

# SP

SISTEMA  
PENALE

FASCICOLO

12/2022

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2022, p. 5 ss.

## PROSPETTIVE DELLA LEGALITÀ PENALE

di Ernesto Lupo

*Importante prospettiva della legalità penale è l'integrazione tra la legalità nazionale, fondata sulla riserva di legge, e la legalità europea, che prende in considerazione la norma penale come interpretata ed esige la prevedibilità delle decisioni giudiziali. Quest'ultima può realizzarsi solo in presenza di una giurisprudenza stabile ed uniforme; per siffatto obiettivo devono sentirsi coinvolte tutte le istituzioni giudiziarie, e quindi, nelle loro diverse funzioni, la Corte costituzionale, la Corte di cassazione, i giudici di merito. Occorre, comunque, che la prevedibilità della legge interpretata sia garantita, costituendo essa un diritto fondamentale previsto dalle relative Carte europee. L'istituto attraverso cui questa garanzia può realizzarsi nell'ordinamento italiano è l'error iuris, ravvisabile nei casi non solo di overruling, ma anche di contrasto giurisprudenziale duraturo ed ingiustificato. Incontra, invece, difficoltà, l'applicazione, nelle stesse situazioni, dell'art. 2 c.p.*

SOMMARIO: 1. Punti fermi della situazione attuale. – 1.1. Diversità tra legalità interna e legalità europea. – 1.2. Espansione del diritto giurisprudenziale. – 2. Obiettivo verso cui tendere: l'integrazione tra le due legalità penali. – 3. Coinvolgimento di tutte le istituzioni giudiziarie verso l'obiettivo. – 3.1. Corte costituzionale. – 3.2. Corte di cassazione. – 3.3. Giudici di merito. – 3.3.1. Valorizzazione del precedente giudiziale. – 3.3.2. *Favor* per l'incidente di costituzionalità. – 4. La prevedibilità della *regula iuris* applicata. – 4.1. La prevedibilità come elemento della colpevolezza. – 4.2. Cosa aggiunge la prevedibilità alla riserva di legge.

### 1. Punti fermi della situazione attuale.

Un'opinione sulle prospettive future della legalità penale non può che partire dalla analisi della situazione attuale.

Nella parte iniziale di questo secolo, due mi appaiono le principali caratteristiche della legalità penale, innovative rispetto a quella disegnata dalla Carta costituzionale repubblicana: a) l'emersione di una legalità europea, che ha un contenuto diverso dalla legalità interna; b) la progressiva espansione di un diritto penale giurisprudenziale.

Vi è una chiara connessione tra queste due caratteristiche. La legalità europea è stata disegnata dalle pronunzie delle due Corti europee e quindi costituisce tipico risultato di un diritto giurisprudenziale. Gli effetti che le pronunzie della Corte di Lussemburgo e della Corte di Strasburgo producono sull'ordinamento interno – sia pure con intensità e con modalità tra di esse molto differenziate – pongono problemi giuridici di regola non facili, che trovano per lo più soluzione nelle decisioni dei giudici nazionali, il cui potere interpretativo, perciò, viene sempre più ad espandersi.

Non lievi sono le modifiche che si sono così prodotte nella legalità penale attuale, tanto da essere qualificata “nuova” per distinguerla dalla legalità tradizionale fondata esclusivamente sulla legge interna, costituente l’unico, ma essenziale, vincolo per il giudice nazionale (art. 101, comma 2, Cost.).

### 1.1. Diversità tra legalità interna e legalità europea.

La Corte di Strasburgo, nell’interpretare l’art. 7 della Cedu (*nessuna pena senza legge*), ha da tempo affermato l’orientamento secondo cui le disposizioni penali sui reati e sulle pene devono rispettare determinati requisiti di accessibilità (conoscibilità) e di prevedibilità, in modo che i destinatari delle stesse possano conoscere preventivamente quale condotta è vietata e quale pena può seguire alla violazione. Questi requisiti attengono alla qualità della norma penale, qualunque sia la fonte che la contenga: legge parlamentare o fonte secondaria o comunque di altro tipo (come quella giurisprudenziale). In tal modo la Corte europea non entra nel sistema delle fonti vigenti nei singoli Stati, né essa può entrarvi, perché le sue pronunzie producono effetti in ordinamenti giuridici sia di *civil law*, sia di *common law*. La Corte, in particolare, non richiede che la previsione dei reati e delle pene costituisca una scelta del Parlamento. Pertanto, non vi è, nella legalità europea, una riserva di legge, come quella prevista, per la legalità interna, dall’art. 25, comma 2, Cost., né assoluta, né relativa.

L’oggetto della prevedibilità è l’applicazione giudiziale della norma penale. Noi siamo soliti distinguere tra previsione astratta ed applicazione della norma: l’art. 65 ord. giud. attribuisce alla Corte di cassazione le diverse funzioni di assicurare *l’uniforme interpretazione* e *l’esatta osservanza* (e cioè applicazione) della legge. La Corte europea unifica questi due momenti perché considera il diritto effettivo, il diritto vivente. Prevedibile deve essere la norma come applicata (*in action*), e non quella astrattamente prevista (*in the books*).

Questa concezione della legalità penale, affermata inizialmente dalla Corte di Strasburgo, è pienamente recepita dalla Corte di Lussemburgo nella interpretazione dell’art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Si può citare la recente Corte di giustizia (Prima Sezione), 11 giugno 2020, C-634/18, § 47-52, la quale ha ritenuto non contrastante con il principio di legalità penale la legge polacca, che considera reato la detenzione di un *rilevante quantitativo di prodotti stupefacenti o di sostanze psicotrope*, e rimette, “volta per volta, l’interpretazione di questa nozione alla valutazione di giudici nazionali, purché detta valutazione soddisfi i requisiti di prevedibilità”<sup>1</sup>.

Questa piena conformità tra legalità penale secondo la Cedu e legalità penale dell’UE – coerente, d’altronde, con la previsione dell’art. 52, comma 3, della Carta dell’Unione – giustifica il riferimento generale finora fatto alla legalità europea, senza distinzione nell’ambito delle stesse.

---

<sup>1</sup> Corsivo qui aggiunto.

### 1.2. *Espansione del diritto giurisprudenziale.*

L'espressione "diritto penale giurisprudenziale" poteva considerarsi nello scorso secolo un ossimoro, essendo il diritto penale per sua essenza formato dalla legge, che la giurisprudenza aveva il compito di applicare. Oggi è generalmente ammessa non solo l'esistenza, ma la progressiva espansione di questo fenomeno, qualunque sia la valutazione che di esso si voglia dare. Mi limito ad indicare un piccolo dettaglio che, però, può essere emblematico: l'espressione forma il titolo di un innovativo e lodevole volume in cui si trattano molti istituti di parte generale del codice penale alla luce di *leading cases* giurisprudenziali, per lo più delle Sezioni unite penali della Cassazione<sup>2</sup>.

L'emergere di un formante giurisprudenziale del diritto (anche penale) è dovuto a molteplici fattori. Quello iniziale è da individuarsi nella Costituzione repubblicana, la quale ha comportato l'applicazione dei principi e dei valori in essa espressi, anche attraverso l'interpretazione della legge agli stessi conforme da parte del giudice comune. La Cedu ed il diritto comunitario hanno, poi, determinato la analoga necessità di interpretazioni conformi a queste nuove fonti normative ed alle pronunzie delle relative Corti europee. Nello stesso tempo sono andati progressivamente accrescendosi i difetti della legislazione: leggi numerose, spesso complesse ed oscure, rapidamente mutevoli, che hanno ampliato conseguentemente lo spazio consentito alla interpretazione. È, infine, mutata nella cultura giuridica la stessa concezione dell'attività interpretativa che, fondandosi sulla distinzione tra enunciato normativo (la disposizione) e contenuto dello stesso (norma), ha attribuito all'interprete la funzione di desumere dall'enunciato la norma, la quale è diventata pertanto non più un antecedente dell'attività interpretativa mirante al suo accertamento, ma un risultato della interpretazione.

In sostanza, è radicalmente mutato il rapporto tra la legge ed il giudice. La semplice soggezione del giudice alla legge, fondamentale garanzia costituzionale affinché l'indipendenza del giudice non si trasformi in arbitrio, ha assunto un significato che non può più essere quello che esso aveva nella cultura del Costituente.

Ed invero, una volta ampliatisi il sistema delle fonti del diritto, che non si sostanzia più nella sola legge statale, la soggezione del giudice va riferita all'intero diritto, che è formato anche dai precedenti giurisprudenziali, legittimamente intervenuti negli spazi lasciati aperti dalle fonti normative che quei precedenti hanno applicato, spazi sensibilmente ampliatisi a causa della maggiore complessità dello stesso sistema e dei fattori dianzi sinteticamente richiamati.

I particolari limiti costituzionali che le fonti pongono all'interprete nella materia penale, se operano quando si compie l'attività, non incidono sulla natura ed efficacia di precedente della interpretazione effettuata dalla pronunzia prioritariamente emanata, sempre che essa sia correttamente collegata all'enunciato legislativo interpretato. Non esiste, cioè, un diritto penale totalmente o meramente giurisprudenziale perché, nel nostro ordinamento costituzionale, l'interpretazione giudiziale deve sempre trovare il

---

<sup>2</sup> T. EPIDENDIO, E. ROSI (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 2022.

suo fondamento nella legge scritta. Ma, fermo questo collegamento, la soggezione del giudice, prevista dall'art. 101, secondo comma, Cost., va oggi riferita non soltanto alla legge, ma alla più ampia nozione di diritto.

## 2. Obiettivo verso cui tendere: l'integrazione tra le due legalità penali.

Si è già osservato che la legalità penale europea è diversa dalla legalità nazionale perché in essa non è compresa la riserva di legge. Non vi è però alternatività tra le due legalità, perché la prima non è sostitutiva della seconda, ma la integra e la amplia. La riserva di legge si accontenta della certezza dell'enunciato legislativo e, una volta che questo rispetti il corollario della stessa riserva costituito dalla determinatezza/precisione della disposizione, non riguarda l'ambito della sua applicazione (se non per il divieto di analogia e di retroattività *in malam partem*). Ma, fermi questi limiti, la riserva di legge non tocca lo spazio interpretativo che il testo legislativo lascia libero. L'accessibilità e, soprattutto, la prevedibilità della norma si riferiscono, invece, a come l'enunciato legislativo viene interpretato ed applicato, e quindi alle norme come vivono e non come sono soltanto scritte.

La funzione della legalità europea è la certezza del diritto (o, secondo il linguaggio delle Corti europee, la sicurezza giuridica), non diversamente da quella perseguita dalla nostra riserva di legge, ma la garanzia europea ha un oggetto più ampio di quest'ultima, perché si estende al diritto giurisprudenziale ed alla uniformità degli orientamenti interpretativi, richiesta, come si vedrà, dal giusto processo (anche al di fuori del processo penale) almeno a livello di Corte suprema statale (alla quale tale compito sia attribuito dall'ordinamento interno).

Per completezza, va rilevato che la prevedibilità della decisione costituisce, secondo il diritto europeo, il contenuto di un diritto individuale (fondamentale), mentre la certezza del diritto viene in considerazione nella nostra cultura giuridica sotto il profilo ordinamentale. Ma identica è l'esigenza garantistica della collettività di conoscere preventivamente le condotte vietate e le conseguenze delle violazioni commesse.

È essenziale rilevare che la legalità europea si aggiunge a quella nazionale, la quale rimane immutata nelle garanzie previste dalla Costituzione e dal codice penale. In tal senso è esplicito l'art. 53 Cedu: *Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato Contraente o da altri accordi internazionali di cui tale Stato faccia parte*. Analoga disposizione è contenuta nell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Ma vi è di più. L'integrazione tra le garanzie nazionali della legalità penale e quelle della legalità europea non solo risponde ai principi delle due Carte del diritto europeo. Essa è anche coerente con la nostra Costituzione, nella quale trova autonomo

fondamento la prevedibilità richiesta dal diritto europeo, secondo la condivisibile analisi di Francesco Viganò<sup>3</sup>.

Deve, quindi, concludersi che la prevedibilità della applicazione giudiziale ha un fondamento non solo nel diritto europeo (Cedu e Carta dell'UE), ma anche nella nostra Costituzione. Essa finora è stata pressoché ignorata a livello interno, come dimostrano le reazioni soprattutto iniziali alla sentenza Contrada (su cui tornerò). Il suo perseguimento è però doveroso, perché oggi la legalità penale rilevante in Italia è un *mixtum* di legalità nazionale (art. 25 Cost. e codice penale) e di legalità europea (accessibilità e prevedibilità della regola giuridica applicata). In tal senso può giustificatamente parlarsi di “nuova” legalità penale, che è insieme legalità costituzionale e legalità europea.

### 3. Coinvolgimento di tutte le istituzioni giudiziarie verso l'obiettivo.

Le prospettive future di questa “nuova” e più ampia nozione di legalità penale coinvolgono, a ben vedere, tutte le istituzioni giudiziarie. Queste possono utilizzare, al fine della integrazione tra le due legalità, gli strumenti interpretativi e la cultura del maggiore spazio riconosciuto all'interprete, che si è visto essere propri del diritto giurisprudenziale.

#### 3.1. Corte costituzionale.

La prevedibilità della applicazione di una disposizione legislativa è tanto più facilmente realizzabile quanto più la disposizione è conforme al corollario della riserva di legge costituito dalla sua determinatezza e precisione.

Sul rispetto di questa garanzia, richiesta dalla nostra legalità costituzionale, la Corte costituzionale ha iniziato di recente ad assumere un atteggiamento più rigoroso.

La sentenza n. 115 del 2018, che ha chiuso la notissima vicenda Taricco, ha applicato un concetto “massimalista” del principio di determinatezza, esigendola “*ante applicationem*”<sup>4</sup>, e cioè sulla base del solo enunciato legislativo e quindi prima ed indipendentemente dalla concretizzazione giurisprudenziale, che in precedenza ha costituito per la Corte l'elemento essenziale per desumere la determinatezza e precisione della *regula iuris*, secondo un orientamento più volte seguito.

Al di là della vicenda Taricco e delle sue indubbe particolarità, va rilevato che il giudice costituzionale ha affermato l'esistenza di una indeterminatezza della legge di origine giurisprudenziale, nel senso che essa è stata desunta dalla assenza di un

---

<sup>3</sup> F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016. L'A. si riferisce, in particolare, alle seguenti disposizioni costituzionali: art. 25, comma 2; art. 27, commi 1 e 3; principio di uguaglianza ex art. 3; corretta ed efficiente amministrazione della giustizia penale ex artt. 24, comma 2, 81, 111, 112.

<sup>4</sup> M. DONINI, [Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018.

orientamento interpretativo uniforme della Cassazione. Questa situazione ha indotto Corte cost. n. 24/2019 a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 1, lett. a, d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (soggetti "abituamente dediti a *traffici delittuosi*"), sulla applicazione a tali soggetti della misura di prevenzione della sorveglianza speciale. Al contrario, l'interpretazione uniforme data dalla Cassazione all'altra categoria di soggetti indicata nello stesso art. 1, lett. b (soggetti "che vivono abitualmente, anche in parte, con i *proventi di attività delittuose*"), ha permesso alla Corte di giudicare sussistente nella disposizione il requisito della determinatezza e pertanto di ritenere conforme a Costituzione l'applicazione ad essi della medesima misura di prevenzione. È da rilevare che la Corte costituzionale si è astenuta dal dare essa stessa una interpretazione costituzionalmente conforme della lett. a dell'art. 1 (dichiarata illegittima) mediante una sentenza interpretativa di rigetto, adottata invece in casi precedenti relativi alla denuncia di indeterminatezza di norme penali, rese determinate proprio dalle pronunzie della Corte e perciò salvate dalla dichiarazione di incostituzionalità (come, per esempio, l'art. 434 c.p., c.d. disastro innominato, oggetto di Corte cost. n. 327/2008). Per l'aspetto che qui interessa, è irrilevante che le misure di prevenzione personali non abbiano, secondo la Corte cost., natura penale, dato che esse implicano una limitazione dei diritti fondamentali, soggetta anche essa alla riserva assoluta di legge prevista dall'art. 13 Cost.<sup>5</sup>.

Altra garanzia della legalità costituzionale è il divieto di analogia *in malam partem*. Il rispetto di questa garanzia è affidato al giudice penale. La sua violazione nel singolo caso può essere denunciata in cassazione. Ma non esiste alcun rimedio se il divieto è violato dalla stessa Corte di legittimità, in quanto non può al riguardo essere direttamente investita la Corte costituzionale. Quest'ultima Corte, nella sentenza n. 98/2021 (sul reato di maltrattamenti), ha avuto modo di intervenire *ex officio* sul rispetto del divieto di analogia sfavorevole da parte della Cassazione e di ricordare, sia pure in una pronunzia di inammissibilità della questione di costituzionalità, che tale divieto costituisce "un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo della legge". Il giudice costituzionale è, perciò, intervenuto in modo originale a tutela del principio della divisione dei poteri e della tassatività delle disposizioni penali.

I recenti orientamenti del giudice costituzionale esprimono, nel loro insieme, una maggiore attenzione verso la garanzia della riserva di legge in materia penale. È significativa la loro contemporaneità con la progressiva percezione, da parte della cultura giuridica nazionale, del rilievo e delle implicazioni delle sentenze europee sulla prevedibilità delle decisioni giudiziali. Può cogliersi, mi sembra, la connessione tra i due profili della legalità, con la consapevolezza che la garanzia europea, lungi dal contrapporsi a quella costituzionale, è utile anche per rendere più reale e concreta quest'ultima.

Le pronunzie del giudice costituzionale, nell'indirizzarsi verso un controllo più rigoroso sul rispetto della riserva di legge e dei suoi corollari (anche di quello che si

---

<sup>5</sup> Corte cost. n. 24/2019, cit., § 9.7.



dirige al giudice ordinario, come il divieto di analogia *in malam partem*), contribuiscono, pertanto, in pari misura alla realizzazione della legalità europea.

### 3.2. Corte di cassazione.

È l'istituzione maggiormente coinvolta in modo diretto dalla garanzia europea, in quanto preposta ad assicurare l'uniforme interpretazione della legge, secondo l'ordinamento giudiziario del 1941, non contraddetto dalla Costituzione che ha garantito una ampia ricorribilità dei provvedimenti giudiziari "per violazione di legge" (art. 111). La nomofilachia della Cassazione è uno strumento fondamentale per facilitare la prevedibilità delle decisioni.

Va, perciò, approvata la scelta del legislatore penale (l. n. 103/2017) che, sia pure con oltre un decennio di ritardo rispetto al legislatore civile, ha dettato la regola posta dall'art. 618, comma 1-bis, c.p.p., secondo cui la sezione semplice della Cassazione che non condivide il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, è tenuta a rimettere la decisione del ricorso alle stesse sezioni unite. In tal modo si è costruito un procedimento diretto sia a mantenere la stabilità della giurisprudenza delle sezioni unite, sia a variare la stessa giurisprudenza in modo meditato ed ordinato, evitandosi estemporanee ed episodiche decisioni dissenzienti delle sezioni semplici. Il vincolo per la sezione semplice è di natura soltanto procedimentale, essendo essa libera di esprimere il proprio convincimento sia nell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite, sia anche ponendo in discussione la costituzionalità del principio di diritto affermato dalle sezioni unite e sollevando la relativa questione di costituzionalità, ritenuta recentemente ammissibile (ed anche fondata, nel caso deciso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 111/2022).

Occorre, ora, che le sezioni unite della Cassazione siano all'altezza della funzione ad esse assegnata dall'art. 618. Per questo risultato è essenziale l'idoneità delle regole poste dal CSM per la loro composizione ed è benefico anche un apporto della dottrina che avvenga preventivamente rispetto alla soluzione delle questioni alle stesse rimesse<sup>6</sup>.

Ma la funzione nomofilattica non è attribuita alle sole sezioni unite della Cassazione. Anche le sezioni semplici sono tenute a perseguire l'uniformità della giurisprudenza. La realizzazione di questa funzione è resa molto difficile dall'enorme numero di ricorsi penali proposti annualmente e dal conseguente elevato numero di magistrati che occorre destinare alla Corte, il quale comporta la formazione di collegi sempre variabili, che normalmente non dispongono del tempo e degli apporti istituzionali di studio necessari ad un approfondimento delle questioni da decidere. Può dirsi, perciò, che la struttura attuale della Cassazione è incoerente ed inadatta rispetto alla funzione nomofilattica ad essa affidata.

Se ciò è vero, è anche vero che, secondo la Corte di Strasburgo, una giurisprudenza contrastante nella interpretazione di una disposizione normativa è

---

<sup>6</sup> Per questi aspetti debbo rinviare ad una precedente mia relazione: E. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 911, § 12-14.

ammissibile a livello di giurisprudenza di merito, non a livello di Corte suprema. La recente sentenza 30 luglio 2015, Ferreira Santos Pardal c. Portogallo, ha ribadito che un contrasto sincronico duraturo all'interno della Corte suprema costituisce violazione dell'art. 6 Cedu e rende anche necessaria la previsione di un rimedio contro le stesse sentenze della Corte suprema. È chiaro che, se il contrasto concerne la materia penale, sussiste altresì la violazione dell'art. 7 Cedu.

Occorre, pertanto, nei magistrati della Corte di cassazione, una forte consapevolezza del loro ruolo istituzionale e uno sforzo, anche organizzativo, dell'intera Istituzione a che, nonostante le difficoltà menzionate, la Cassazione riesca, pure a livello di sezione semplice, ad assolvere alla propria funzione nomofilattica, con evidenti vantaggi per la prevedibilità delle successive decisioni sia di legittimità che di merito.

### 3.3. *Giudici di merito.*

#### 3.3.1. Valorizzazione del precedente giudiziale.

Il diritto giurisprudenziale, se non vuole produrre una applicazione giudiziaria caotica e quindi imprevedibile, richiede una maggiore valorizzazione del precedente giudiziale, ovviamente non nel senso di una sua vincolatività, ma limitatamente all'effetto di creare, nel successivo giudicante, un dovere di diligenza per conoscerlo e la possibilità di discostarsene solo per una "scelta (interpretativa) consapevole e riconoscibile come tale"<sup>7</sup>.

In particolare, occorre distinguere i precedenti del proprio ufficio giudiziario da quelli degli altri uffici, e specificamente della Corte di cassazione.

Le difformità di orientamenti interpretativi all'interno dello stesso ufficio nella decisione di casi che presentano le medesime caratteristiche, se sono consentite dall'indipendenza funzionale di ogni organo giudicante, costituiscono, in linea di principio, palesi e gravi disuguaglianze di trattamento, in violazione dell'art. 3 Cost. Da qui deriva il dovere professionale del dirigente dell'ufficio (o della sezione interessata) di porre in essere tentativi per realizzare l'uniformità interpretativa nell'ambito della unità organizzativa da lui diretta, attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento giudiziario (come l'art. 47-*quater* r.d. n. 12/1941).

Per i precedenti degli altri uffici di merito si pone, innanzitutto, il nodo della possibilità concreta di loro conoscenza. Se noti (perché, per esempio, dedotti da una parte in modo completo), vi è il dovere giuridico del giudicante di tenerne conto e di esprimersi sulla loro persuasività o meno.

Un valore particolare va riconosciuto ai precedenti della Cassazione, sempre che essa abbia un orientamento ben definito (e non oscillante, come la funzione di nomofilachia ad essa attribuita dovrebbe evitare). Gli orientamenti precedenti, se definiti

---

<sup>7</sup> Così Sez. un. civ., 3 maggio 2019, n.11747, § 13-14.

e stabili, determinano i richiamati doveri di conoscenza e di indicazione delle ragioni dell'eventuale dissenso del giudice.

La violazione di questi doveri è idonea a concretizzare una "negligenza inescusabile", costituente uno degli elementi per l'esistenza di un illecito disciplinare (art. 2, comma 1, lettere g e m, d. lgs. n. 109/2006) o anche per l'azione di rivalsa del danno risarcito che il Presidente del Consiglio dei ministri ha l'obbligo di esercitare nei confronti del magistrato la cui condotta abbia determinato la responsabilità civile dello Stato verso il danneggiato (art. 7 l. n. 127/1988, come sostituito dalla l. n. 18/2005).

### 3.3.2. *Favor* per l'incidente di costituzionalità.

La valorizzazione dei precedenti, al fine di realizzare il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali, comporta l'opportunità di facilitare, nei casi in cui sia rilevante, l'emanazione di pronunzie della Corte costituzionale, con un atteggiamento del giudice ordinario di *self restraint* nell'esercizio del potere sia di interpretazione conforme alla Costituzione, sia di non applicazione delle norme interne contrastanti con il diritto dell'Unione europea.

Per quanto attiene alle questioni di costituzionalità, la rimessione all'apposito giudice consente di pervenire ad una sentenza di incostituzionalità efficace *erga omnes* ovvero, nei casi di infondatezza, ad una interpretazione che, in quanto dotata di particolare autorevolezza, conferisce una certezza maggiore di quella data, nel singolo caso, dal giudice remittente. È utile ricordare che la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 221 del 2015, ha modificato il proprio orientamento nel senso che la possibilità, per il giudice *a quo*, di dare una interpretazione conforme alla Costituzione non costituisce più un requisito di ammissibilità della questione di costituzionalità, ma pone una questione di merito del giudizio di costituzionalità, di guisa che, per l'ammissibilità della questione, è sufficiente che il giudice, nell'ordinanza di rimessione, motivi in modo plausibile la propria interpretazione posta a fondamento dell'incidente di costituzionalità. Questo nuovo orientamento della Corte costituzionale è idoneo a ridurre uno degli ambiti di maggiore incertezza del diritto (e di conseguente imprevedibilità delle decisioni), causato dal margine di opinabilità (normalmente ampio) delle interpretazioni conformi a Costituzione (che spesso implicano un bilanciamento tra diversi principi costituzionali) e dalla conseguente diversificazione delle relative decisioni, se affidate alla giurisdizione ordinaria, con effetti limitati ai singoli casi di volta in volta giudicati.

Per quanto attiene al diritto dell'Unione europea (che sta progressivamente ampliando il suo spazio nella materia penale, sia sostanziale che processuale), il contrasto con esso delle norme interne legittima, come è noto, il giudice ordinario a disapplicarle, previa eventuale instaurazione della pregiudiziale comunitaria sulla interpretazione della disposizione europea, da rimettere alla Corte di giustizia dell'Unione. Anche in questo caso, però, può conferire maggiore certezza all'ordinamento (e quindi rendere più prevedibili le decisioni future) la prospettazione alla Corte costituzionale della questione di conformità della norma interna al diritto

europeo, affidando poi al giudice costituzionale la decisione sulla necessità o meno di una pronunzia della Corte di giustizia.

Gli aspetti positivi di questa soluzione si colgono se si esamina la recente sentenza della Corte costituzionale n. 149/2022, relativa al divieto del *bis in idem*. Secondo le Corti europee, questo divieto si configura quando una persona, già giudicata in via definitiva per un fatto astrattamente punito con sanzione sostanzialmente penale, venga ad essere sottoposta ad altro procedimento punitivo per lo stesso fatto. Il divieto, però, non opera se tra i due procedimenti sussiste una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”<sup>8</sup>. La decisione sulla sussistenza o meno di questa connessione è soggetta alle particolarità dei singoli casi ed alle conseguenti valutazioni dei relativi giudicanti, non facilmente prevedibili. La Corte costituzionale ha ritenuto che questa connessione non sussista mai tra determinati delitti ed illeciti amministrativi punitivi previsti dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, a protezione del diritto di autore (materia disciplinata dal diritto europeo, con la conseguente applicabilità dell’art. 50 della relativa Carta dei diritti fondamentali, che pone la regola del *ne bis in idem*) ed ha quindi affermato, in modo assoluto sulle disposizioni esaminate, il divieto di instaurare il procedimento penale dopo che sia divenuta definitiva l’irrogazione, per lo stesso fatto, della sanzione amministrativa (è l’ipotesi sulla quale la Corte è stata chiamata a giudicare). Come ha osservato il giudice costituzionale (§ 2.2.2.), si è così conferito al diritto al *ne bis in idem*, nelle fattispecie generali considerate dalla sentenza, “una tutela certa ed uniforme nell’intero ordinamento”, preferibile rispetto alla “disapplicazione, totale o parziale, delle disposizioni sanzionatorie da parte del singolo giudice”, soprattutto “in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità”.

Al di là delle questioni già decise dalla Corte costituzionale ed in chiave prospettica (che è l’ottica del presente intervento), si ponga mente alle conseguenze future della sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione), 8 marzo 2022. Essa ha affermato che la disposizione dell’art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, secondo cui “le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”, come le analoghe disposizioni contenute in singole direttive, sono dotate di effetto diretto nell’ordinamento degli Stati membri, onde sussiste l’obbligo per i giudici nazionali di disapplicare le norme interne che prevedano una sanzione non proporzionata e di irrogare perciò sanzioni che siano ritenute proporzionate. Questa sentenza sembra autorizzare, o meglio obbligare, il giudice penale interno ad infliggere pene inferiori al minimo legale, qualora questo minimo venga da lui valutato sproporzionato rispetto al reato, con il conseguente potere di fissare egli stesso l’entità della pena considerata proporzionata. È facile percepire come questo potere sia difficilmente prevedibile, sia nell’*an* del suo esercizio (e cioè la valutazione della non proporzionalità del minimo di legge), sia nel *quantum di* pena irrogabile dal singolo giudice (in quanto da lui ritenuta proporzionata al reato). Merita, pertanto, di essere

---

<sup>8</sup> Così la Corte Edu; ad “approdi assai simili” è pervenuta la Corte di giustizia, come rileva la Corte cost. alla fine del § 5.1.3 della sentenza citata.

seguito il consiglio di Francesco Viganò, che, a commento della citata sentenza della Corte di giustizia, ha ritenuto opportuno utilizzare il controllo accentrato di costituzionalità, per pervenire a pronunzie con effetto *erga omnes* in ordine sia alla non proporzionalità di una comminatoria di pena per un determinato reato, sia alla sua sostituzione con una pena proporzionata<sup>9</sup>. Ed è noto che la Corte costituzionale ha già ritenuto di poter dichiarare illegittimo il limite minimo della sanzione amministrativa punitiva prevista oggi dall'art. 726 c.p. (atti contrari alla pubblica decenza), perché irragionevolmente eccessivo, per violazione dell'art. 3 Cost. (di recente, sentenza n. 95/2022, in una materia estranea al diritto dell'Unione europea).

#### 4. La prevedibilità della *regula iuris* applicata.

I comportamenti delle istituzioni giudiziarie esposti nel precedente paragrafo possono tutti facilitare la stabilità della giurisprudenza, consentendo la prevedibilità delle decisioni (*law in action*), e quindi il rispetto della legalità europea e, contestualmente, della riserva di legge. Si tratta di azioni istituzionali idonee a realizzare, in via preventiva, l'elemento caratteristico della legalità europea.

Occorre, però, che questa legalità sia garantita per l'imputato anche in via successiva, e cioè quando la prevedibilità della decisione (sotto il profilo delle regole giuridiche applicate dal giudice) non si sia avuta, nel senso che gli sono state applicate regole giuridiche imprevedibili. Le Corti europee esigono, come abbiamo visto, questa prevedibilità e ritengono che non sia legale una decisione giudiziale imprevedibile. Vi è, allora, da chiedersi: quando, anche per l'ordinamento italiano, si verifica una situazione di imprevedibilità della decisione e quale rilevanza essa ha per l'imputato?

##### 4.1. La prevedibilità come elemento della colpevolezza.

Questi interrogativi si sono posti in modo particolarmente attuale a seguito della sentenza europea sul caso Contrada (Corte Edu, 14 aprile 2015), secondo cui ha violato l'art. 7 Cedu una pronunzia di condanna per concorso esterno in associazione mafiosa (artt. 110 e 416-*bis* c.p.) riferita a fatti commessi prima che tale figura di reato fosse ammessa dalle Sez. un. della Cassazione (con la sentenza 5 ottobre 1994, Demitry). Prima di questa pronunzia della Cassazione – secondo la Corte europea – detto reato “non era sufficientemente chiaro e prevedibile” per l'imputato (§ 75 della sentenza europea). A seguito della pronunzia europea la condanna di Contrada è stata ritenuta inesequibile (Cass., 6 luglio 2017, n.43112), ma è sorto il problema se la stessa pronunzia avesse effetti per altri condannati per lo stesso tipo di reato in relazione a fatti anche essi anteriori alla

---

<sup>9</sup> F. VIGANÒ, [La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia](#), in questa *Rivista*, 26 aprile 2022.

citata sentenza Demitry (i c.d. “fratelli minori” di Contrada). Pure per questi ultimi, infatti, sussisteva la medesima imprevedibilità della condanna, ritenuta dalla Corte Edu per Contrada. Le Sez. un. della Cassazione 24 ottobre 2019-3 marzo 2020, n. 8544, Genco, hanno affermato che i principi enunciati dalla Corte Edu per Contrada non si estendono a coloro che, pur trovandosi nella medesima sua posizione, non hanno proposto ricorso in sede europea.

Nell’ambito dei tanti e discussi argomenti esposti da questa complessa sentenza delle Sez. un., mi sembra che, in ordine al quesito sulla esistenza e rilevanza nel nostro ordinamento del principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali, sia da evidenziare il contenuto del § 6.5 della motivazione<sup>10</sup>: *il concetto di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta non è estraneo all’ordinamento nazionale, ma è veicolato attraverso la nozione di errore di diritto incolpevole, come elaborata dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza n.364 del 1988 (...) che ha dichiarato parzialmente illegittimo l’art. 5 c.p., “nella parte in cui non esclude dall’inescusabilità dell’ignoranza della legge penale l’ignoranza inevitabile”*. Quindi, l’imprevedibilità è stata dalle Sez. un. ricondotta nell’ambito della colpevolezza, la quale, però, non è stata limitata alla conoscenza del testo di legge, ma è stata estesa alla legge interpretata, in conformità al già visto orientamento delle Corti europee.

Le Sez. un. Genco, pur affermando in astratto la rilevanza dell’art. 5 c.p., non ne hanno fatto applicazione nel caso di specie per due concorrenti ragioni. Innanzitutto, perché si era formato il giudicato, onde era precluso il riesame della accertata colpevolezza, non consentito neanche dal sopravvenire della sentenza della Corte Edu nei confronti del solo Contrada. Secondariamente, perché l’ignoranza inevitabile della legge penale (e quindi l’imprevedibilità della sua applicazione all’imputato) si ha soltanto nel caso di mutamento di “una pacifica posizione giurisprudenziale”, e non anche “a fronte di difformi orientamenti interpretativi accolti nelle pronunce giudiziali”.

La prima ragione attiene agli effetti delle sentenze della Corte Edu (correlati anche al loro possibile diverso contenuto), che è tema diverso da quello qui affrontato, in cui rientra appieno la seconda ragione. Con essa le Sez. un. attribuiscono rilevanza, in ordine alla applicazione dell’art. 5 c.p., alla distinzione tra il contrasto giurisprudenziale, che non rende imprevedibile l’*error iuris*, ed il radicale mutamento di un orientamento giurisprudenziale pacifico (*overruling*), che, non essendo prevedibile, esclude la colpevolezza di chi si sia determinato ed abbia agito sulla base della interpretazione precedente.

Va condivisa la rilevanza, nel nostro ordinamento, della distinzione tra contrasto giurisprudenziale e mutamento radicale di interpretazione. Il contrasto giurisprudenziale reale o potenziale è la situazione fisiologica ipotizzata dall’art. 618 c.p.p. e costituisce il presupposto per l’esercizio della funzione di nomofilachia della Cassazione, onde non può, di per sé solo, determinare l’imprevedibilità della decisione di risoluzione del contrasto, qualunque ne siano il contenuto e gli effetti (favorevoli o sfavorevoli per l’imputato).

---

<sup>10</sup> In adesione alla lettura che della sentenza ha già dato R. BARTOLI, [Nuovi scenari della legalità penale](#), in questa *Rivista*, 28 giugno 2022, § 2.3, ove anche il richiamo di un suo più ampio commento precedente.

Proprio l'esistenza di questa funzione istituzionale rende, però, patologico un contrasto duraturo, che prolunghi ingiustificatamente l'incertezza sulla esistenza o meno di un divieto penale o anche sulle sue conseguenze. Già la Corte cost., nella citata sentenza n. 364/1988 (§ 27), ha rilevato che l'ignoranza della norma penale può derivare da "un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari" (e una delle due ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale si riferiva ad un errore di diritto dipeso da "difformi interpretazioni giurisprudenziali"). Le stesse Sez. un. Genco notano che l'errore inevitabile sul divieto normativo può basarsi "su irrisolti e gravi contrasti interpretativi giurisprudenziali". Queste situazioni patologiche di incertezza costituiscono una violazione del dovere dello Stato di rendere conoscibile e prevedibile il diritto come interpretato, specie dopo che la modifica del citato art. 618 ha facilitato l'esercizio, da parte della Corte di cassazione, della funzione di risoluzione dei contrasti.

L'imprevedibilità della regola giuridica applicata si ha, pertanto, in presenza sia di un radicale mutamento di giurisprudenza (*overruling*), sia di una situazione di contrasto interpretativo duraturo ed ingiustificabile (perché, ad esempio, protrattosi a lungo all'interno della Corte di legittimità). In quest'ultima situazione, se il contrasto è da attribuirsi essenzialmente alla indeterminatezza della fonte legislativa, potrebbe anche promuoversi una pronuncia del giudice costituzionale che dichiari la violazione, da parte del legislatore, della (determinatezza richiesta dalla) riserva di legge, secondo il modello della già menzionata sentenza n. 24/2019, relativa alle misure di prevenzione.

Parte della dottrina ritiene insoddisfacente considerare la prevedibilità come elemento della colpevolezza, osservando che, nel diritto europeo, la prevedibilità, come si è visto, è una qualità della norma, la cui assenza rende il comando penale privo di base legale. Da ciò dovrebbe derivare – si sostiene – l'inquadramento della imprevedibilità nell'ambito non dell'istituto previsto dall'art. 5, ma di quello dell'art. 2 c.p., pervenendosi così ad una parificazione tra modifiche legislative e interpretazioni imprevedibili che comportino effetti sfavorevoli per l'imputato.

Questa parificazione è stata, però, decisamente esclusa dalla Corte costituzionale, anche nei casi in cui l'orientamento giurisprudenziale abbia acquistato i caratteri del diritto vivente<sup>11</sup>.

Ritengo che l'applicazione dell'art. 2 c.p. alla imprevedibilità delle interpretazioni del diritto non possa prescindere da una modifica di questo articolo. Essa è stata anche proposta nei termini seguenti, come nuovo comma 1-*bis* dell'art. 2: "Nessuno può essere punito per un fatto la cui punibilità, secondo l'interpretazione della legge del tempo in cui è stato commesso, era imprevedibile"<sup>12</sup>. In assenza di una modifica legislativa, o almeno di un diverso orientamento della Corte costituzionale, non appare configurabile una parificazione tra legge penale e sua interpretazione, sia pure nei casi in cui quest'ultima sia imprevedibile e solo al fine di escluderne gli effetti sfavorevoli per l'imputato.

<sup>11</sup> Corte cost., n. 230/2012, ribadita di recente dalla sentenza n. 25/2019.

<sup>12</sup> D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, Torino, 2019, p. 381.

Meritano, inoltre, attenta riflessione le considerazioni che, di recente, autorevole dottrina<sup>13</sup> ha esposto sui molti aspetti di equivocità della prevedibilità intesa come requisito di legittimità della norma penale. Ed in realtà il relativo giudizio si presenta difficile ed altamente opinabile sia nella sua “base cognitiva” (quale è la giurisprudenza su cui va fondata la previsione?), sia nel “parametro” di riferimento (soggettivo o oggettivo?). La difficoltà di inserire nella legalità uno strumento predittivo come la prevedibilità si accentua se questa viene intesa non quale principio (con le caratteristiche di duttilità ad esso connaturali), ma quale regola giuridica configurante una fattispecie precisa e determinata in tutti i suoi elementi.

È allora più coerente con l’ordinamento italiano attuale attribuire rilevanza alla prevedibilità della *regula iuris* applicata sul piano della colpevolezza, mediante il suo inquadramento nell’art. 5 c.p. e la parificazione alla ignoranza inevitabile ivi prevista della imprevedibilità determinante un *error iuris* dell’imputato. Occorre, però, che questa rilevanza, finora affermata dalla giurisprudenza solo in astratto, trovi concreta applicazione, e non solo nei rari casi di vero e proprio *overruling*, ma anche nelle situazioni di contrasto interpretativo duraturo ed ingiustificato (nel senso che sarebbe stato possibile superarlo mediante il procedimento oggi previsto dall’art. 618 c.p.p.).

#### 4.2. Cosa aggiunge la prevedibilità alla riserva di legge.

Si è sottolineato che la legalità europea fondata sulla prevedibilità del diritto interpretato non elimina, né sostituisce la riserva di legge ed i relativi corollari del nostro ordinamento costituzionale.

Può, allora, chiedersi cosa la legalità europea aggiunga alle garanzie della legalità nazionale (salvaguardate sulla base dei disposti della Cedu e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, ambedue collocati negli articoli contrassegnati dal medesimo n. 53). Come si è rilevato nello scritto di F. Palazzo in ultimo citato, dal diritto europeo deriva la necessità della “stabilità ed uniformità del prodotto normativo risultante dalla integrazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale nella norma vivente”, obiettivo – quest’ultimo – essenziale nella nostra epoca di espansione del diritto giurisprudenziale, onde non è assolutamente sufficiente il perseguimento della tradizionale certezza del diritto riferita alla sola legge scritta, liberamente interpretabile da ogni organo giudiziario, nel rapporto esclusivo ed isolato con il testo della disposizione.

Ciò esige non solo l’impegno di tutte le istituzioni giudiziarie verso la detta stabilità ed uniformità che consentano la prevedibilità delle decisioni future (secondo le linee a cui si è dedicato il § 3), ma soprattutto una garanzia destinata ad operare nei casi in cui, non essendosi realizzata detta situazione del diritto vivente, la stessa prevedibilità

---

<sup>13</sup> F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 941.



non sia resa possibile. È la tutela dei diritti fondamentali previsti dalle Carte europee che richiede questa integrazione della legalità nazionale.

Potrebbe osservarsi che, anche nella prospettiva qui esposta, non si realizza, rispetto alla garanzia operante in via successiva, una vera e propria integrazione tra le due legalità, perché la rilevanza della imprevedibilità come assenza di colpevolezza è molto diversa dalla assenza di base legale che essa comporta secondo il diritto europeo. Si può replicare che pervenire alla non punibilità dell'imputato non posto in grado di prevedere la decisione emanata nei suoi confronti (sotto l'aspetto della regola giuridica applicata) significa evitare una pronuncia di condanna che costituirebbe violazione dell'art. 7 della Cedu e dell'art. 49 della Carta dell'Unione.

Questo effetto concreto può essere idoneo a privare di rilevanza pratica la differenza di inquadramento teorico della prevedibilità, differenza che è correlata al nostro sistema costituzionale fondato sulla riserva di legge e sulla separazione di poteri tra *legislatio* e *iurisdictio*. Anche qui può allora essere utile ricordare l'invito espresso tempo fa da Giuliano Amato in una lezione relativa ai rapporti con le Corti europee<sup>14</sup>: "Dobbiamo tutti capire che, oltre un certo limite, l'uniformità non possa andare ma, oltre un certo limite, le stesse diversità distruggono la nostra unità. E trovare, insieme, l'equilibrio fra le due istanze".

---

<sup>14</sup> G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2015, p. 109.