

IL NULLUM CRIMEN CONTESO: LEGALITÀ 'COSTITUZIONALE' VS. LEGALITÀ 'CONVENZIONALE'?(*)

di Francesco Viganò

Abstract. *La recente riflessione dottrinale e giurisprudenziale ha scoperto una dimensione 'convenzionale' del nullum crimen, restituitaci dalla sempre più copiosa – ed incisiva – giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di art. 7 CEDU, della quale l'assai discussa sentenza Contrada c. Italia rappresenta solo uno dei molti punti di emersione. Una dimensione, peraltro, che non manca di suscitare diffidenze presso gli interpreti italiani, e della quale si tende a sottolineare l'eterogeneità rispetto al principio di legalità in materia penale consacrato dalla nostra tradizione manualistica, ed ancorato all'art. 25, secondo comma, Cost. Questo contributo analizza in particolare i due profili di novità derivanti dall'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 7 CEDU rappresentati, da un lato, dall'enucleazione di una nozione di "materia penale" affidata a criteri sostanziali piuttosto che formali, e – dall'altro – dall'irruzione del criterio della prevedibilità dell'applicazione della norma penale per il suo destinatario quale architrave dello stesso giudizio di legalità convenzionale; e mira a dimostrare come entrambi questi profili, lungi dal porsi come antinomici rispetto al patrimonio di tutele consegnatoci dalla tradizione interpretativa nazionale sulla legalità penale, ne arricchiscano invece il contenuto, in un'ottica di potenziamento del contenuto delle garanzie dell'individuo di fronte alla potestà punitiva statale.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il campo di applicazione della legalità penale: il concetto di *matière pénale* nella giurisprudenza della Corte EDU e le sue ripercussioni nell'ordinamento italiano. – 3. Riserva di legge vs. qualità della legge: due concezioni davvero antinomiche? – 4. Un paio di questioni aperte: a) tutela penale come ultima ratio ed estensione garantistica della 'materia penale'. Una contraddizione latente? – 5. (Segue): b) che significa prevedibilità della condanna penale? – 6. Osservazioni conclusive.

* Il presente contributo è in corso di pubblicazione in S. Tordini Cagli (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, Atti del convegno su "Giurisprudenza legalità e diritto penale" svoltosi presso l'Università degli Studi di Bologna il 5 novembre 2015, Bup Editore, Bologna, 2017. Si ringrazia la curatrice per averne concesso la pubblicazione anche in *questa Rivista*. Trattandosi di un contributo già accettato per la pubblicazione in quella sede, il lavoro non è stato sottoposto alla procedura di *peer review* prevista da *questa Rivista*.

1. Introduzione.

La diffusa scoperta, nella recente riflessione dottrinale e nella stessa giurisprudenza, del possibile impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul sistema penale ha provocato una serie di onde telluriche, che hanno condotto a rimettere in discussione la fisionomia dello stesso principio di legalità in materia penale.

Due appaiono, in particolare, gli aspetti di novità provenienti dall'orizzonte convenzionale, che più hanno turbato gli interpreti nostrani.

In primo luogo – nell'ordine in cui i temi si sono affacciati nella discussione italiana – l'orizzonte convenzionale ci restituisce una nozione di "materia penale" che si fonda su criteri *sostanziali* per individuare ciò che deve essere considerato "reato", "pena", "processo penale". Ciò appare in netto contrasto con la concezione *formale* di reato che viene insegnata in qualsiasi manuale italiano, secondo la quale ciò che è reato è determinato, puramente e semplicemente, dal *nomen iuris* della sanzione che il legislatore prevede per il caso di trasgressione di un qualsiasi precetto.

In secondo luogo, l'art. 7 CEDU si disinteressa della *fonte* sulla quale il precetto penale e la relativa sanzione si fondano. Ciò che rileva dal punto convenzionale è piuttosto la *qualità* della norma che stabilisce precetto e sanzione, sotto il profilo della sua *accessibilità* per il destinatario e della sua idoneità a consentirgli di *prevedere* le conseguenze giuridiche della propria condotta: criteri, questi ultimi, che la Corte EDU applica senza alcuna difficoltà anche in relazione al *diritto di formazione giurisprudenziale*, riconosciuto come legittima fonte di precetti e di sanzioni penali. Ciò in netto contrasto con la consolidata concezione del principio di legalità penale restituitaci dalla nostra tradizione costituzionale, che ha tra i suoi corollari – anzi come *primo* dei suoi corollari – la *riserva di legge*, in forza della quale il parlamento ha, o dovrebbe avere, il monopolio delle scelte relative alla fissazione di precetti penalmente sanzionati, e alla determinazione delle relative sanzioni.

Inevitabile lo smarrimento dei penalisti italiani: assieme, di studiosi e giudici. La domanda fondamentale che un po' tutti si sono posti in questi ultimi anni è *che fare*, di fronte a un concetto di legalità penale così diverso da quello tradizionale. Un concetto peraltro che – attraverso i canali del diritto internazionale dei diritti umani – bussava ormai con insistenza alle porte del nostro sistema penale, chiedendo di essere *applicato* nella pratica quotidiana, onde evitare condanne dello Stato italiano di fronte alla giurisdizione di Strasburgo.

L'alternativa è se innalzare un muro, o spalancare le porte; con, in mezzo, una serie potenzialmente infinita di soluzioni intermedie, come l'aprire cautamente qualche finestra, ma controllando bene che cosa fare e non fare entrare.

La prima soluzione, per quanto oggi assai di moda nel panorama politico internazionale, è però semplicemente impraticabile, se non a prezzo di decisioni estreme. Innalzare un muro di fronte agli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU, in chiave di difesa del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., sarebbe possibile solo a condizione di sottrarsi *tout court* alla competenza contenziosa della Corte europea, denunciando la Convenzione e ritirando il nostro paese dal corrispondente sistema dei diritti umani. Una soluzione, questa, che altri Stati parte della Convenzione – e in

particolare il Regno Unito – stanno da tempo considerando, ma che significherebbe riconoscere il fallimento dei grandi ideali di chi, sulle ceneri del secondo conflitto mondiale, sognava un’Europa unita anzitutto sul piano di un comune impegno a tutela dei diritti fondamentali della persona violentati dalla barbarie nazifascista, come prima condizione per la costruzione di una pace stabile e duratura tra nazioni storicamente tra loro nemiche. Un po’ troppo, se la posta ora in gioco è semplicemente quella della difesa di un nucleo di garanzie che la nostra tradizione nazionale riconosce inerenti al *nullum crimen*.

La seconda alternativa – spalancare senz’altro le porte alla nuova concezione di legalità ‘europea’ – è però egualmente avvertita come problematica, o addirittura impraticabile, nel momento in cui – si afferma – quella legalità ‘europea’ avrebbe una fisionomia incompatibile con quella sancita nell’art. 25, secondo comma, Cost.: una norma, quest’ultima, che prevarrebbe sul dovere del nostro ordinamento di conformarsi agli obblighi sovranazionali ai sensi dall’art. 117, primo comma, Cost. e che si ritiene debba imporsi persino come ‘controlimite’ alle stesse limitazioni di sovranità consentite dall’art. 11 Cost.¹

Non stupisce allora che la via faticosamente ricercata dalle nostre giurisdizioni sia stata sinora quella intermedia, mirante alla ricerca di accettabili compromessi, in un complicato gioco di equilibri e bilanciamenti volti a consentire l’ingresso nel nostro ordinamento della *sostanza* delle sentenze della Corte EDU, senza al contempo sacrificare la concezione tradizionale della legalità penale fondata sull’art. 25, secondo comma, della Costituzione italiana. Una via intermedia, però, non facile, se il punto di partenza è l’affermazione di una radicale *alterità* tra le due concezioni della legalità a confronto.

La tesi di fondo di questo contributo è, invece, che i due fasci di garanzie sottesi alla legalità penale di fonte, rispettivamente convenzionale e convenzionale non debbano essere considerati come antinomici, ma piuttosto come *complementari*², alla luce del criterio della *massimizzazione delle garanzie dei diritti fondamentali* che deriva dalla combinazione tra Costituzione e carte internazionali dei diritti, prima fra tutte la Convenzione europea; e che, pertanto, l’impatto del principio di legalità ‘europeo’ sul sistema penale italiano comporti in linea di principio un *innalzamento complessivo del livello di tutela dell’individuo* nei confronti della potestà punitiva statale, rispetto al livello ricavabile dalla sola Carta costituzionale.

Per dimostrare questa tesi, sarà anzitutto opportuno gettare uno sguardo più ravvicinato ai due grandi profili di novità sopra evidenziati della nozione

¹ In questo senso, cfr. la recentissima C. cost, ord. n. 24/2017 (“ritenuto in fatto e considerato in diritto” n. 2), in merito alla notissima vicenda *Taricco*, che concerne però il rapporto tra art. 25, secondo comma, Cost. e diritto dell’Unione europea, esulante dall’orizzonte del presente contributo.

² Il presente contributo si muove, pertanto, in piena consonanza con l’approccio di fondo propugnato da BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in Paliero, Moccia, De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni, Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, 2016, p. 269 ss., spec. 285 ss., sia pure con un itinerario argomentativo parzialmente distinto. Per alcuni autorevoli cenni nella medesima direzione, cfr. anche PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1061.

‘convenzionale’ di legalità penale, e alle reazioni da essi suscitate nel nostro ordinamento: la definizione della ‘materia penale’ sulla base di criteri sostanziali anziché formali (*infra*, 2), e la sostituzione del criterio della riserva di legge con quello della qualità della fonte, in termini di accessibilità del precetto e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie (*infra*, 3). Tenterò, quindi, di mappare alcune delle questioni ancora aperte sul cammino, che personalmente auspico fortemente, della costruzione di un principio di legalità penale *integrato*, derivante dal quadro costituzionale e convenzionale (*infra*, 4 e 5), per poi abbozzare alcune sintetiche considerazioni conclusive (*infra*, 6).

2. Il campo di applicazione della legalità penale: il concetto di *matière pénale* nella giurisprudenza della Corte EDU e le sue ripercussioni nell’ordinamento italiano.

Sul concetto sostanziale, e ‘autonomo’, di materia penale nella giurisprudenza di Strasburgo si è scritto moltissimo, e non soltanto negli ultimi anni; sicché basteranno qui pochissimi cenni, essenzialmente al fine di sottolineare la rilevanza pratica della questione.

Come è arcinoto, a partire dal *leading case Engel* del 1976 la Corte afferma di non essere vincolata alla qualificazione da parte dello Stato contraente degli *illeciti* e delle relative *sanzioni*, nonché dei *procedimenti* funzionali all’accertamento dell’illecito e alla irrogazione della sanzione, in termini *penali* o, all’opposto, amministrativi, civili, disciplinari, etc.; ma di essere, invece, libera di qualificare essa stessa come ‘penali’ quegli stessi illeciti, sanzioni e procedimenti sulla base di criteri sostanziali (i celeberrimi ‘criteri Engel’), anche laddove nell’ordinamento domestico essi siano qualificati in termini alternativi.

Trasparente lo scopo perseguito dalla giurisprudenza europea: evitare che lo Stato possa sottrarre un illecito, una sanzione o un procedimento al complesso delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 della Convenzione (oltre che dagli artt. 2, 3 e 4 del Prot. n. 7) per la materia penale, semplicemente attraverso l’espedito di qualificare quell’illecito, quella sanzione o quel procedimento come ‘non penali’. Ne va, insomma, del *campo di applicazione* di quelle garanzie, la cui determinazione la Corte rivendica invece come compito suo proprio.

Il risvolto di questa in sé comprensibilissima pretesa è però quello di affidare all’interprete l’apprezzamento, caso per caso, della natura ‘sostanzialmente penale’ di un dato illecito, sanzione o procedimento. E ciò sulla base di criteri che non brillano per capacità connotativa: né nella loro versione originaria, fornita da *Engel*, né nelle innumerevoli declinazioni e concretizzazioni dovute alla giurisprudenza successiva³. I confini della materia penale – e dunque l’estensione delle garanzie convenzionale

³ Per un quadro aggiornato, cfr. S. BUZZELLI, *Art. 6 – Diritto a un equo processo*, in Ubertis, Viganò, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, p. 134 ss. e F. MAZZACUVA, *Art. 7 – Nulla poena sine lege*, *ibidem*, p. 249 ss., cui si rinvia anche per ogni ult. rif.

riservate al penale – divengono così, almeno in certa misura, *fluidi*, e non sempre riconoscibili *a priori* (prima, cioè, dell’apprrezzamento giudiziale nel caso concreto).

Proprio il bisogno di *certezza* nella definizione dei confini del penale è alla base delle reazioni di rigetto determinatasi nel nostro ordinamento contro i criteri sostanziali di definizione della materia penale di origine europea: la determinazione di ciò che è reato e ciò che non è reato – questo è il senso ultimo di molte obiezioni – è affidata, nel nostro ordinamento costituzionale, esclusivamente alla legge, a sua volta espressione della volontà popolare espressa attraverso le forme della democrazia parlamentare; non già alla giurisprudenza.

Dietro simili reazioni, si cela tuttavia un (davvero clamoroso) fraintendimento, che deriva da una mancata distinzione tra il piano del *precetto penalmente sanzionato*, che si rivolge *in primis* all’individuo, e il piano delle *norme di garanzia costituzionali e convenzionali*, il cui contenuto vincola piuttosto gli organi statali deputati alla produzione e all’applicazione delle norme penali. Nessun dubbio che, in forza dell’art. 25, secondo comma, Cost. spetta solo al legislatore democraticamente legittimato tracciare i confini dei precetti penalmente sanzionati, e dunque stabilire quali comportamenti costituiscano reati e quali siano, invece, penalmente irrilevanti. Non risolta, invece, dal testo di quella disposizione costituzionale, così come dai testi delle altre disposizioni che si occupano della pena o della giurisdizione penale (e in particolare gli artt. 27, 111, 112 Cost.), è la distinta questione relativa *a chi spetti* determinare l’ambito di applicazione delle garanzie da esse previste, e con quali criteri tale ambito debba essere definito.

La prospettiva sottesa alle reazioni di rigetto cui facevo cenno è, probabilmente, quella secondo cui il dato formale del *nomen iuris* della sanzione prevista da parte del *legislatore ordinario* dovrebbe decidere, in un sol colpo, *sia* della sottoposizione del relativo illecito alla giurisdizione penale e al regime di imputazione disciplinato dal primo libro del codice penale, *sia* della sua sottoposizione al quadro delle garanzie costituzionali riservate alla materia penale; con una Corte costituzionale che resterebbe libera, a questo punto, di stabilire in via interpretativa il *contenuto* di quelle garanzie, ma non le *condizioni* per la loro applicazione, interamente determinate dalla scelta qualificatoria compiuta dal legislatore ordinario.

Immediata, però, l’obiezione: affidare al solo legislatore ordinario il compito di stabilire che cosa sia penale e che cosa non lo sia, significherebbe – ad es. – consentire al legislatore di sottrarsi alla garanzia dell’irretroattività di una data sanzione semplicemente qualificandola non come “pena” ma come “misura di sicurezza”, con conseguente sua attrazione nell’orbita applicativa del terzo comma dell’art. 25 Cost., che a differenza del secondo comma non prevede tale garanzia; o, ancora, significherebbe consentire al legislatore sottrarre *d’emblée* alle garanzie del giusto processo ‘penale’ di cui all’art. 111, commi terzo, quarto e quinto, Cost., nonché al principio dell’obbligatorietà dell’azione penale di cui all’art. 112 Cost., il procedimento di accertamento di un illecito e di irrogazione della relativa sanzione, semplicemente attraverso una qualificazione in termini ‘non penali’ della sanzione medesima, qualunque ne sia la carica afflittiva sui diritti fondamentali del destinatario.

Evidente dovrebbe risultare insomma il rischio di una *frode delle etichette* insito in una simile impostazione; una frode, per di più, la cui prima vittima sarebbe la nostra stessa Costituzione. A nessuno oggi verrebbe in mente, d'altra parte, che l'estensione della libertà di manifestazione del pensiero debba essere determinata dalla scelta del legislatore ordinario di qualificare una data condotta come 'manifestazione di pensiero' ovvero, poniamo, di mero 'incitamento all'azione'; dovendosi piuttosto previamente determinare *sul piano del diritto costituzionale* – in sede di interpretazione dell'art. 21 Cost. – se la condotta comunicativa in questione, in ipotesi penalmente sanzionata o sottoposta ad altre misure restrittive, rientri o meno nell'ambito di tutela dell'art. 21 Cost.

Ed allora, laddove si convenga che non può essere il legislatore ordinario a decidere sull'*estensione* delle garanzie costituzionali dalle quali è vincolato, sarà giocoforza riconoscere che – anche nell'ordinamento italiano – l'autorità deputata a stabilire in quali casi debbano trovare applicazioni tali garanzie non potrà che essere quella *giudiziaria*: più in particolare, la stessa *Corte costituzionale*, nella sua funzione di 'controllore' della compatibilità delle scelte del legislatore ordinario con le garanzie costituzionali applicabili alla materia penale; e naturalmente gli stessi *giudici comuni*, nella loro duplice funzione di 'primi rilevatori' delle antinomie, destinate poi a essere sottoposte al giudizio della Corte costituzionale, e di possibili 'risolutori' delle antinomie medesime, mediante lo strumento dell'interpretazione conforme.

A ben guardare, la giurisprudenza della Corte costituzionale, ancorché con una certa *souplesse*, è da tempo pervenuta a questi approdi, nelle finalità e nella sostanza coincidenti con quelli dei giudici di Strasburgo, senza che la dottrina penalistica abbia avvertito alcuna 'rottura' del paradigma della stretta legalità consacrato nell'art. 25, secondo comma, Cost.

Il principio fu in particolare affermato, con estesi richiami anche alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di art. 7 CEDU, dalla sent. n. 196 del 2010, che estende il corollario della *irretroattività* della pena (fondato sull'art. 25, secondo comma, Cost.) alla *confisca dell'autoveicolo* prevista dal codice della strada⁴. La Corte dichiara qui illegittimo il richiamo effettuato da quella normativa all'art. 240 c.p., che detta il regime generale della confisca-misura di sicurezza, sottratta come tale – in forza dell'art. 25, terzo comma, Cost. – al divieto di applicazione retroattiva. Dopo avere sottolineato la necessità di distinguere tra le diverse tipologie di confisca in relazione alla loro differente natura e finalità, la Corte sottolinea qui come la distinzione tra pena e

⁴ Su tale sentenza, indicata come espressiva di una "nozione sempre meno formale e sempre più allargata" del concetto di materia penale che sarebbe ormai penetrato nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, cfr. anche DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in Paliero, Moccia, De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni, Risicato (a cura di), *La crisi della legalità*, cit., p. 158. Come nota la stessa autrice, la Corte aveva peraltro già anticipato gli approdi cui pervenne in questa sentenza in una ordinanza pronunciata l'anno precedente (la n. 97/2009), dove aveva aderito alla giurisprudenza della Corte di cassazione che qualificava in termini "eminamente sanzionatori" la confisca per equivalente prevista in materia tributaria, traendone la conclusione del divieto di una sua applicazione retroattiva già in base al diritto vivente, senza alcuna necessità di una pronuncia additiva della Corte costituzionale.

misura di sicurezza, ai fini dell'individuazione del diverso regime di garanzia stabilito dalla Costituzione, non possa essere affidato al mero dato della *qualificazione formale* della sanzione da parte del legislatore, né in generale alla valutazione discrezionale del legislatore medesimo. Decisiva è piuttosto la *fisionomia della singola sanzione*, che può presentarsi come una "reazione contro un fatto avvenuto, proprio della pena", ovvero come "l'attuazione, propria della misura di sicurezza, di mezzi rivolti ad impedire fatti di cui si teme il verificarsi in futuro"⁵. Prosegue la Corte:

la presa d'atto proprio delle peculiari caratteristiche e funzioni che, rispetto alle pene, presentano le misure di sicurezza ha portato la dottrina a sottolineare la *necessità, a fronte di ogni reazione ad un fatto criminoso che il legislatore qualifichi in termini di misura di sicurezza, di un controllo in ordine alla sua corrispondenza non solo nominale, ma anche contenutistica, alla natura spiccatamente preventiva di detti strumenti*. Ciò, al fine di *impedire che risposte di segno repressivo, e quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto, si prestino ad essere qualificate come misure di sicurezza, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le pene*.

Una preoccupazione analoga – e cioè quella di evitare che singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla CEDU, nell'escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengano all'ambito penale, possano determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale – è, del resto, alla base dell'indirizzo interpretativo che ha portato la Corte di Strasburgo all'elaborazione di propri criteri, in aggiunta a quello della qualificazione giuridico-formale attribuita nel diritto nazionale, al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione [...] Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale *tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*.

Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato⁶.

Con questa importante sentenza – le cui affermazioni vengono poi citate dalle successive sentenze n. 104/2014 e 276/2016, che riconducono l'intero ambito delle *sanzioni amministrative* sotto l'ombrello dell'art. 25, secondo comma, Cost., riallacciandosi a un lontano precedente del 1967⁷ – la Corte si allinea di fatto alla Corte di Strasburgo nell'utilizzazione di un criterio *sostanziale* per la definizione della materia abbracciata dalle garanzie tipiche del 'penale', quale la natura "punitivo-afflittiva", ovvero prevalentemente "preventiva", della misura limitativa o privativa di diritti che venga di volta in considerazione; rifiutando così l'adozione di un paradigma soltanto 'formale', o 'nominalistico', per l'individuazione dei confini di tali garanzie.

Il che comporta, certo, come necessario contrappasso – esattamente come accade rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU – un *minor tasso di certezza* nell'individuazione di quel confine, prima della decisione della stessa Corte

⁵ Cons. in diritto n. 3.1.1.

⁶ Cons. in diritto n. 3.1. (corsivi aggiunti).

⁷ C. cost., sent. n. 68/1967, cons. in diritto n. 4.

costituzionale, sulla natura ‘punitivo-afflittiva’ ovvero ‘(prevalentemente) preventiva’ di una specifica misura⁸, come la recente discussione sulla natura delle cause di ineleggibilità e decadenza previste dalla c.d. legge Severino in conseguenza di alcune condanne penali, oggetto della sentenza n. 276/2016, emblematicamente sta a dimostrare.

Ma la prospettiva di simili margini di opinabilità, e dunque di incertezza, non deve preoccupare più di tanto. La posta in gioco è qui la possibilità di *estendere* il dovere dei poteri pubblici di conformarsi – nella loro attività di produzione e nell’applicazione di norme limitative dei diritti dell’individuo – agli specifici principi e garanzie penalistici anche *al di là* dei confini della responsabilità espressamente qualificata dal legislatore come ‘penale’, rispetto alla quale quelle garanzie sono comunque scontate. Ciò in chiave, dunque, di *ulteriore* garanzia rispetto a quella già assicurata dal legislatore mediante l’espressa qualificazione come ‘penali’ di precetti, sanzioni e procedimenti. L’unica pensabile alternativa sarebbe qui il ritorno al criterio formale del *nomen iuris* della sanzione prescelto dal legislatore: un criterio che finirebbe però per far coincidere l’ambito di tutela dei diritti e delle garanzie legate al *nullum crimen* con tutto ciò – e a solo con ciò – che il legislatore scelga di definire come ‘penale’, e sul quale ben a ragione la nostra Corte costituzionale, in piena sintonia con la Corte di Strasburgo, rifiuta di appiattirsi.

A questo punto, la pretesa ‘novità’ del diritto europeo rappresentata dall’adozione di criteri *sostanziali* per la definizione della ‘materia penale’ si disvela come una novità soltanto apparente; o comunque come una novità già ampiamente assorbita, senza traumi, dalla nostra giurisprudenza costituzionale, in funzione di un complessivo *innalzamento* del livello di tutela di quelle garanzie e dei diritti fondamentali ad esse sottesi.

E ciò, si noti, senza alcun contraccolpo tellurico degno di nota, in una materia pure dominata dal principio di legalità. La nozione *formale* di reato, superata quale criterio di determinazione delle garanzie (costituzionale e convenzionale) del ‘penale’, resterà infatti fondamentale presupposto per l’individuazione della *disciplina* sostanziale e processuale applicabile a questo o quell’illecito sul piano della legislazione ordinaria: le regole e i principi del primo libro del codice penale e del codice di procedura penale, per gli illeciti qualificabili come ‘penali’ in relazione al *nomen iuris* della sanzione prevista per il caso di violazione (ergastolo, reclusione, multa, arresto o ammenda); *ovvero* le regole e i principi della legge n. 689 del 1981, o di altre fonti settoriali che disciplinano singoli illeciti amministrativi, disciplinari o civili, per tutti le altre tipologie di illecito.

Nessuna antinomia, dunque, tra concezione ‘europea’ e ‘nazionale’ della legalità penale sotto il profilo ora esaminato; ma, piuttosto, *integrazione reciproca*, nel segno di un allargamento del quadro di garanzie riservate al ‘penale’ anche a settori di disciplina non formalmente qualificati come tali, o a sanzioni che il legislatore non abbia qualificato

⁸ Così, giustamente, ancora DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo*, cit., p. 158.

espressamente come ‘pene’ (come nel caso di forme di confische dalla connotazione punitivo-sanzionatoria piuttosto che preventiva).

3. Riserva di legge *vs.* qualità della legge: due concezioni davvero antinomiche?

Un secondo aspetto di (almeno apparente) novità della concezione ‘europea’ della legalità penale rispetto a quella desumibile dalla Costituzione italiana concerne, come anticipato, l’adozione – da parte della giurisprudenza di Strasburgo – del criterio della *qualità delle norme* che descrivono i precetti e stabiliscono le relative sanzioni penali, in sostituzione del canone nostrano della riserva di legge, che guarda invece alla *tipologia della fonte* da cui derivano tali norme.

Come è noto, l’art. 7 CEDU non ha tra i suoi corollari la riserva di legge, contenuta invece in maniera inequivoca nell’art. 25, secondo comma, Cost. Le ragioni storiche di tale lacuna sono note: la Convenzione fu stipulata da dieci Stati, tra i quali almeno due (il Regno Unito e l’Irlanda) riconoscevano nei rispettivi ordinamenti reati fondati su *precedenti giurisprudenziali* anziché su provvedimenti legislativi; mentre altri Stati firmatari, tra cui la Francia, da sempre conoscono ancor oggi reati fondati su atti regolamentari del potere esecutivo. Nessuno di tali Stati avrebbe mai sottoscritto un patto internazionale che, come alcune Costituzioni nazionali, avesse escluso *a priori* la legittimità di una normazione penale ad opera di fonti diverse dalla legge parlamentare.

Inoltre, anche laddove la responsabilità penale sia fondata su una legge parlamentare (come avviene oggi per la stragrande maggioranza dei reati anche negli ordinamenti di *common law*), la Corte di Strasburgo riconosce alla *giurisprudenza* penale nazionale il (legittimo) compito di contribuire gradualmente, attraverso le proprie decisioni, a determinare la portata del precetto penale e le condizioni di applicazione delle relative sanzioni, purché entro il limite dettato da divieto di analogia, riconosciuto anche dalla Corte europea come implicito nella garanzia della legalità penale⁹.

Ciò che importa alla Corte di Strasburgo è unicamente che – sulla base del dato testuale della disposizione incriminatrice e/o della sua interpretazione ad opera della giurisprudenza nazionale, *ovvero* sulla base dei precedenti vincolanti nelle ormai residuali ipotesi di reati di pura origine giurisprudenziale – il precetto penale risulti facilmente *accessibile* ai suoi destinatari, e la sua applicazione concreta da parte del giudice penale risulti per lui *prevedibile* al momento della commissione del fatto. La logica del principio è strettamente legata a quella del divieto di applicazione retroattiva della legge penale, che sarebbe violato allorché un individuo fosse colpito da una sanzione prevista da un precetto, la cui applicazione al fatto da lui commesso non fosse da lui prevedibile *ex ante*.

La garanzia della legalità penale è dunque rispettata, secondo la Corte europea, non già quando il precetto sia consacrato da una norma di legge parlamentare; bensì quando il precetto, indipendentemente dalla tipologia della fonte che lo prevede,

⁹ Cfr. ancora, sul punto, F. MAZZACUVA, *Art 7*, cit., p. 237 ss.

possieda caratteristiche *qualitative* tali da risultare *accessibile* ai suoi destinatari, e da far apparire *prevedibile* al momento del fatto la sua futura applicazione da parte del giudice.

Il mancato riconoscimento della riserva di legge da parte dell'art. 7 CEDU, assieme al riconoscimento da parte della Corte EDU di una funzione a conti fatti normativa della giurisprudenza penale (quanto meno nel senso, valido anche per gli ordinamenti di *civil law*, della legittimità di una progressiva precisazione dei confini del precetto legislativo ad opera dei giudici) viene spesso additato dalla dottrina italiana, e dalla stessa giurisprudenza costituzionale¹⁰, come un *deficit* di tutela da parte della Convenzione; e, in ogni caso, come un indice della *minor portata garantistica* dell'art. 7 CEDU rispetto all'art. 25, secondo comma, Cost. Una disposizione, quest'ultima, che riserva invece alla legge parlamentare il monopolio delle scelte di incriminazione e di determinazione delle relative sanzioni, in omaggio al principio della sovranità popolare e della democrazia – per cui soltanto i rappresentanti diretti del popolo possono, attraverso una procedura trasparente che garantisce la partecipazione di tutte le forze politiche, stabilire le condizioni per la limitazione o la privazione dei diritti più fondamentali dell'individuo, che si attua attraverso la pena –; negando correlativamente che il potere esecutivo da un lato, e quello giudiziario dall'altro, possano legittimamente concorrere a, o addirittura direttamente stabilire, le condizioni e i presupposti della responsabilità penale degli individui. Una tale dimensione politico-istituzionale è certamente estranea alla garanzia convenzionale, tutta calibrata sulla tutela del diritto del singolo ad articolare liberamente le proprie scelte di azione, e a non essere sorpreso dall'applicazione di una sanzione penale non prevedibile al momento della commissione del fatto.

Ma nemmeno in questo caso sarebbe corretto parlare di un'*antinomia* tra la legalità costituzionale e quella convenzionale. Secondo il chiaro dettato dell'art. 53 CEDU, infatti, “[n]essuna delle disposizioni della [...] Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni parte contraente”, tra le quali *in primis* la Costituzione. Le garanzie della CEDU, dunque, *integrano*, e non si sostituiscono mai alle corrispondenti garanzie previste dalle Costituzioni nazionali, in conformità alla logica – che permea tutti gli strumenti

¹⁰ In questo senso, in particolare, C. cost., sent. n. 230/2012, “considerato in diritto” n. 7: “nell’interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risult[a] meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell’assetto interno – della riserva di legge, nell’accezione recepita dall’art. 25, secondo comma, Cost.; principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell’individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all’istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall’intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all’esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione”.

internazionali di tutela dei diritti umani¹¹ – della massimizzazione delle garanzie, o del *maximum standard*.

Nel nostro contesto, ciò significa che, in un’ottica tutela *integrata* fondata *assieme* su Costituzione e CEDU, la riserva di legge parlamentare – qualunque cosa ciò concretamente significhi in base all’attuale stato del diritto costituzionale ‘vivente’ – continuerà a costituire un principio fondamentale dell’ordinamento costituzionale *italiano*, nel quale seguiranno a non essere ammesse norme penali fondate su norme subordinate alla legge, e tantomeno reati di pura creazione giurisprudenziale; e tale garanzia, semplicemente, *si aggiungerà* a quelle stabilite dall’art. 7 CEDU, nella misura naturalmente in cui queste ultime non si limitino a riprodurre il contenuto di altre garanzie già desumibili dalla nostra Costituzione.

Tutto ciò ha una prima conseguenza importante, che è bene mettere in evidenza per evitare un ulteriore, ricorrente fraintendimento.

Se, nel nostro ordinamento costituzionale, l’unica fonte legittimata a compiere scelte di incriminazione è la legge, ciò significa che l’opera di precisazione del contenuto precettivo della disposizione legislativa compiuta dalla giurisprudenza nell’interpretazione e applicazione della disposizione medesima dovrà – quanto meno nell’ordinamento italiano – sempre potersi legittimare *al metro della sua compatibilità con le scelte sovrane del legislatore*, alle quali il giudice resta soggetto per esplicito dettato costituzionale¹². E, per converso, qualsiasi operazione interpretativa compiuta dalla giurisprudenza dovrà resistere – per riprendere il notissimo schema popperiano – ai tentativi di *falsificazione al metro della legge*, soggiacendo così a una possibile valutazione di *erroneità* proprio in ragione della sua incompatibilità con la disposizione legislativa¹³.

In altre parole, l’interpretazione della norma incriminatrice – in un ordinamento come quello italiano fondato sulla riserva di legge e sul divieto di analogia – sarà legittima solo in quanto *secundum legem*, non già quando si risolva in una lettura *praeter legem* (e per ciò stesso analogica) o addirittura *contra legem* della disposizione incriminatrice.

Il processo di integrazione tra le garanzie costituzionali e quelle convenzionali della legalità non può condurre, insomma, ad abbassare il livello di tutela della legalità

¹¹ Cfr. anche il corrispondente art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

¹² Per un’autorevole sottolineatura del nesso tra riserva di legge in materia penale e soggezione del giudice alla legge *ex art. 101*, secondo comma, Cost., cfr. da ultimo PULITANÒ, [Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2015, p. 48.

¹³ Per l’utilizzo dell’espressione “illecito giurisprudenziale” (o “interpretativo”) “originario”, in relazione a prodotti dell’interpretazione (=a norme, nella nota terminologia crisafulliana) incompatibili con la disposizione legislativa, e in generale con il diritto di fonte legislativa, cfr. ora DONINI, [Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2016, p. 30. L’autore distingue tale ipotesi da quella dell’illecito giurisprudenziale (o interpretativo) “derivato”, che sarebbe invece integrato da interpretazioni in sé compatibili con il dato legislativo, ma affermatesi in giurisprudenza dopo la commissione del fatto, e che pertanto pongono unicamente il problema del divieto di una loro *applicazione retroattiva* evidenziato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

penale già pacificamente conquistato nel nostro ordinamento, ad es. attraverso l'affermazione secondo cui l'unica condizione di legittimità di una data interpretazione della legge penale sarebbe la sua idoneità a consentire al destinatario la possibilità di prevedere la propria futura responsabilità penale. *Ulteriore* condizione di legittimità di tale interpretazione, che discende dalla dimensione 'nazionale' della legalità penale nell'ordinamento costituzionale italiano, resterà la compatibilità di tale interpretazione con la legge – il suo essere *secundum*, e non *praeter* o *contra legem*.

Dopodiché, stabilire in che cosa consistano la verifica della compatibilità di un'interpretazione con la legge, la possibilità di falsificare una data interpretazione al metro della legge, la distinzione tra interpretazioni *secundum* e *praeter* o *contra legem*, etc., resteranno questioni più che mai aperte e problematiche¹⁴, come ben sa chiunque abbia un minimo di consapevolezza dei dibattiti in materia in sede di teoria generale del diritto; la verifica della compatibilità di un'interpretazione con la legge potendo e dovendo essere effettuata attraverso l'uso di una quantità di canoni ermeneutici (letterale, storico, sistematico, teleologico, ma anche interpretazione costituzionalmente orientata, orientata alle conseguenze, etc.), la cui precisa fisionomia e, soprattutto, reciproca gerarchia è oggetto di infinite discussioni in dottrina – con l'ulteriore elemento di complicazione rappresentato dal significato da attribuire, nello specifico contesto del diritto penale, al divieto di analogia.

Ma ciò che importa qui sottolineare è l'esigenza metodologica per il giudice di porsi, con particolare serietà, il problema della sostenibilità della propria interpretazione di una qualsiasi disposizione penale *al metro della legge*, riconosciuta come fonte sovraordinata rispetto alla propria stessa legittima funzione di integrazione del precetto¹⁵. Siamo di fronte qui, quanto meno, a una sorta di *regola del gioco* dell'attività ermeneutica, legata a doppio filo proprio alla riserva di legge *ex art. 25, comma 2, Cost.* È proprio tale regola del gioco che consente alla dottrina, oggi come ieri, di affermare che una data interpretazione – ad es., la sistematica rinuncia della giurisprudenza all'accertamento di un preciso atto contrario ai doveri dell'ufficio oggetto di transazione illecita nella corruzione 'propria' di cui all'art. 319 c.p.¹⁶ – è *errata*, ed anzi *illegittima* –

¹⁴ Così, giustamente, FIANDACA, *Relazione conclusiva*, in Paliero, Moccia, De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni, Riscato (a cura di), *La crisi della legalità*, cit., p. 375.

¹⁵ E con ogni verosimiglianza non si tratta soltanto di un postulato che riposa su una funzione: come afferma condivisibilmente Pulitanò, subito dopo una perspicua citazione di Umberto Eco, “[c]i sono interpretazioni sicuramente sbagliate; problemi di verità non sono estranei al contesto ermeneutico, e talora (nella maggioranza dei casi?) possono trovare soluzioni sicure, o comunque largamente condivise” (PULITANÒ, *Paradossi della legalità*, cit., p. 49). Insomma: sarà pur vero che della compatibilità con la legge di una certa interpretazione si potrà spesso discutere; ma ci sono casi in cui tale incompatibilità appare evidente a chi proceda con un minimo di onestà intellettuale, ed almeno per *questi* casi il vincolo del giudice alla legge conserverà un pregnante significato pratico.

¹⁶ Ribadita ancora – ben dopo la riforma del 2012, che univocamente intese 'trasferire' queste ipotesi all'alveo applicativo della meno grave figura di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 c.p. – da Cass. pen., sez. II, 25 novembre 2015, n. 47471. L'esempio è addotto anche da DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 19 come ipotesi di interpretazione “originariamente” illegittima, perché contraria al dato letterale della disposizione di cui all'art. 319 c.p., cancellando semplicemente come non scritto un requisito di fattispecie.

trascurando assieme, nel nostro esempio, la lettera della disposizione, la volontà del legislatore, e il sistema in cui la disposizione è inserita –, anche laddove una tale interpretazione appaia *consolidata* e, come tale, consenta perfettamente ai consociati di *prevedere* la propria futura responsabilità penale.

Chi paghi, oggi, costose vacanze a un pubblico ufficiale, sperando di potere da lui ottenere qualche ancora indeterminato beneficio futuro, è *oggi* pienamente avvertito della possibilità di essere, *domani*, condannato per corruzione ‘propria’, e non solo per il meno grave reato di corruzione per l’esercizio della funzione, sicché di questa condanna non potrà poi dolersi a Strasburgo; *e tuttavia*, il *nullum crimen* nella sua dimensione ‘nazionale’ continuerà ad autorizzare la dottrina italiana a denunciare come illegittima la norma così creata dalla giurisprudenza, in quanto *incompatibile con la legge*¹⁷.

Se così è, potrebbe a questo punto dubitarsi che la prospettiva di un’integrazione tra le garanzie – ‘costituzionale’ e ‘convenzionale’ – del *nullum crimen* innalzi in qualche modo il livello di tutela già riconosciuto alla legalità penale a livello interno.

Di primo acchito, si sarebbe tentati di rispondere in senso negativo. Per un verso, infatti, le istanze di accessibilità e prevedibilità riconosciute come implicite nell’art. 7 CEDU potrebbero apparire soddisfatte, da un punto di vista funzionale, dai requisiti di *tassatività* o *sufficiente determinatezza* (o, secondo un’altra terminologia ancora, di *precisione*) della norma penale, che la giurisprudenza costituzionale e la dottrina deducono dall’art. 25, secondo comma, Cost. come requisito oggettivo di validità della norma medesima: un requisito funzionale, tra l’altro, proprio a garantire l’agevole conoscibilità del precetto penale per i suoi destinatari. Per altro verso, l’idea che il destinatario della norma penale debba essere soggettivamente in grado di riconoscere l’illiceità della propria condotta sta alla base del principio di *colpevolezza* in materia penale, che la celebre sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale ha dedotto per la prima volta dall’art. 27, primo e terzo comma, Cost. La Corte EDU, potrebbe osservarsi, non fa altro che ricondurre al principio di legalità *ex* art. 7 CEDU ciò che la giurisprudenza costituzionale italiana riconduce invece più correttamente all’alveo di un diverso principio, quello di *colpevolezza*; senza però che tale differente collocazione topografica muti la sostanza della garanzia.

In realtà, come ho cercato di dimostrare più estesamente in altro lavoro¹⁸, la nozione di accessibilità del precetto e prevedibilità della sua applicazione elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo in sede di interpretazione dell’art. 7 CEDU ha, a conti fatti,

¹⁷ Ulteriori esempi di interpretazioni chiaramente *contra legem*, ma consolidate in giurisprudenza al punto da far ritenere ampiamente *prevedibile* – non per questo meno *illegittima* dal punto di vista del rispetto del principio di legalità penale! – la condanna di chi commetta le condotte in questione, sono elencati dal saggio appena citato di DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 29 ss.: in particolare, vengono menzionate la costante riconduzione al concetto di “infortunio” di cui all’art. 437, secondo comma, c.p. delle malattie professionali, e la sussunzione nel getto pericoloso di cose dell’emissione di onde elettromagnetiche.

¹⁸ VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale](#), in Paliero, Moccia, De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni, Risicato (a cura di), *La crisi della legalità*, cit., p. 228 ss., nonché in questa *Rivista*, 19 dicembre 2016

una capacità di rendimento ben *maggiore* rispetto alle conseguenze che la nostra giurisprudenza costituzionale e la nostra dottrina hanno sinora tratto dai principi costituzionali di colpevolezza e di tassatività/sufficiente determinatezza del precetto penale.

Anzitutto, prevedibile dal punto di vista europeo dev'essere non soltanto l'*an* della responsabilità penale (e si noti: della responsabilità *penale*, non della generica illiceità della condotta, come spesso si ritiene sufficiente da noi ai fini del rispetto del principio di colpevolezza), ma anche – sia pure entro limiti ancora bisognosi di precisazione da parte della giurisprudenza di Strasburgo – il *quantum* della sanzione applicabile¹⁹.

Prevedibile almeno nelle sue linee essenziali deve essere, altresì, il *regime di esecuzione della pena* (da sempre escluso dall'alveo del principio di legalità penale dalla costante giurisprudenza della nostra Corte costituzionale): profilandosi ad es. una violazione della legalità convenzionale allorché tale regime muti inopinatamente, e con effetto retroattivo, durante l'esecuzione della pena, e renda la medesima assai più gravosa di quanto fosse ragionevolmente prevedibile *ex ante*²⁰.

Ma, soprattutto, il riconoscimento in linea di principio del ruolo integratore della norma penale svolto dalla giurisprudenza nazionale consente alla Corte EDU di ancorare la prevedibilità dell'applicazione della norma penale medesima allo *stato della giurisprudenza al momento della commissione del fatto*: con la relevantissima conseguenza di escludere la prevedibilità della condanna allorché essa, pur se in sé compatibile con il dato legislativo e pertanto non definibile in termini di interpretazione analogica o *contra legem*, non fosse sufficientemente prevedibile in base alla giurisprudenza conoscibile all'imputato al momento del fatto. In tal caso, la sua punizione sarebbe equivalente a una applicazione *retroattiva* di una norma (frutto di una combinazione tra il dato normativo e la sua interpretazione ad opera della giurisprudenza), ancora non compiutamente esistente al momento della commissione del fatto²¹.

Questo è, in particolare, il senso della sentenza *Contrada c. Italia* del 2015²², che tante discussioni ha suscitato nel nostro paese, e le cui ripercussioni pratiche sono ancora lungi dall'essersi esaurite. Secondo l'apprezzamento ormai definitivo della Corte EDU, al quale i nostri organi giurisdizionali sono tenuti a conformarsi in forza dell'art. 46 CEDU, il ricorrente – condannato per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti commessi tra il 1979 e il 1988 – non fu in grado di prevedere una propria responsabilità penale a tale titolo al momento dei fatti, commessi in un'epoca in cui ancora perduravano i contrasti giurisprudenziali sulla stessa configurabilità astratta di un "concorso" da parte di un non partecipe in un'associazione mafiosa. Condannandolo a

¹⁹ Corte EDU (Grande Camera), sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, § 140.

²⁰ Corte EDU (Grande Camera), sent. 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

²¹ Nella terminologia di DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 29 (cfr. *supra*, nota 13) verteremmo qui in una ipotesi di "illecito giurisprudenziale" (o "interpretativo") "derivato", conseguente non all'elaborazione da parte della giurisprudenza di una norma in sé legittima, ma dalla sua applicazione *retroattiva* a condotte commesse prima di tale elaborazione.

²² Corte EDU, sent. 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*.

tale titolo, lo Stato italiano ha dunque violato il principio di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU.

Prescindo per ora dalla questione, cui farò qualche cenno prima di concludere, se i giudici di Strasburgo abbiano fatto o meno, in questa sentenza, una convincente (e a sua volta... prevedibile) applicazione dei principi sviluppati dalla propria precedente giurisprudenza in materia di art. 7 CEDU. Quel che è certo però, è che sulla base dei principi nazionali di tassatività/sufficiente precisione della norma penale e di colpevolezza, così come concretamente declinati dalla giurisprudenza nazionale – costituzionale e comune –, mai si sarebbe potuti giungere all'esito cui è pervenuta la Corte EDU di fronte a una condanna per concorso esterno nell'associazione mafiosa.

Anzitutto, la tassatività/sufficiente precisione è una garanzia che concerne il precetto nella sua dimensione astratta, non la sua applicazione nel caso concreto. E dunque – a meno che la Corte costituzionale non ritenga di seguire le pure autorevoli opinioni dottrinali che da decenni ritengono irrimediabilmente imprecisa la disciplina *generale* del concorso di persone nel reato fondata sull'art. 110 c.p., dichiarando l'illegittimità dello stesso art. 110 c.p. e travolgendo così tutte le condanne pronunciate nei confronti di chi abbia concorso in un qualsiasi reato – è davvero difficile immaginare che i nostri giudici delle leggi decidano di dichiarare illegittima la sola *combinazione* tra l'art. 110 e le fattispecie associative²³; combinazione che oggi dà luogo, peraltro, a un titolo di responsabilità i cui contorni sono stati da tempo chiariti²⁴ dalla giurisprudenza delle Sezioni unite nei termini di qualsiasi contributo che, prestato da un non partecipe, abbia *oggettivamente rafforzato* (in termini di utilità misurabile *ex post*) una data associazione criminosa. Una tale nozione potrà certo avere ancora dei margini residui di imprecisione; ma non pare proprio più imprecisa delle (funzionalmente analoghe) fattispecie di "collaborazione" con le associazioni criminali presenti in altri ordinamenti contemporanei, né di moltissime altre figure di reato presenti nel nostro ordinamento descritte esse pure mediante l'uso di clausole generali (come il – genericissimo – "aiuto" a sottrarsi alle investigazioni dell'autorità su cui si impernia il delitto di favoreggiamento)²⁵.

²³ Ovvero – secondo una prospettiva evocata, ma ritenuta subito dopo scarsamente realistica, da PALAZZO, [Legalità fra law in the books e law in action](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2016, p. 9, di dichiarare illegittima la combinazione tra art. 110 e fattispecie associative così come interpretata dal diritto vivente.

²⁴ Ancorché non in termini da sgombrare ogni dubbio sui confini di tale titolo di responsabilità, come dimostra la necessità stessa di ben tre successivi interventi delle Sezioni Unite nell'arco di un decennio: così giustamente DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 348 ss.

²⁵ Per una recentissima, e demolitoria, critica della giurisprudenza italiana in materia di concorso esterno, che avrebbe in effetti *creato una nuova tipicità* in ossequio solo formale alla combinazione tra artt. 110 e 416 bis c.p., in realtà sprovvista di qualsiasi fondamento nei principi *legali* che governano nel nostro ordinamento il concorso di persone nel reato, cfr. peraltro DONINI, [Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale](#), in questa *Rivista*, 13 gennaio 2017, p. 10 ss. La pratica conseguenza di questa tesi – non priva di antecedenti in dottrina, ma sviluppata ora in modo particolarmente agguerrito – sarebbe quella per cui la stessa costruzione interpretativa del "concorso esterno nell'associazione criminosa" dovrebbe essere ricondotta al novero delle interpretazioni (quanto meno) *praeter legem*, vietate in materia penale in forza dello stesso principio di legalità nella sua dimensione 'nazionale', del tutto indipendentemente – dunque –

Quanto poi al principio di colpevolezza, la cui naturale vocazione è quella di operare – oltre che come canone di legittimità costituzionale di norme che prescindano dall'accertamento puntuale della colpevolezza dell'imputato – come *canone ermeneutico* a disposizione del giudice comune per delimitare nel caso concreto la responsabilità dell'imputato, è parimenti difficile immaginare che un imputato nella situazione di Bruno Contrada – prima della sentenza della Corte europea – potesse beneficiare nel nostro ordinamento, all'epoca della sua condanna definitiva, di un'assoluzione per *errore inevitabile sul divieto* in forza dell'art. 5 c.p., nella versione integrata dalla citata sentenza n. 364 del 1988²⁶. La condanna non piombò, infatti, come un fulmine dal cielo sull'imputato; ma fu preceduta da vari *segni premonitori* – in particolare, analoghe condanne o misure cautelari a carico di altri imputati per concorso esterno in associazioni mafiose o terroristiche – che egli ben conosceva o comunque che avrebbe potuto conoscere al momento dei fatti, e che avrebbero dovuto fargli insorgere quanto meno il *dubbio* sulla possibile rilevanza penale delle proprie condotte (molte delle quali, tra l'altro, certamente qualificabili almeno come altrettante ipotesi di favoreggiamento aggravato). Tali considerazioni sarebbero ampiamente bastate per escludere l'inevitabilità del suo errore sulla legge penale, al metro degli orientamenti giurisprudenziali consolidati in materia di art. 5 c.p. – la cui portata garantistica, per inciso, è prossima allo zero nella prassi giudiziaria italiana, che sistematicamente ignora la possibilità che l'imputato debba essere assolto per impossibilità di conoscere la legge penale²⁷.

Il caso *Contrada* – condivisibile o meno che sia – dimostra allora che la portata garantistica dell'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea, in effetti *eccede*, e di gran lunga, quella desumibile dalle corrispondenti garanzie di legalità e di colpevolezza fondate sulle norme costituzionali italiane, imponendo al giudice penale – in ogni caso concreto sottoposto al suo esame – di valutare se l'imputato, sulla base del dato normativo e della sua interpretazione da parte della giurisprudenza sino al momento del fatto, fosse in grado di prevedere non solo la sua possibile condanna penale, ma anche il titolo della condanna medesima, nella misura almeno in cui da tale titolo discendano conseguenze sanzionatorie di una certa rilevanza (come accadeva indubitatamente rispetto all'alternativa tra concorso esterno e favoreggiamento aggravato, il secondo reato essendo sanzionato in forma assai più lieve, ed essendo per di più soggetto a termini prescrizionali ormai ampiamente decorsi al momento del giudizio²⁸). Un dovere,

dalla questione dell'eventuale inapplicabilità di tale costruzione interpretativa ai fatti pregressi, di cui si è invece sinora discusso con riferimento al caso *Contrada*; con la implicita, ma inevitabile conseguenza che la condanna di Bruno Contrada, e di tutti coloro che siano stati condannati per concorso esterno dall'entrata in vigore del codice penale, avrebbero integrato, nella terminologia di Donini (su cui cfr. *supra*, nota 13) altrettanti "illeciti giurisprudenziali originari", e non solo "derivati". I limiti del presente contributo non consentono a chi scrive una presa di posizione almeno minimamente meditata rispetto a questa tesi, che di fonda comunque su argomenti che appaiono, almeno *prima facie*, di notevole spessore teorico.

²⁶ Così anche PALAZZO, *Legalità fra law in the books*, cit., p. 9.

²⁷ Rif. puntuali in VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., p. 221 ss.

²⁸ Evidenza in effetti DONINI, *Il caso Contrada*, cit., p. 350 come nel caso concreto l'alternativa prospettabile per Contrada non fosse quella di una sua responsabilità a titolo di partecipe nel reato di cui all'art. 416 bis

questo, che non solo si traduce in un *surplus* di garanzia per l'imputato nel caso concreto, che avrà un preciso diritto a non essere punito in caso di difetto di prevedibilità²⁹; ma che, sul piano sistemico, *responsabilizza* la giurisprudenza nel suo complesso, affidandole in maniera esplicita il compito di rendere prevedibili le condanne future, attraverso le opzioni interpretative cristallizzate nelle proprie sentenze³⁰.

4. Un paio di questioni aperte: a) tutela penale come *ultima ratio* ed estensione garantistica della 'materia penale'. Una contraddizione latente?

Le considerazioni che precedono dovrebbero non solo avere mostrato come le garanzie convenzionali e costituzionali della legalità (e quelle funzionalmente affini, come il principio di colpevolezza) possano tra loro integrarsi, con l'effetto virtuoso di un innalzamento degli standard di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo di fronte allo *ius puniendi*; ma dovrebbero anche aver suggerito che la giurisprudenza italiana, assistita e supportata dalla dottrina, dovrebbe oggi assumersi con decisione in compito di concorrere, *assieme alla giurisprudenza europea* – se del caso, anticipandone gli sviluppi e in ogni caso dialogando costruttivamente con essa –, alla costruzione di un *orizzonte comune di garanzie* applicabili alla materia penalistica, i cui confini possano essere gradatamente precisati attraverso uno sforzo comune di tutte le giurisprudenze nazionali ed europee.

Ancora numerose sono, in effetti, le zone d'ombra, o comunque ancora non compiutamente rischiarate, in questo ideale statuto garantistico integrato della legalità penale. Vorrei qui soffermarmi brevemente, prima di concludere, su un paio di tali zone, relative proprio ai due profili su cui mi sono sinora soffermato: la definizione dei confini della 'materia penale', e la prevedibilità della condanna penale.

Cominciando dal primo profilo, il compito più importante che si prospetterà nel prossimo futuro su scala tanto europea quanto nazionale sarà quello, io credo, di una

c.p., in tutte le sentenze che lo riguardano essendosi costantemente esclusa un suo ruolo di *intra-neus* nell'associazione.

²⁹ Tale diritto, discendente dall'art. 7 CEDU, può essere agevolmente tutelato nel nostro ordinamento – come meglio vedremo *infra* nel testo, § 5 – attraverso una più generosa applicazione dello stesso art. 5 c.p., nella versione risultante dalla sentenza n. 364/1988, poco rilevando – dal punto di vista del diritto di Strasburgo, orientato ad una prospettiva schiettamente pragmatico-funzionalistica piuttosto che dogmatica – l'inquadramento di tale scriminante come mera causa *scusante*, che lascia sussistere, secondo la teoria del reato oggi dominante, l'oggettiva *illiceità* della condotta dell'imputato. Nel senso, invece, dell'insufficienza di una mera scusa nell'ipotesi in cui l'ordinamento si sia comunque rivelato incapace di indicare chiaramente ai consociati le conseguenze penali delle loro condotte al momento del fatto, cfr. DONINI, *Il caso Contrada*, cit., p. 361 s., il quale peraltro lascia in ombra il quesito relativo alla base giuridica di diritto interno – alternativa rispetto all'art. 5 c.p. – su cui dovrebbe in tal caso fondarsi la sentenza assolutoria.

³⁰ Si consenta ancora, per un'ampia trattazione di questo profilo, il riferimento a VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., p. 240 ss.

migliore definizione dei *criteri* utilizzabili per definire la ‘materia penale’, al di là delle scelte qualificatorie compiute dal legislatore nazionale.

Come si è detto e scritto innumerevoli volte, i tre macro-criteri *Engel* (qualificazione del precetto e della sanzione nell’ordinamento nazionale, natura dell’illecito, natura e gravità della sanzione) sono essi stessi tremendamente vaghi e imprecisi; e i molteplici tentativi di declinarli in più spendibili sotto-criteri, compiuti da una giurisprudenza ormai quarantennale della Corte EDU, hanno prodotto, più che criteri stringenti, dei meri indicatori, o ‘spie’, della natura sostanzialmente punitiva di una di una data misura, che rischia così per essere apprezzata discrezionalmente, con approccio casuistico, dalla Corte medesima. Con buona pace di quella *prevedibilità della decisione giudiziale* che dovrebbe essere un imperativo anche per la stessa Corte europea, ove aspiri ad essere presa sul serio nella propria funzione di orientamento delle giurisdizioni nazionali nella fissazione di standard di tutela comuni dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo.

Naturalmente, quarant’anni di giurisprudenza europea non sono trascorsi invano, e alcuni punti fermi possono probabilmente già ora essere fissati: a partire dall’affermazione, non così banale, che l’adozione di criteri sostanziali per la definizione della materia penale vale nella misura in cui il legislatore *non* abbia già egli stesso compiuto una scelta qualificatoria, *riconoscendo* natura penale a una certa sanzione o a un certo illecito, nel qual caso sarà senz’altro tenuto – senza necessità di alcuna ulteriore verifica di tipo ‘sostanziale’ – al rispetto del *complesso* delle garanzie riservate (dalla Convenzione e dalla Costituzione) alla materia penale. Ancora, dalla pur confusa giurisprudenza della Corte EDU si ricava chiaramente l’idea che *non* hanno natura ‘punitiva’ le misure che, pur incidendo anche in modo significativo sui diritti dell’interessato, hanno mera funzione *ripristinativa* della legittima situazione preesistente, senza infliggere alcun pregiudizio *ulteriore* all’interno all’interessato rispetto a quanto necessario, appunto, per ripristinare tale situazione.

Ciò che ancora manca, però, è una *risistemazione organica* di quella giurisprudenza, alla luce di criteri per quanto possibili semplici e facilmente maneggiabili dall’interprete, ma non così vaghi come quelli evocati dalla stessa Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 196 del 2010, poc’anzi estesamente citata. Una risistemazione organica per la quale sarebbe probabilmente assai utile l’apporto di una dottrina consapevole, che possa muoversi sul terreno tanto delle principali tradizioni costituzionali degli Stati europei, quanto su quello del diritto internazionale dei diritti umani; e che abbia, soprattutto, la necessaria autorevolezza (e le abilità linguistiche) per farsi ascoltare non solo dagli interlocutori nazionali, ma anche e soprattutto dai giudici europei.

Ma oltre alla più precisa definizione dei criteri di individuazione dei confini della ‘materia penale’, occorrerà altresì, nel prossimo futuro, chiarirsi un po’ meglio le idee sulla reale funzione della riconduzione a tale materia di illeciti, sanzioni e procedimenti non qualificati e non disciplinati come ‘penali’ dal legislatore.

L’operazione non solleva difficoltà eccessive rispetto a sanzioni qualificate come *altro* rispetto alle ‘pene’, ma applicate dal giudice penale in esito a un processo penale,

come nel caso della confisca dell'autoveicolo o delle altre forme di confisca di cui sia stata predicata, o possa essere predicata in futuro, una natura e funzione 'sostanzialmente penale'. Una tale ri-qualificazione della sanzione comporterà semplicemente l'applicazione alla sanzione medesima dei principi che governano la responsabilità penale, come ad es. il divieto di applicazione retroattiva della sanzione rispetto a fatti commessi quando la sanzione non era ancora stata prevista dal legislatore per il fatto di reato in questione: un esito, questo, spesso raggiungibile dalla stessa giurisprudenza comune per via di interpretazione conforme³¹, e che in caso contrario potrà essere di regola facilmente raggiunto mediante sentenze manipolative della Corte costituzionale³². Analogamente, la qualificazione di una data forma di confisca come 'sostanzialmente penale' dovrebbe coerentemente condurre – ma il condizionale qui è d'obbligo, trattandosi di una questione ancora aperta presso la giurisprudenza italiana ed europea – all'affermazione della necessità di un pieno accertamento della colpevolezza dell'imputato, al metro degli standard probatori richiesti per la responsabilità penale, quale presupposto per l'applicazione della confisca medesima: un esito, anch'esso, raggiungibile verosimilmente per via di interpretazione conforme dalla stessa giurisprudenza comune, sulla base anche delle preziose indicazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 a proposito della confisca urbanistica, che ben potrebbero essere generalizzate a tutte le confische di natura 'sostanzialmente penale'.

Più complesso è invece il discorso che concerne gli *illeciti depenalizzati*, o comunque gli illeciti che sin dall'origine siano concepiti dal legislatore come *amministrativi* e, dunque, 'non penali'.

Anzitutto un punto merita di essere chiarito con nettezza. La riconduzione alla 'materia penale' di un illecito concepito dal legislatore come 'non penale' (e dunque amministrativo, tributario, civile, disciplinare, etc.) non significa affatto che tale illecito debba essere trattato, *a tutti gli effetti*, come un reato, sottoposto alla giurisdizione penale e alla disciplina del codice di procedura penale. L'illecito potrà ben restare amministrativo, tributario, civile, disciplinare, etc., ed essere accertato dalle autorità di volta competenti sulla base delle regole procedurali o processuali caratteristiche del ramo dell'ordinamenti che di volta in volta viene in considerazione; *tuttavia*, a tale illecito, alla relativa sanzione e al relativo procedimento dovranno applicarsi le garanzie che la Costituzione e la CEDU riservano, appunto, alla materia penale, sul duplice fronte sostanziale e processuale.

Quel che si profila, dunque, è la possibilità di una *doppia qualificazione* dell'illecito: la prima sulla base del criterio *formale* del *nomen iuris* della sanzione comminata dal legislatore nell'ipotesi di violazione; e la seconda sulla base dei criteri *sostanziali* utilizzati dalla Corte EDU e, come si è visto, dalla stessa Corte costituzionale nella definizione della 'materia penale'. La prima qualificazione – ancorata al criterio formale – resterà rilevante ai fini dell'individuazione della *disciplina legislativa ordinaria* applicabile

³¹ Come nel caso, già citato, della confisca per equivalente nei reati tributari: cfr. *supra*, nota 4.

³² Come, per l'appunto, la citata sent. n. 196/2010.

all'illecito, comprensiva dell'individuazione degli organi competenti al suo accertamento e all'irrogazione della sanzione, nonché delle regole applicabili al procedimento medesimo. La seconda – di natura sostanziale – sarà invece rilevante ai fini dell'individuazione delle *garanzie costituzionali e convenzionali* che dovranno comunque essere riservate a tale illecito.

Il legislatore ordinario resterà dunque libero – conviene ribadirlo, a fugare ogni infondata preoccupazione in proposito – di battere anche generosamente la strada dalla depenalizzazione di reati di basso o anche medio disvalore, trasferendo le relative competenze all'autorità amministrativa e a procedimenti amministrativi: e ciò lungo binari del tutto distinti dal processo penale, in attuazione coerente dei principi di *ultima ratio* della tutela penale e di proporzionalità della sanzione, nonché di esigenze sacrosante di economia nell'uso della giurisdizione penale, onde consentire che quest'ultima abbia le risorse necessarie per concentrarsi sui casi per i quali davvero ne valga la pena. A condizione, però, di assicurare comunque all'illecito e alla sanzione amministrativa, nonché al relativo procedimento applicativo, quel *nucleo minimo di garanzie* che connota la responsabilità 'penale' nell'orizzonte costituzionale e convenzionale.

Una simile soluzione, già ampiamente battuta dalla stessa giurisprudenza europea, pone, nel dettaglio, interrogativi di non facile soluzione, che dovranno essere sciolti a livello nazionale dal legislatore, e dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

Il problema più delicato non concerne tanto le garanzie sostanziali (irretroattività, prevedibilità della sanzione, etc.), quanto – verosimilmente – quelle che l'art. 6 CEDU e il suo corrispondente domestico, l'art. 111 Cost., riservano alla materia dei "procedimenti penali". La domanda cruciale suona: *in che misura* le (numerose) garanzie contenute in tali disposizioni, e concretizzate dall'estesissima giurisprudenza di Strasburgo in materia, dovranno essere assicurate (ad opera del legislatore o, in difetto, attraverso interventi correttivi della Corte costituzionale e degli stessi giudici comuni, in via di interpretazione conforme) anche ai *procedimenti non penali*, funzionali all'accertamento di illeciti e all'irrogazione di sanzioni amministrativi, tributari, civili, disciplinari, etc.? Saranno in grado tali procedimenti di rivelarsi sufficientemente flessibili per accogliere, al loro interno, il nucleo delle garanzie del processo penale, senza perdere però la loro fisionomia di procedimenti (o processi) amministrativi, civili, tributari, disciplinari? E ancora: nel caso specifico degli illeciti amministrativi, dovranno le garanzie dell'equo processo *penale* applicarsi sin da subito *all'intero procedimento amministrativo*, ovvero – come sembra ritenere la stessa Corte europea³³ – soltanto alla eventuale fase giurisdizionale di opposizione, che peraltro normalmente si svolgerà innanzi a un giudice *non penale* (civile o amministrativo), anche culturalmente poco allenato al rispetto delle garanzie penalistiche? E potrà, in tal caso, la tutela del singolo ritenersi una garanzia davvero efficace, laddove le prove della sua responsabilità siano state raccolte nell'ambito di un *procedimento* amministrativo non assistito dalle garanzie

³³ Ad es. nel caso Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, § 138-139.

tipiche del processo penale (come il diritto al silenzio, il diritto a controesame i testi, il diritto a confrontarsi con l'imputazione, etc.?).

Sulla possibilità di fornire una risposta plausibile a questi interrogativi si giocherà, probabilmente, il futuro – e la stessa concreta capacità di rendimento – del concetto di 'materia penale' elaborato dalla Corte EDU. Con, sullo sfondo, la possibilità di immaginare – sulla scia di talune pronunce della stessa Corte di Strasburgo – un regime di tutela *a cerchi concentrici*: il cui nucleo minimo sia rappresentato dall'*hard core* del diritto penale – corrispondente ai *mala in se* e comunque ai reati di maggiore gravità, per i quali si profila sempre all'orizzonte la *pena detentiva* –, rispetto ai quali dovrebbero essere sempre assicurate *nella loro massima estensione* le garanzie processuali riconosciute dalla CEDU e dai suoi protocolli; e il cui insieme esterno sia invece costituito dai *mala quia prohibita*, comprendenti sia i reati meno gravi (sanzionati con pene diverse da quella privativa della libertà personale) sia gli illeciti solo 'sostanzialmente', ma non 'formalmente' penali, in cui quelle stesse garanzie dovrebbero essere assicurate in modo *meno stringente*³⁴. Una distinzione che avrebbe, certamente, una sua plausibilità, in ragione se non altro della considerazione che le garanzie penalistiche – e in specie quelle relative al 'processo equo' – sono state storicamente elaborate avendo come punto di

³⁴ Una simile distinzione si affaccia, nella stessa giurisprudenza della Corte EDU, a partire dalla nota sentenza della Grande Camera, sent. 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, § 43, a proposito della garanzia di un'udienza orale: "the Court would not exclude that in the criminal sphere the nature of the issues to be dealt with before the tribunal or court may not require an oral hearing. Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly "criminal charges" of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a "criminal charge" by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example administrative penalties (*Öztürk*, cited above), prison disciplinary proceedings (*Campbell and Fell v. the United Kingdom*, 28 June 1984, Series A no. 80), customs law (*Salabiaku v. France*, 7 October 1988, Series A no. 141-A), competition law (*Société Stenuit v. France*, 27 February 1992, Series A no. 232-A), and penalties imposed by a court with jurisdiction in financial matters (*Guisset v. France*, no. [33933/96](#), ECHR 2000-IX). *Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency*" (corsivi aggiunti).

Questo passo cruciale di *Jussila* è stato ripreso, tra l'altro, in Corte EDU, Grande Stevens, cit., § 119-120 e, da ultimo, in Corte EDU (Grande Camera), sent. 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, § 133 a proposito della garanzia del *ne bis in idem*, declinata dalla Corte in modo meno stringente quando uno dei due procedimenti sullo stesso fatto sia funzionale all'applicazione di sanzioni non formalmente qualificate come penali e lontane dall'*hard core* del diritto penale, non comportando alcuno speciale contenuto di stigma ("the extent to which the administrative proceedings bear the hallmarks of ordinary criminal proceedings is an important factor. Combined proceedings will more likely meet the criteria of complementarity and coherence if the sanctions to be imposed in the proceedings not formally classified as "criminal" are specific for the conduct in question and thus differ from "the hard core of criminal law" (in the language of *Jussila* cited above). *The additional factor that those proceedings do not carry any significant degree of stigma renders it less likely that the combination of proceedings will entail a disproportionate burden on the accused person. Conversely, the fact that the administrative proceedings have stigmatising features largely resembling those of ordinary criminal proceedings enhances the risk that the social purposes pursued in sanctioning the conduct in different proceedings will be duplicated (bis) rather than complementing one another*" (corsivi aggiunti).

riferimento la natura ‘terribile’ dello *ius puniendi*, legata a doppio filo con la sua capacità di privare l’individuo di beni personalissimi quali, in primo luogo, la vita e la libertà personale (quest’ultima anche *durante* lo stesso processo penale!); natura ‘terribile’ che si manifesta in forma quantomeno attenuata, ogniqualvolta la sanzione della cui applicazione si discuta non possa toccare quei beni, e abbia invece una possibile incidenza soltanto su diritti – il patrimonio, la libera iniziativa economica, il diritto a esercitare una data professione, etc. – di rango certamente inferiore.

Il futuro dirà se una simile prospettiva di una tutela a cerchi concentrici, sinora soltanto accennata dalla Corte EDU, potrà rivelarsi fruttuosa. Certamente, l’obiettivo da raggiungere dovrà essere quello di realizzare un complessivo ma equilibrato innalzamento delle garanzie individuali a fronte della potestà sanzionatoria statale, in modo tale però da non frustrare del tutto le istanze di semplificazione e di snellimento procedurale legittimamente (e meritoriamente) perseguite dagli Stati mediante le politiche di depenalizzazione, o di ricorso sin dall’inizio a forme di tutela alternative rispetto al diritto penale. Altrimenti il risultato, davvero paradossale, rischierebbe di essere quello di un disincentivo all’adozione di forme di tutela alternativa a quella penalistica, in totale spregio al principio di *ultima ratio* e in nome, paradossalmente, di una più elevata tutela dei diritti fondamentali del destinatario del precetto.

5. (Segue): *b*) che significa prevedibilità della condanna penale?

La seconda questione che merita forse qualche ulteriore cenno, prima di concludere, è relativa al preciso significato del criterio di prevedibilità della condanna penale, che si è visto essere considerato quale componente essenziale del principio di legalità convenzionale dalla giurisprudenza di Strasburgo. I *criteri* sulla base dei quali tale giudizio dovrebbe essere compiuto, nel caso concreto, necessitano infatti di essere meglio approfonditi e chiariti: anche qui, auspicabilmente, in esito ad uno sforzo culturale comune, che veda la partecipazione anche – e in funzioni in questo caso di autentici protagonisti – dei giudici comuni nazionali.

A questo fine, appare utile distinguere tra almeno tre classi di ipotesi distinte.

a) L’ipotesi concettualmente più facile da affrontare è quella in cui il giudice ritenga di dover condannare l’imputato ai sensi di una *fattispecie mai applicata in precedenza* (magari perché appena introdotta nell’ordinamento), ovvero di doverlo condannare per un *titolo di reato che non era mai stato in precedenza applicato a condotte del tipo di quella contestata all’imputato*.

Che, in una simile situazione, si ponga un problema di tutela dell’affidamento del consociato – il quale, al momento della commissione del fatto, ben poteva confidare nella irrilevanza penale della condotta sulla base della giurisprudenza allora disponibile, o comunque nella qualificabilità del fatto ai sensi di una meno grave fattispecie criminosa – è stato in verità riconosciuto dalla giurisprudenza della Cassazione sin da anni in cui l’attenzione e la sensibilità generalizzata per il diritto della Convenzione europea erano ancora di là da venire.

Sono personalmente debitore ad Alberto Cadoppi per avere attirato la mia attenzione, in un convegno modenese organizzato dal comune amico e collega Massimo Donini, su una sentenza della Cassazione del 2004 ove si esclude che la riconducibilità al delitto di favoreggiamento della prostituzione di cui all'art. 3, comma 8, della legge n. 75 del 1958 della condotta del cliente che, dopo avere fruito della prestazione, riaccompagni in auto la prostituta sul luogo di lavoro. Da un punto di vista meramente letterale, la condotta in questione certamente agevola la prostituta nell'esercitare la prostituzione, consentendole di proseguire immediatamente il suo lavoro con altri clienti. La Cassazione evita però di giungere a tale risultato, sostenuto dal p.m. ricorrente, sulla scorta di una serie di argomenti, tra i quali l'idea secondo cui l'affermazione della rilevanza penale di questa condotta, mai ricondotta in precedenza alla fattispecie incriminatrice in questione, violerebbe l'art. 25, secondo comma, Cost.

Riprendendo anche letteralmente uno spunto già emerso in una precedente sentenza del 2001³⁵, la S.C. testualmente afferma:

neppure trascurabile è, da ultimo, il rilievo, statistico ma con implicazioni sul piano giuridico, che *la tesi dell'accusa non sia mai stata accolta e, per quanto risulta, neppure sostenuta, per oltre 40 anni dall'entrata in vigore della legge Merlin [...].* Al riguardo, non varrebbe parlare di appiattimento degli organi inquirenti su posizioni tralaticie, ma piuttosto di *uniforme e costante interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, rispetto alla quale l'improvvisa criminalizzazione di comportamenti di massa, senza che vengano adottate modifiche del quadro normativo e senza che possa ipotizzarsi una evoluzione del costume sociale, costituirebbe violazione del principio di stretta legalità sancito dagli artt. 25 co. 2 e 2 c.p.* Infatti non è consentito all'interprete introdurre nuove ipotesi di reato, neppure se ciò avvenga per finalità apprezzabili, spettando esclusivamente al legislatore l'emanazione di nuove norme che, criminalizzando comportamenti che la collettività e il buon senso hanno costantemente ritenuto leciti, possano fronteggiare fenomeni che altra parte della collettività consideri di apprezzabile rilevanza e di crescente gravità³⁶.

L'inciso finale è ineccepibile, ma al tempo stesso ovvio, dal momento che nessun interprete sano di mente – tanto meno, si spera, il p.m. ricorrente – potrebbe oggi sostenere apertamente che il giudice possa “introdurre nuove ipotesi di reato”, per quanto apprezzabili socialmente siano le finalità di una simile operazione. La parte interessante è, piuttosto, quella che precede, laddove la Cassazione sottolinea come l'improvvisa criminalizzazione di condotte sinora considerate lecite dalla “uniforme e

³⁵ Cass. pen., sez. III, sent. 14 febbraio 2001, n. 16536, Pres. Zumbo, Rel. Acquarone.

³⁶ Cass. pen., sez. III, sent. 14 ottobre 2004, n. 44918, Pres. Dell'Ann, Rel. De Maio. L'irrelevanza penale della condotta del cliente che riaccompagna la prostituta sul luogo di lavoro è stata poi confermata dalla giurisprudenza successiva: cfr. Cass. pen., sez. III, 9 novembre 2004, n. 2095; Cass. pen., sez. III, sent. 18 maggio 2011, n. 36392. Per la precisazione che il principio non è estensibile a chi abitualmente riaccompagni più prostitute nella loro casa al termine della giornata di lavoro, ottenendone in cambio ora prestazioni orali ora denaro, cfr. Cass. pen., sez. III, sent. 10 aprile 2007, n. 19416, nonché Cass. pen., sez. III, sent. 28 gennaio 2016, n. 28212.

costante interpretazione dottrinale e giurisprudenziale [...] costituirebbe violazione del principio di stretta legalità sancito dagli artt. 25 co. 2 e 2 c.p.". L'affermazione è scarsamente persuasiva – forse addirittura logicamente insostenibile – se riferita alla dimensione 'nazionale' del *nullum crimen*, e in particolare alla riserva di legge e al divieto di analogia, posto che l'argomento del p.m. ricorrente era verosimilmente quello della piena riconducibilità della condotta al dato letterale della disposizione incriminatrice in esame, e dunque della sua rilevanza penale già al metro della legge in vigore. L'affermazione, tuttavia, acquista luce e significato alla luce del principio di legalità penale nella sua dimensione *europea*, che guarda al *diritto fondamentale del consociato a poter prevedere le conseguenze penali della propria condotta*. La "uniforme e costante interpretazione dottrinale e giurisprudenziale" cui fa riferimento la Cassazione, che si era tradotta nell'assenza di persecuzioni penali, in un arco temporale di quasi cinquant'anni, nei confronti di condotte come quella contestata all'imputato nel caso di specie, fa sì evidentemente che chi decida, per un atto di cortesia o solidarietà, di riaccompagnare la prostituta sul luogo di lavoro dopo avere fruito della prestazione *non sia in grado di prevedere una propria possibile persecuzione e condanna per il delitto di favoreggiamento della prostituzione; il che renderebbe illegittima, al metro dell'art. 7 CEDU, la sua (successiva) condanna a tale titolo.*

Ancora una volta, occorre però fugare un possibile fraintendimento, ingenerato anche da pur meritorie pronunce come quella appena evocata. La logica del *nullum crimen* europeo non vieta – non può ragionevolmente vietare – che in un caso come quello appena evocato il giudice possa giungere invece alla conclusione che condotte come quelle contestate all'imputato siano pienamente riconducibili alla fattispecie normativa in questione, sulla base magari di persuasivi argomenti letterali, storici, sistematici, teleologici³⁷. Ciò che quel principio gli vieta è, unicamente, di condannare *quell'imputato* nel caso di specie, nella misura in cui egli non potesse ragionevolmente prevedere la propria condanna penale al momento della condotta. A tale risultato il giudice italiano può senza difficoltà pervenire attraverso il riconoscimento, nei suoi confronti, di un *errore inevitabile sul divieto* ai sensi dell'art. 5 c.p., nella versione riveduta e corretta dalla Corte costituzionale nella celeberrima (ma sistematicamente inattuata,

³⁷ Il punto è sottolineato con particolare chiarezza anche da DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 32, in un passo che vale la pena di riportare qui integralmente: "Che cosa deve fare il giudice di merito che vede per la prima volta una casistica nuova e ancora non sa se è 'dentro alla disposizione' o la sta progressivamente mutando? Dovrebbe forse, nel dubbio, astenersi da un'interpretazione estensiva? Non penso che un tale esito sia obbligato o corretto e desiderabile, perché troppe concretizzazioni le si comprende come del tutto logiche e ragionevoli, nel quadro della disposizione originaria, solo a distanza di tempo. Il giudicante (e prima ancora il pubblico ministero) potrà, in questi casi, sostenere la legittima costruzione di un nuovo diritto – un diritto che non riscrive intenzionalmente la disposizione, ché altrimenti non sarebbe legittimo, ma si limita a regolare nuove tipologie di casi prima non accaduti – e tuttavia operare affinché i singoli primi indagati e imputati possano beneficiare della scusante dell'ignoranza inevitabile della legge per ragioni più obiettive di inaccessibilità, che soggettivo-personali: ciò sul presupposto che l'art. 5 c.p. si applichi anche alle nuove 'norme' che potrebbero condurre a riscrivere la disposizione, ma solo per effetto di un deposito progressivo di casi, e che dunque producono un nuovo diritto la cui applicazione sia da subito avvertita come suscettibile di soggiacere al divieto di retroattività".

come dicevo poc' anzi) sentenza n. 364 del 1988³⁸. L'imputato andrà così assolto perché il fatto non costituisce reato; ma, al contempo, la sentenza affermerà la penale rilevanza, in astratto, della condotta a lui contestata, candidandosi così a costituire un precedente rilevante, in grado di rendere prevedibile la condanna di chi *in futuro* si accingesse a compiere quella condotta.

Per toccare con mano il rilievo pratico di quanto appena sottolineato, pensiamo al tema contiguo – per restare sempre nell'ambito della prostituzione – della rilevanza penale della condotta di chi organizzi un servizio *on line* di prestazioni sessuali, caratterizzato dalla possibilità per il cliente, che accede al servizio tramite computer e carta di credito, di interagire 'in diretta' con un'altra persona, visualizzata sullo schermo. Come noto, la giurisprudenza ha ricondotto una tale condotta allo spettro applicativo dell'art. 3 della legge Merlin, sulla base essenzialmente dell'argomento che l'attività di prostituzione non esige necessariamente né un contatto fisico, né la mera compresenza nello spazio di cliente e prostituta, ma si realizza anche quando il primo abbia la possibilità di richiedere in tempo reale alla seconda il compimento di atti sessuali su se stessa³⁹. Sulla base di tale giurisprudenza, chiunque si dovesse accingere *oggi* a organizzare un simile servizio avrebbe tutte le ragioni per allarmarsi: se non altro, qualsiasi avvocato potrebbe facilmente prospettare la possibilità di una futura condanna penale. Diversa, però, la posizione dei protagonisti del *primo caso*, o dei primi casi di questo tipo, che giunsero all'attenzione della giurisprudenza: affermare che fosse prevedibile una simile dilatazione interpretativa del concetto di 'prostituzione' – di per sé non incompatibile con la lettera della legge, che non ne fornisce alcuna definizione, e sostenuta da plausibili argomenti di carattere teleologico – apparirebbe quanto meno forzato, a fronte se non altro della distanza di questa peculiare sottofattispecie rispetto al nucleo centrale di significato che chiunque associa al concetto di prostituzione, in cui certamente ha un ruolo da protagonista l'elemento del *rapporto sessuale* (con conseguente contatto fisico) tra cliente e prostituta. Ed allora, se i giudici italiani *in quei casi* avessero avuto maggiore familiarità con il principio di legalità nella sua dimensione 'europea', ben avrebbero potuto – e forse dovuto – affermare *per il futuro* il principio della riconducibilità di condotte siffatte, rese possibili dai moderni sviluppi della tecnologia e certamente non immaginabili al legislatore del 1958, all'art. 3 della legge Merlin; assolvendo però, *ex art. 5 c.p.*, gli imputati, in relazione all'insufficiente prevedibilità della possibile rilevanza penale della propria condotta.

b) Una seconda tipologia di situazioni, concettualmente affine alla precedente, è quella in cui il giudice ritenga di doversi discostare da un'interpretazione consolidata

³⁸ Cfr. PULITANÒ, *Paradossi della legalità*, cit., p. 51 s., il quale sottolinea perspicuamente come la scusante dell'errore inevitabile sul divieto *ex art. 5 c.p.* equivalga, funzionalmente, ad un *prospective overruling*, idoneo come tale a salvaguardare il diritto del destinatario delle norma penale a non essere sorpreso da una applicazione giurisprudenziale non prevedibile di una norma già esistente. Nello stesso senso, cfr. anche DI GIOVINE, [Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2013, p. 16,

³⁹ Così Cass. pen., sez. III, 21 marzo 2006, n. 15158; Cass. pen., sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464.

nella precedente giurisprudenza, decidendo in senso *sfavorevole al reo*: condannandolo, cioè, per condotte che erano considerate lecite dalla precedente giurisprudenza, o che venivano in precedenza costantemente ricondotte all'alveo applicativo di fattispecie meno gravi. Nell'ipotesi in cui una simile pronuncia sia emessa da un giudice supremo, o – nel contesto italiano – dalle stesse Sezioni unite della Corte di cassazione, saremmo qui di fronte a un *overruling*, o come si diceva una volta, a un *revirement* giurisprudenziale *sfavorevole al reo*.

Anche qui dovrebbero risultare evidenti i profili di frizione di una simile situazione rispetto alla posizione dell'imputato, che ben potrebbe avere fatto affidamento sulle indicazioni provenienti dalla precedente giurisprudenza; il difetto di prevedibilità della sua condanna (quanto meno a quel titolo) risultando qui ancora più facilmente motivabile rispetto all'ipotesi precedentemente esaminata, caratterizzata dall'*assenza di precedenti* – mentre in questo caso l'affidamento si fonda addirittura sull'esistenza di *precedenti a lui favorevoli*.

Sarebbe però errato, ancora una volta, concludere che il principio di legalità nella sua declinazione 'europea' osti a che il giudice adotti per la prima volta una interpretazione della norma incriminatrice diversa, e più sfavorevole all'imputato, di quella sino a quel momento costantemente adottata dalla giurisprudenza. Laddove si dovesse opinare in tal senso, infatti, si precluderebbe alla giurisprudenza – persino al massimo organo di nomofilachia nel nostro ordinamento, le Sezioni unite della Cassazione – la possibilità di compiere *overrulings*, e di riconoscere così l'erroneità o insostenibilità della precedente interpretazione, sulla base magari di ottime ragioni testuali, storiche, sistematiche, teleologiche, etc. Semplicemente, la possibilità di cambiare idea dovrà essere esercitata assicurandosi che il mutamento dell'interpretazione non leda il diritto individuale dell'imputato alla prevedibilità della decisione, attraverso il meccanismo appena illustrato dell'art. 5 c.p.: che consente in particolare al giudice di legittimità, in particolare nella composizione di vertice della funzione nomofilattica della Cassazione, di adeguare l'interpretazione del diritto ai mutamenti del contesto sociale e dello stesso sistema normativo, senza però sacrificare il diritto soggettivo del destinatario dei precetti alla libertà e sicurezza delle proprie scelte d'azione⁴⁰.

Esattamente lo stesso risultato, si noti, che negli ordinamenti di *common law* può essere ottenuto attraverso il meccanismo del c.d. *prospective overruling*, dettato dalle medesime esigenze di garanzia di prevedibilità della decisione giudiziaria di cui si fa carico, in materia criminale, l'art. 7 CEDU.

⁴⁰ Più radicale la proposta di BARTOLI, *Legalità europea*, cit., p. 267, che invoca direttamente, per una simile ipotesi, il principio di irretroattività (del mutamento giurisprudenziale *in malam partem*) e, quindi, il meccanismo del *prospective overruling*. Non mi è chiaro, peraltro, sulla base di quale base normativa nazionale, alternativa all'art. 5 c.p., il giudice penale potrebbe – con le parole dell'autore – “modificare l'interpretazione consolidata (il precedente) soltanto per il futuro e non anche per il passato, con la conseguenza che al caso *sub iudice* si continua ad applicare la pregressa *regula iuris*, mentre ai casi futuri si potrà applicare la nuova regola”. Per motivate perplessità rispetto all'applicazione delle regole di cui all'art. 2 c.p. al mutamento giurisprudenziale cfr. anche PALAZZO, *Legalità fra law in the books*, cit., p. 10.

È bene, peraltro, tenere presente che le esigenze di tutela di quel diritto individuale *non* potranno ritenersi necessariamente presenti in *ogni* ipotesi di *overruling*. In una celebre sentenza, la stessa Corte di Strasburgo escluse la violazione del *nullum crimen*, in un caso in cui i giudici inglesi avevano condannato un uomo che aveva costretto la moglie a rapporti sessuali contro la sua volontà, nonostante la presenza in giurisprudenza di antichi precedenti vincolanti, mai formalmente superati dalla giurisprudenza successiva, che escludevano la configurabilità del reato di violenza sessuale nel contesto del matrimonio⁴¹. La sentenza nazionale con cui la *House of Lords* aveva confermato la condanna dell'imputato per *rape* costituiva, certo, un formale *overruling* rispetto ai quei remoti precedenti; ma la Corte di Strasburgo ebbe buon gioco nel rilevare che, nel caso di specie, l'imputato aveva – già al momento dell'azione – ogni possibilità di prevedere che quei precedenti sarebbero stati considerati non più legge vigente, o *good law*, al momento del futuro giudizio, apparendo ormai drasticamente distonici rispetto all'evoluzione dei rapporti familiari e al nuovo ruolo della donna nella società.

Il criterio centrale per una tutela effettiva del *nullum crimen* nella sua dimensione 'europea' di diritto soggettivo sarà dunque ancora una volta quello della *prevedibilità* del mutamento giurisprudenziale, alla luce dei dati ragionevolmente percepibili all'imputato al momento dell'azione.

c) L'ultima, e più problematica, tipologia di situazioni su cui vale la pena di soffermarsi qualche istante è quella esemplificata proprio dal caso *Contrada*: quella, cioè, caratterizzata dalla presenza, al momento della condotta, di *contrastis sincronici* nella giurisprudenza, e dunque di precedenti tra loro non coerenti – alcuni favorevoli, altri sfavorevoli all'imputato. Può, in tali condizioni, la condanna ritenersi ragionevolmente prevedibile da parte dell'imputato?

La sentenza *Contrada* ha ritenuto di no: ma forse, come è stato recentemente e acutamente sostenuto, lo ha fatto applicando con insolito rigore principi non ricavabili dalla propria stessa giurisprudenza precedente, e ai quali probabilmente essa stessa non sarà disposta ad attenersi nelle proprie decisioni future⁴².

In effetti, in una situazione in cui una certa tipologia di condotta è considerata da alcune pronunce come costitutiva di un reato, e da altre penalmente irrilevante ovvero costitutiva di un reato diverso, potrebbe agevolmente sostenersi che il soggetto abbia comunque ricevuto dall'ordinamento un *fair warning* circa la possibilità di una sua futura condanna a quel titolo, e dunque che non possa poi dolersi una volta che la condanna sia davvero pronunciata nei suoi confronti. Un'elementare ragione di cautela gli avrebbe dovuto imporre di *astenersi* da quella condotta, che qualunque parere legale emesso all'epoca avrebbe segnalato come rischiosa dal punto di vista delle possibili conseguenze

⁴¹ Il riferimento è, come è ovvio, alla notissima coppia di sentenze Corte EDU, sent. 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, § 32 ss., e *C.edu*, sent. 22 novembre 1995, *C.R. c. Regno Unito*, § 30 ss.

⁴² Cfr. in proposito la perspicua analisi di S. BERNARDI, [L'"fratelli minori" di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione](#), in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2017, p. 24 ss.

penali. Come pure si è detto efficacemente, l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale non rende *imprevedibile* la condanna; la rende, semplicemente, *incerta*⁴³.

La logica seguita dai giudici di Strasburgo in *Contrada* è che un tale stato di incertezza sulle possibili conseguenze non è esso stesso compatibile con la garanzia del *nullum crimen*, che esige – così parrebbe di intendere – un messaggio chiaro e inequivoco da parte dell'ordinamento sulla qualificazione di illiceità penale della condotta a un certo titolo, cui sono associate determinate conseguenze sanzionatorie (definite almeno a livello di quadro edittale). Una logica, intendiamoci, del tutto plausibile, che muove dal presupposto secondo cui sarebbe erroneo limitare la libertà di azione del consociato – costringendolo a rinunciare a determinate scelte d'azione – sulla base di una mera possibilità che quelle scelte determinino una responsabilità penale incerta, essendo invece onere dello Stato indicare chiaramente le condotte che al cittadino è *certamente* vietato compiere, in deroga rispetto alla regola rappresentata dalla sua generale libertà di azione.

Uno standard di tutela così rigoroso, tuttavia, comporterebbe la logica necessità di pervenire a sentenze assolutorie *ex art. 5 c.p.* anche in casi limite, come quello caratterizzato dalla presenza di *una sola sentenza* che giunga, in senso favorevole al reo, a conclusioni difformi da quelle consolidate: un'eventualità peraltro fisiologica in un sistema come quello italiano, in cui la sola Cassazione penale pronuncia più di 50.000 sentenze all'anno, ma che verrebbe giudicata non significativa da qualsiasi avvocato in un parere preventivo sulla liceità o illiceità della condotta (“una rondine non fa primavera”, ripetono spesso gli avvocati più esperti, di fronte alla pragmatica considerazione che, spulciando i repertori, un precedente favorevole alla posizione del proprio assistito prima o poi lo si trova sempre, senza che però – di solito – ciò serva un gran che per spuntare alla fine l'assoluzione).

Occorrerà dunque attendere i successivi sviluppi della giurisprudenza di Strasburgo – auspicabilmente pungolata e sollecitata dalle giurisprudenze nazionali a chiarire il proprio pensiero sul punto – per comprendere come il criterio della prevedibilità della decisione giudiziaria sarà meglio declinato in futuro, anche rispetto al cruciale profilo qui in discussione.

6. Osservazioni conclusive.

Molte altre questioni potrebbero ancora essere affrontate nel tentativo di illuminare i rapporti tra legalità 'nazionale' ed 'europea' in materia penale: a cominciare dal rapporto tra *nullum crimen* e retroattività *in mitius* della norma incriminatrice, tradizionalmente considerato estraneo all'ambito di tutela dell'art. 25, secondo comma, Cost. dalla nostra Corte costituzionale, ma recentemente riconosciuto come corollario implicito dell'art. 7 CEDU dalla Corte di Strasburgo; sino a giungere al ruolo che il principio di legalità penale assume nel contesto del diritto dell'Unione europea alla luce

⁴³ DONINI, *Il caso Contrada*, cit., p. p. 361 e 366; analogamente S. BERNARDI, *I "fratelli minori"*, cit., p. 27.

dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, che ho lasciato intenzionalmente fuori dalla discussione ma che la recente vicenda *Taricco*, più che mai in corso, ha giustamente portato al centro dell'attenzione degli interpreti. Ma per affrontare compiutamente questi temi non basterebbe, probabilmente, lo spazio di un secondo articolo.

Il mio obiettivo era qui assai più limitato: ed era quello di mostrare come non vi sia in realtà alcuna antinomia tra legalità 'costituzionale' ed 'europea' in materia penale. Il loro ambito di applicazione, certo, non coincide: l'art. 25, secondo comma, Cost. contiene garanzie che l'art. 7 CEDU non prevede, e viceversa. Ma, alla luce dell'art. 53 CEDU, e in generale del principio della massimizzazione delle garanzie risultante dall'interazione tra le carte dei diritti e le costituzioni nazionali riconosciuto a livello eurounitario anche dall'art. 53 della Carta, il risultato di questa interazione non è – non deve essere – concepito come uno scontro, ma unicamente come un processo virtuoso che conduce a un generale innalzamento dello standard di tutela dei diritti individuali rispetto alla potestà punitiva, e sanzionatoria in genere, dello Stato.

Un'ulteriore buona ragione per *non avere paura dell'Europa*, e per non rifugiarsi in uno sterile sovranismo dei diritti fondamentali, che chiuderebbe irragionevolmente le nostre porte ai venti di libertà che provengono da oltre le Alpi. I muri, in generale, non servono; e non servono specialmente se servono a tenere lontani i diritti dal nostro sistema penale.