDU chiamata a scrutinare le possibili violazioni dell'art. 7 CEDU, come si evince da recenti pronunce⁵⁹, è casistico e flessibile, modellato sull'ordinamento giuridico in esame. Seguendo un tale *modus operandi* non si ravvisa alcuna indebita ingerenza e violazione dei relativi principi fondanti. Segnatamente, l'apprezzamento casistico finisce con l'attribuire al giudice europeo un ruolo normo-creativo che, secondo il nostro modo di intendere la legalità, è proprio di chi è deputato ad emanare le leggi. Occorre, quindi, operare un confronto con il principio di legalità come inteso nel nostro ordinamento.

Si comprende, all'esito di quanto detto, che non può rinvenirsi nel nostro sistema di diritto positivo un medesimo risultato, in quanto solo in capo all'organo legislativo è riconosciuto il monopolio normativo in materia penale; quest'ultimo, impedendo qualsiasi forma di ingerenza dell'organo giurisdizionale nella formazione della norma penale incriminatrice, attribuisce alla legge (e all'atto avente forza di legge) la primazia nel sistema delle fonti del diritto. Riscontro a quanto appena affermato lo si rinviene nell'art. 25 Cost. co. 2, a mente del quale "*nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*".

Lo stesso principio è, poi, ribadito negli artt. 1 e 199 c.p. che estendono la medesima portata formale all'applicazione delle pene e delle misure di sicurezza. Funzionale alla concezione formale è l'impostazione sostanziale, in forza della quale vanno considerati reati, anche se non espressamente contemplati da una norma incriminatrice, quei fatti socialmente pericolosi, perciò solo riprovevoli e rimproverabili.

Il principio di legalità così inteso garantisce una più efficace difesa sociale e un agevole adeguamento del diritto penale al divenire della realtà sociale. La legalità, connotata da una struttura complessa, garantisce il giusto bilanciamento tra le pretese punitive dello Stato e le libertà dell'individuo, nel rispetto dei diritti previsti e garantiti dalla Carta costituzionale. Questa

⁵⁹ Per tutte cfr. Corte EDU, sez. V, *Kadagishvili c. Georgia*, 14 maggio 2020; Corte EDU, sez. I, *Georgouleas e Nestoras c. Grecia*, 28 maggio 2020; Corte EDU, sez. IV, *Jidic c. Romania*, 18 febbraio 2020; Corte EDU, sez. I, *Felloni c. Italia*, 6 febbraio 2020.

percezione formale della legalità⁶⁰ si allinea a quella corrente di pensiero⁶¹ che sostiene come alla giurisprudenza non sia ascrivibile l'attributo di fonte del diritto. Tale assioma non impedisce, come già illustrato, di conferire allo stesso diritto giurisprudenziale un ruolo interpretativo, integrativo e persuasivo⁶² rispetto all'operato legislativo.

A questo punto, si inserisce l'innovata posizione dogmatica⁶³ sul dibattito della riserva di legge e sulla distinzione tra nuova e vecchia legalità.

⁶⁰ Il principio di legalità rappresenta uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, ancorché in materia penale. La legalità si mostra come un principio tendenzialmente assoluto, fondato sulla primazia della *lex scripta*, in ossequio alla riserva di legge che attribuisce il monopolio normativo in materia penale all'organo legislativo. La dottrina si è, per lungo tempo, interrogata sulla natura giuridica della riserva di legge, avendo riguardo ai modelli di integrazione del sistema penale. L'orientamento ormai maggioritario gli attribuisce una natura tendenzialmente assoluta, ammettendo entro certi limiti l'integrazione del precetto penale a mezzo di fonti normative secondarie. Un'ulteriore espressione della riserva di legge è il "principio di riserva di codice" di cui all'art. 3 bis c.p. che garantisce una maggiore organicità del corpus normativo. Infatti, sono state inserite nel codice penale tutte quelle fattispecie criminose previste da disposizioni di legge già in vigore e non *ivi* contenute. La portata della legalità nazionale va, necessariamente, inserita nello scenario europeo e convenzionale; tanto impone un'analisi trasversale, in termini di compatibilità, tra diritto interno e sovranazionale tenendo conto delle diversità strutturali e ideologiche alla base di questi ordinamenti giuridici. Per una più accurata analisi del principio in parola si rinvia a FIANDACA - MUSCO, *cit.*, 50 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *cit.*, 215 ss.; LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1, 122.

⁶¹ MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Milano, 1996, 246 ss. Per un'analisi ricostruttiva si rinvia a BETZU, *cit.*, 46 ss.

⁶² Il riferimento è alla funzione nomofilattica dalla Suprema Corte, la quale garantisce l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge. Nell'esercizio delle sue mansioni, la Corte orienta e indirizza la giurisprudenza, risolvendo eventuali contrasti ermeneutici (Per tutte cfr. sentenza 14 marzo 2008, n. 64; sentenza 27 febbraio 2009, n. 56; sentenza 5 marzo 2010, n. 82; sentenza 24 giugno 2010, n. 227; sentenza 15 luglio 2010, n. 255; sentenza 22 dicembre 2010, n. 368; sentenza 10 giugno 2011, n. 181; sentenza 10 maggio 2012, n. 117; sentenza 27 giugno 2012, n. 166; sentenza 14 febbraio 2013, n. 24; sentenza 29 maggio 2013, n. 107; sentenza 11 giugno 2014, n. 172). Medesima valenza va riconosciuta alla Consulta nella verifica di conformità ai principi costituzionali (Per tutte cfr.; sentenza 4 luglio 2003, n. 229, sentenza 6 luglio 2004, n. 207; sentenza 23 dicembre 2005, n. 460; sentenza 29 dicembre 2005, n. 480; sentenza 6 luglio 2006, n. 266; sentenza 26 giugno 2007, n. 234; Sentenza 16 maggio 2008, n. 147, sentenza 1 luglio 2009, n. 197, sentenza 26 novembre 2009, n. 311, sentenza 26 aprile 2012, n. 109).

⁶³ Sul rapporto tra vecchia e nuova legalità e l'emersione di una terza forma di legalità ibrida si rinvia a VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *Sistema penale*, III, 2020, 45 ss. Nello specifico l'autore

La stessa, partendo dal presupposto che per legalità vecchia deve intendersi quella legislativa e per "nuova" quella nata sotto il vaglio della Consulta (che evoca valori e principi), opta per una diversa forma di legalità, detta ibrida, la quale si riferisce non solo alla legge in senso astratto ma anche all'interpretazione giurisprudenziale che da essa si ricava. In tal senso si attribuisce rilevanza alla funzione ermeneutica-normativa riconosciuta in capo ai giudici convenzionali e fatta propria, in parte, dal giudice delle leggi. Proprio tale ultima legalità, che ispira la Corte europea dei diritti dell'uomo, rappresenta il punto di raccordo tra diritto interno e sovranazionale. Si assiste, così, a una metamorfosi della legalità: da legislativa diviene costituzionale per essere, poi, definita ibrida (più rispondente alla realtà convenzionale). Questa ultima visione pragmatica della legalità se, per un verso, è più in linea con il divenire culturale e giuridico, per altro, incontra i limiti di una tradizione giuridica (quella nazionale) che si mostra restia al cambiamento.

Riepilogando, la legalità ex art. 7 CEDU si atteggia come *legalità effettuale*⁶⁴ più che sostanziale-materiale, in quanto dà rilievo al momento successivo all'individuazione della norma; questa si sostanzia nella prevedibilità-accessibilità. La legalità nazionale, invece, proprio perché plasmata su una visione formale, presuppone l'individuazione della fonte (quale la legge) da cui scaturisce la normazione in materia penale; poco si occupa del fatto in sé. Inoltre, la legalità interna presidia la libertà, la certezza e la democraticità delle disposizioni penali mentre la prevedibilità-accessibilità si pone a tutela del più generale principio di affidamento, di matrice sovranazionale⁶⁵. Pertanto, non rileva una distinzione contenutistica quanto finalistica delle predette forme di legalità. Condivisibile è l'affermazione secondo cui *"nel modello costituzionale italiano del principio di legalità, si fa riferimento non al fatto e alla sanzione per delimitare la sfera di rilevanza delle garanzie, bensì in modo più ampio alla "punizione"*⁶⁶, diversamente da come accade nel modello convenzionale che si piega allo schema fattispecie-sanzione.

afferma che la vecchia legalità (legislativa) era misura della corrispondenza dell'atto alla "cosa" legge, mentre la nuova legalità (costituzionale) è misura della conformità dell'atto al diritto. Muta, così, la natura della legalità: da descrittiva diviene teleologica. Inoltre, nel definire una visione pragmatica di tale fenomeno giuridico, l'autore afferma che "la visibilità dell'interpretazione giurisprudenziale è direttamente proporzionale, da un lato, alla complessità e al dinamismo della realtà e, dall'altro lato, al pluralismo assiologico e al multiculturalismo della società che si riflette nell'eterogeneità delle precomprensioni di coloro che applicano il diritto".

⁶⁴ Cfr. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, cit., 117.

⁶⁵ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., 2011, p. 41.

⁶⁶ Così, GAMBARDELLA, *I modelli della legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in *Arch. Pen.*, II, 2017, 3 ss.

Volendo, in fine, ricollegare il discorso al campo dell'interpretazione, non può comunque dirsi che il confine tra *jus dicere* e *jus facere* si sia ridotto, in quanto diverso è il modo di intendere la funzione propria della giurisprudenza⁶⁷. Al più potrebbe affermarsi che evidenti sono le sfumature tra il creare e l'interpretare il diritto, specie la legge. In altre parole, sul piano convenzionale la giurisprudenza è fonte del diritto; in quello nazionale è interpretazione del diritto. Nonostante ciò, sarebbe più corretto parlare della legalità come concetto unitario piuttosto che di legalità separate che viaggiano su binari distinti.

Acclarata la diversa portata applicativa della giurisprudenza e della nuova legalità, occorre chiedersi quale la sorte della giurisprudenza-fonte (convenzionale) nel dialogo tra le Corti.

3.2 Le nuove frontiere della giurisprudenza convenzionale. La crisi del "dialogo tra le Corti".

Appurata la funzione extra-normativa della giurisprudenza nazionale, rispetto a quella convenzionale⁶⁸, bisogna vagliare un ulteriore profilo: l'incidenza di quest'ultima nel diritto interno, il relativo valore e quale la risposta dei giudici interni. Bisogna, però, ribadire i caratteri strutturali e funzionali del diritto convenzionale rispetto a quello nazionale. Come giustamente osservato, la vocazione del diritto convenzionale è più ideale rispetto a quella propria del diritto interno che risponde a principi pre-

⁶⁷ PULITANO', *Tra jus facere e jus dicere*, in *Criminalia*, 2016, 205 ss.

⁶⁸ Sull'analisi della giurisprudenza della Corte EDU cfr. RUGGERI, *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno*, Ed. Scientifiche It., Napoli, 2009; Id., *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in www.giurcost.org, 2011; Id., *La Corte costituzionale "equilibrata", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in www.giurcost.org, 2011; Id., *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo "a fisarmonica" dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, II, 2018; Id., *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Osservatorio Costituzionale*, I, 2018; MARATEA, *Il valore della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento italiano. Spunti di riflessione critica*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2006; CARTABIA, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordinamento italiano*, in BALSAMO – KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008; DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo (con particolare riguardo al precedente europeo) della giurisprudenza*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*. PALIERO – MOCCIA – DE FRANCESCO – INSOLERA – PELISSERO – RAMPIONI – RISCATO (a cura di), in *Ed. Scientifiche It.*, 2016, 154; AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in *Criminal Justice Network*, 2018;

costituiti. Tanto contribuisce a definire un tratto peculiare della giurisprudenza convenzionale: l'orientarsi per casi, posto che lo stesso diritto convenzionale nasce dal caso⁶⁹. Diversamente che dalla giurisprudenza nazionale, il cui operato è limitato dal rispetto dei principi costituzionalmente imposti, l'attività interpretativa della Corte EDU è tendenzialmente scevra da imposizioni normative vincolanti quanto guidata dalla percezione di fornire uno standard minimo di tutela all'individuo. Tanto è reso possibile in quanto le sue pronunce si limitano a fornire la più adeguata tutela al diritto invocato e violato in termini neutrali; si comprende agevolmente come lo scopo è quello di consentire il massimo adeguamento dell'impostazione ermeneutica fornita nei differenziati sistemi giuridici. Due, quindi, sono i tipi di approccio all'applicazione giudiziale: uno dove la regola è rigida, l'altro (quello convenzionale) connotato da una certa flessibilità; il primo che va necessariamente sussunto nella fattispecie astrattamente delineata, il secondo che, invece, va conformato al fatto⁷⁰. Diversi i punti di vista, diverse le modalità interpretative, diverso il fine ma non anche il contenuto e la compatibilità.

Nei rapporti tra diritto interno e convenzionale, il nostro Paese è tenuto non solo all'interpretazione conforme alla CEDU, quanto è obbligato a dare esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo, ai sensi dell'art. 46 CEDU. Proprio il meccanismo dell'interpretazione conforme⁷¹ rappresenta una modalità con cui le Autorità nazionali ottemperano agli obblighi internazionali, *ivi* richiamati dall'art. 117 Cost.

⁶⁹ Sull'appena esposta impostazione dogmatica si rinvia a A. ESPOSITO, *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, cit., 5 ss.

⁷⁰ DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., 4 ss.

⁷¹ Sul tema dell'interpretazione conforme al diritto convenzionale cfr. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla CEDU: ovvero, la ricombinazione genica nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2012; PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2008, p. 357 ss.; VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Milano, 2007 e più di recente, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, 89 e ss.; POLACCHINI, *CEDU e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno, parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012; RUGGERI, *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registrati nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in *Federalismi.it*, 2015; SCIARABBA, *L'"interpretazione conforme" tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in *Forumcostituzionale.it*, 2019; CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione giustizia*, 2019.

Del pari, le Corti nazionali, nelle rispettive sentenze⁷², spesso richiamano il parametro dell'interpretazione convenzionalmente conforme; la ragione di tale *modus operandi* risiede nella necessità di assicurare uno standard minimo di tutela dei diritti fondamentali qualora non previsto dalla legislazione nazionale oppure una sua massimizzazione. Di particolare rilievo è l'affermazione del c.d "meta-principio della massimizzazione della tutela dei diritti" che nasce proprio dalla necessità di salvaguardare i principi fondamentali dei vari ordinamenti. Solo così inteso può legittimarsi una limitazione della sovranità, quale primo – in ordine sistematico- dei principi fondanti⁷³. In tal guisa, la prospettiva della "globalizzazione giuridica" impone un superamento *"dell'apparato concettuale e linguistico proprio del diritto*

⁷² A titolo esemplificativo per tutti *Cass. pen.*, III, sent. 2292/2019, nel ricomprendere la confisca urbanistica nel concetto di "materia penale", la Suprema Corte afferma che *"il giudice deve interpretare il diritto interno in senso convenzionalmente conforme mediante l'applicazione delle sole garanzie convenzionali, le quali costituiscono una soglia minima di tutela comune in funzione sussidiaria rispetto a quelle assicurate dalle Costituzioni nazionali, mentre, nel caso in cui vi sia coincidenza, sono applicabili sia le garanzie convenzionali, sia quelle costituzionali, in ipotesi più ampie"*; *C. Cost.*, sent. 109/2020 si legge che *"nell'attività interpretativa ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della CEDU e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti decisioni di quest'ultima. In tale attività, egli incontra, tuttavia, il limite costituito dalla presenza di una legislazione interna di contenuto contrario alla CEDU: in un caso del genere - verificata l'impraticabilità di una interpretazione in senso convenzionalmente conforme, e non potendo disapplicare la norma interna, né farne applicazione, avendola ritenuta in contrasto con la Convenzione e, pertanto, con l'art. 117, primo comma, Cost. - deve sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna, per violazione di tale parametro costituzionale"*.

⁷³ Sulla tesi del massimo standard di tutela si rinvia, in primis, a RUGGERI, *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte Costituzionale*, in *Ord. Int. e diritti fond.*, 2019, 6 ss; *Id.*, *Corte Costituzionale, Corti europee, giudici comuni: Le aporie di una Costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in www.giurcost.org, III, 2018. Tra i vari contributi sul tema cfr. FERRAJOLI, *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, 129 ss; SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018; ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta OnLine*, III, 2018; BRONZINI, *La Cedu e la Carta dei diritti fondamentali: overlap e distinzioni*, in *Questione giustizia*, IV, 2019; DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia*, 2019, 394 ss; CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in www.giurcost.org, III, 2020; SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita*, in *Arch. Pen.*, III, 2020.

*nazionale... per non restare vittime di un'incomprensione e distorsione che può avere gravi conseguenze*⁷⁴. Solo così può garantirsi l'uniformità della predetta tutela dei diritti nel rispetto delle diverse realtà giuridiche, culturali e sociali dei vari Paesi membri⁷⁵.

Sulla specifica portata della conformità alla CEDU (quanto alle norme e alle decisioni), variegata sono state le prese di posizione della dottrina.

Secondo una certa impostazione⁷⁶, quando si afferma che le norme della Convenzione assumono valore di parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionalità, significa che medesimo valore vada attribuito alle sentenze della Corte EDU. Teoria criticata da chi⁷⁷, invece, sostiene che il fondamento dell'interpretazione conforme vada ricercato autonomamente nella previsione di cui all'art. 117 Cost, senza ricorrere ad alcun parallelismo circa la portata applicativa delle norme della Convenzione.

La questione è stata, poi, risolta dalla Consulta, che nel ribadire quanto già detto nelle sentenze gemelle del 2007, afferma che *"alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea"*⁷⁸.

A fondamento di tali affermazioni si rinviene il principio di matrice convenzionale del margine di apprezzamento nazionale, come contemperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea. In definitiva, il carattere sub-costituzionale della CEDU si pone come limite alla non applicazione (secondo alcuni disapplicazione) della norma nazionale in contrasto con il diritto CEDU; il giudice nazionale non potrà autonomamente risolvere il conflitto piuttosto dovrà sollevare una questione di legittimità costituzionale dinanzi al giudice delle leggi. Qualora, invece, rispetto ad una certa questione si registra una posizione consolidata della Corte di Strasburgo, il giudice comune sarà tenuto ad un'attività esegetica di adeguamento.

Con riferimento, invece, all'art 46 CEDU, negli ultimi tempi è tornato alla ribalta il problema dell'efficacia *inter partes* o *ultra partes* delle sentenze di

⁷⁴ Affermazione di ZAGREBELSKY, Corte Cost. n. 49 del 2015, in www.rivistaaic.2015.

⁷⁵ Cfr. NUARA, *Il giudice e Strasburgo*, in *Giur. Pen. web*, IV, 2018, 5.

⁷⁶ CARTABIA, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, p. 9, relazione su *"La Costituzione italiana 60 anni dopo: i diritti fondamentali"*, Convegno dell'Accademia dei Lincei, Roma, 28-29 febbraio 2008.

⁷⁷ MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, relazione a Convegno su la *"Corte costituzionale e le Corti d'Europa"*, Copanello, in *rivistaaic.it*, 2002, 4-6.

⁷⁸ C. Cost., sentenze nn. 311 e 317 del 2009.

Strasburgo e, specularmente, della rilevanza giuridica delle c.d. sentenze pilota⁷⁹.

Le Sezioni Unite della Cassazione, in occasione della *sentenza Genco*⁸⁰, hanno dubitato della loro legittimità e operatività nel nostro ordinamento in quanto, per definizione e funzione, sono equiparate ai precedenti vincolanti. Infatti, la Corte ha asserito che *“i principi affermati dalla sentenza della Corte EDU, nella sentenza Contrada c. Italia, non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una “sentenza pilota” e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata”*. Viene precisato, altresì, che nell’ordinamento interno, governato dal principio di legalità formale e di tassatività, non può fare ingresso una fattispecie penale di creazione giurisprudenziale⁸¹, come invece sostenuto dai giudici di Strasburgo nella sentenza Contrada.

⁷⁹ La procedura della sentenza pilota è disciplinata dall’art 61 CEDU. La Corte può avviare una causa pilota quando i fatti all’origine di un ricorso presentato innanzi a essa rivelano l’esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un’altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di ricorsi analoghi. Per una più approfondita analisi della tematica si rinvia a M. BOCCHI, *In (non) claris fit interpretatio: gli effetti delle sentenze pilota sul diritto a un equo processo, tra revisione di giudicato e rideterminazione della pena*, in *Arch. Pen.*, 2017.

⁸⁰ *Cass. pen.*, Sez. Un., *Genco*, 24 ottobre 2019 (dep. 3 marzo 2020), n. 5844.

⁸¹ Nel caso di specie, il delitto di concorso esterno in associazione di stampo mafioso è frutto della combinazione della norma speciale incriminatrice (416 bis c.p.) e della clausola generale di cui all’art. 110 c.p. Sul noto caso Contrada si rinvia a VIGANO’, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 1/2014, p. 250 ss.; Id., *Il caso Contrada e tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 2016; DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva*, in *Riv. It. dir. pen. e proc. pen.*, I, 2016; Id., *Il concorso esterno “alla vita dell’associazione e il principio di tipicità penale*, in *dir. pen. convenzionale*, 2017; Id., *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, IV, 2018; A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Criminal justice network*, II, 2015; BERNARDI, *I “fratelli minori” di Bruno Contrada davanti alla Corte di cassazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 2/2017, p. 257 ss.; Id., *Troppe incertezze in tema di “fratelli minori”: rimessa alle Sezioni Unite la questione dell’estendibilità erga omnes della sentenza Contrada c. Italia*, in *Dir. per. cont.*, 2019; ALESCI, *Perimetro applicativo della revisione europea. L’estendibilità della revisione europea ai c.d. “Fratelli minori”*, nota a sentenza in *Giur. It.*, III, 2019, 697 ss.; NUARA, *Il giudice e Strasburgo*, in

La sentenza *de quo* (Genco), condivisibile o meno, dimostra come esistano ancora punti di frizione nel dialogo tra Corti e come frequenti siano gli arresti della giurisprudenza nazionale⁸². Questo è una delle tante vicende in cui la Corte Suprema ha mostrato una certa chiusura all'impostazione esegetica dei giudici oltralpe⁸³; questo denota come ancora incompiuto sia il cammino verso la piena integrazione tra i suddetti sistemi.

Giurisprudenza penale, V, 2018; SOTIS, "Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte EDU, in *Questione giustizia*, IV, 2018; SANTORIELLO, *Perché l'intervento delle Sezioni unite sulla sorte dei fratelli minori di Contrada è superfluo ed inutile*, in *Arch. Pen.*, II, 2019; FALATO, *L'efficacia estensiva delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. A proposito dei potenziali epiloghi della Cassazione nel caso dei fratelli minori di Bruno Contrada*, in *Arch. Pen.*, II, 2019; CASCINI, *Dopo la sentenza Contrada: tra carenze strutturali dell'ordinamento interno ed esigenze di adattamento al sistema convenzionale*, in *Arch. Pen.*, V, 2019; MANES, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in *Questione giustizia*, 2019; A. ESPOSITO, *Giochi di luce: quando il mostro diventa riconoscibile*, in *Arch. pen.*, 2020; CAPPELLETTI, *Per le Sezioni Unite la sentenza Contrada c. Italia (n. 3) della Corte EDU non dispiega i suoi effetti erga omnes: i "fratelli minori" restano in attesa di riconoscimento da Strasburgo*, in *Giurisprudenza penale*, IV, 2020; AMARELLI, *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso – Le Sezioni Unite negano efficacia erga omnes alla Contrada: i fratelli minori vanno a Strasburgo?, nota a sentenza in Giur. It.*, VII, 2020, 1756 ss.; POLEGRI, *Esecuzione delle sentenze della CEDU - Sulla negata efficacia erga alios della sentenza Contrada c. Italia (n. 3) della Corte EDU, nota a sentenza in Giur. It.*, VIII-IX, 2020, 2001 ss;

⁸² Sul rapporto dialogico e collaborativo tra le Corti e le relative fratture, con particolare riferimento al caso Genco, si rinvia a A. ESPOSITO, *Giochi di luce: quando il mostro diventa riconoscibile*, cit. Nel predetto contributo si afferma che se per la Corte Suprema "la sentenza della Corte europea resa nel caso Contrada è espressione di una devastazione sia interna, verso i propri precedenti, sia esterna, incapace, come è stata, di svolgere una corretta analisi della realtà giurisprudenziale italiana in materia di concorso esterno", in realtà le censure avanzate sono frutto di fraintendimenti che muovono dalla distanza culturale e dal non adeguato recepimento del concetto di "prevedibilità, come delineato dai giudici di Strasburgo.

⁸³ Tra i tanti conflitti, si pensi alla questione dell'applicabilità della confisca urbanistica a fronte di un mancato accertamento della responsabilità penale del reato di lottizzazione abusiva, per intervenuta prescrizione. Sul punto si sono registrate posizioni contrastanti tra la Corte EDU e la Cassazione. Con la sentenza *Varvara c. Italia*, i giudici di Strasburgo avevano sostenuto che la confisca urbanistica non poteva applicarsi in caso di intervenuta prescrizione del reato anzidetto, benché fosse stata accertata, incidentalmente, la responsabilità penale nei suoi elementi. La corte Suprema, di contro, appoggiava un'interpretazione diametralmente opposta: l'irrogazione della sanzione non andava subordinata all'emanazione di una sentenza di condanna passata in giudicato. Da ultimo la Grande Camera della Corte EDU, con la sentenza *G.I.E.M ed altri c. Italia* del 2018, ha mutato posizione. Specificatamente, ha affermato che "il proscioglimento per intervenuta prescrizione, maturato nel corso

La complessità della realtà convenzionale, per un verso, e la peculiarità del nostro sistema di diritto positivo, per altro, portano i giudici (europei e nazionali) a muoversi lungo un filo teso che, perché non si spezzi, richiede una maggiore apertura al dialogo, come reciproca concessione di spazi nell'interpretazione dei diritti. Come autorevole autore afferma, *"la partita tra le Corti non ha un arbitro col fischiello...quindi la cifra identificante del dialogo sta proprio nella sua strutturale attitudine a prolungarsi, trasformarsi, riassetarsi"*⁸⁴.

Per quanto ragionevoli e virtuose possono considerarsi le pretese interne di salvaguardare l'autonomia delle decisioni dell'organo giurisdizionale, espressione della sovranità statale, sarebbe auspicabile un diverso *modus operandi*.

Le stesse decisioni della Corte EDU, in quanto orientate alla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, dovrebbero fungere da impulso alla promozione della prospettiva sopranazionale, che di fatto rappresenta il futuro.

La giurisprudenza convenzionale, quindi, non rappresenta un limite nel rapporto tra ordinamenti, quanto un mezzo per arricchire l'attività interpretativa relegata al giudice nazionale. D'altro canto, la persuasività della giurisprudenza come diritto vivente trova conferma in quella che è l'attività ermeneutica della Corte EDU, talvolta innovativa. Condivisibile è, quindi, quella visione secondo cui *"l'assoggettamento dell'ordine interno a quello internazionale (e sovranazionale) non equivale – come invece ancora oggi molti ritengono –, per ciò solo, ad un sacrificio a carico di norme e relativi istituti di diritto interno"*⁸⁵.

Detto quanto, l'analisi ricognitiva delle posizioni offerte dalla giurisprudenza e dagli studiosi del diritto volge al termine e le conclusioni sono d'obbligo.

4. Riflessioni conclusive.

Se per diritto giurisprudenziale si intende il diritto vivente, come bussola che deve orientare il giurista nella valutazione del fatto sussumibile nella norma

del processo, non osta alla confisca del bene oggetto di lottizzazione abusiva, a condizione che la relativa decisione abbia accertato l'esistenza del reato e la colpevolezza dell'imputato attuando tutte le garanzie proprie delle pronunce formali di condanna, attesa la natura sostanzialmente penale della sanzione irrogata, ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione EDU". Si rinvia per un'analisi più compiuta a A. ESPOSITO, *La confisca urbanistica. Una storia a più voci*, Giappichelli editore, 2020.

⁸⁴ Tanto è affermato da RUGGERI, *Corte Costituzionale, Corti europee, giudici comuni: Le aporie di una Costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in www.giurcost.org, III, 2018.

⁸⁵ Affermazione di RUGGERI, *Corte Costituzionale, Corti europee, giudici comuni: Le aporie di una Costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile, cit.*, 5.

penale incriminatrice, viene da sé che il giudice non crea illeciti penali ma interpreta situazioni penalmente rilevanti; un'interpretazione giudiziaria che non può divenire fonte giuridica in materia penale, in ossequio al principio di legalità formale (seppur attenuato) che governa il nostro assetto normativo. Il diritto vivente, piuttosto, va inteso come argomentazione fornita dall'organo giurisdizionale, più rispondente alla situazione di fatto, nei limiti dell'interpretazione estensiva. In ogni caso, la funzione interpretativa e persuasiva della giurisprudenza non può essere relegata ad una formale valutazione della struttura del reato, perché possano dispiegarsi i relativi effetti, quanto valorizzata attraverso una sua percezione sostanziale. In termini più generali, l'intera struttura del diritto assume connotati più ampi: una dimensione multilivello, ove l'attività giurisprudenziale ne viene, inevitabilmente, influenzata. Per tali motivi, condivisibile è il pensiero secondo cui *"Il diritto, nella sua struttura portante, non si trova nei codici, nelle leggi e nemmeno nelle costituzioni, ma nella cultura giuridica che li ispira e che conferisce a quei testi significato, facendo loro vivere, in molti casi, vite non previste e non prevedibili al momento della nascita"*⁸⁶.

In altre parole, se è vero che il giudice crea diritto attraverso l'interpretazione, non può negarsi che questo possa essere completato da regole di matrice convenzionale, purché ciò avvenga in ossequio ai precetti costituzionali. Di qui l'idea di un paradigma ibrido di legalità aperto al diritto giurisprudenziale e non ancorato alla formalità della legge.

Volendo appoggiare suddetta visione, il diritto convenzionale diventa lo strumento per attribuire un nuovo volto al sistema giuridico interno; in tal senso, tanto l'ordinamento positivo quanto la specifica attività giurisprudenziale non sono immuni dalle spinte sovranazionali.

De iure condito, per quanto attiene la materia penale, si auspica un rinnovamento culturale in seno agli operatori del diritto, nonché un diverso modo di interpretare i punti di contatto tra diritto interno e convenzionale.

Allo stesso modo, nel tentativo di attribuire nuovi connotati al sempre più invocato dialogo tra Carte e Corti, sarebbe preferibile definire con certezza il ruolo dei giudici rispetto all'operato del legislatore, finanche giungendo a una posizione di equi ordinazione tra questi. Tanto al fine di garantire un'effettiva massimizzazione e tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

⁸⁶ VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *Sistema penale*, cit., 67-68.