

APPUNTI SUL MUTAMENTO GIURISPRUDENZIALE SFAVOREVOLE. TRA ESIGENZE DI GARANZIA, PREVEDIBILITÀ E CERTEZZA NEL DIRITTO PENALE (*)

di Giovanni Caruso

SOMMARIO: 1. Premessa. La *prevedibilità* come risposta alla c.d. crisi della legalità? – 2. Il ‘tempo ciclico’ della *prevedibilità* tra diritto interno e sovranazionale. – 3. La *prevedibilità* come principio ‘non bilanciabile’. – 4. *Prevedibilità* ‘in senso lato’ e *prevedibilità* ‘in senso stretto’. – 5. La *prevedibilità* nella ‘coralità’ del torto penale: un *prius* necessario alle conseguenze sanzionatorio-afflittive a carico del singolo. – 6. La *prevedibilità* come diritto umano (asseritamente) ‘violato’ nell’art. 7 CEDU e nella giurisprudenza di Strasburgo. – 7. La *prevedibilità* in una logica di ‘massimizzazione delle tutele’ tra ordinamento interno e sovranazionale. – 8. Corollari e sub-corollari della *prevedibilità* nella prospettiva del principio di massimizzazione delle tutele. – 9. La *prevedibilità* come assenza (assoluta o meno) di imprevedibilità. Ragioni e insidie di un’errata equazione a proposito del mutamento giurisprudenziale. – 10. La differenza tra certezza e prevedibilità del diritto. – 11. Certezza *vs* prevedibilità e mutamento giurisprudenziale favorevole *vs* sfavorevole. – 12. Brevi ‘conclusioni interlocutorie’.

1. Premessa. La *prevedibilità* come risposta alla c.d. crisi della legalità?

In occasione del Terzo Convegno Nazionale dell’Associazione dei Professori di diritto penale – dal titolo *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, tenutosi a Napoli nel novembre del 2014 –, Antonio Fiorella, studioso al quale il presente contributo è dedicato, con condivisibile rigore richiamava l’esigenza di chiarificare i compiti ai quali, a fronte dell’ormai insistentemente ribadita ‘crisi della legalità’¹, il

(*) Testo rielaborato del contributo destinato alla pubblicazione negli Scritti in onore di Antonio Fiorella sotto il titolo *Per un lessico di questioni definitorie in tema di prevedibilità della decisione giudiziale*.

¹ Sulla crisi della legalità nel diritto sostanziale, la bibliografia è ormai sterminata. Oltre ai contributi più recenti richiamati nel corso della trattazione, cfr. DOLCINI E., *Leggi penali ‘ad personam’, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50 ss.; FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137, ora in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 3 ss.; PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 230 ss. Per considerazioni cruciali sull’offuscamento della legalità processuale nell’attuale esperienza giudiziaria cfr. NOBILI M., *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 204; PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Indice pen.*, 1999, 527 ss.; AMODIO E., *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 432 ss., che sviluppa considerazioni critiche sull’attuale inidoneità del principio di legalità a esprimere la complessità della società contemporanea, concludendo tuttavia che compito degli studiosi è recuperare il prestigio che avevano i maestri della tradizione liberale italiana «per difendere cocciutamente la legalità» (*ibidem*, 439); cfr. altresì COSTA P., *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 36, 1 ss.; PALAZZO F., *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio «fondamentale»*, *ibidem*, 1279 ss.; BERNARDI A. *et al.*,

formante dottrinale della scienza penale – nel dialogo col formante tanto legislativo, quanto giudiziario-giurisprudenziale – non si sarebbe più potuto sottrarre².

Ormai da decenni la giurisprudenza si è auto-assegnata – pur tra le molte e ulteriori fenomenologie espressive dell’ingravescente invadenza dello *ius dicere*³ – una peculiare prerogativa nell’opera di c.d. supplezza giurisdizionale: per un verso esprimendo una sorta di “autoritarismo bene intenzionato”⁴, favorito dalle aporie applicative rivenienti – non ultimo – dalla sempre più degradata qualità del prodotto legislativo; per un altro verso, in qualche caso, al fine di salvare le disposizioni dai *deficit* di chiarezza dei precetti, delineando norme ‘extratestuali’ capaci di ‘tassativizzare’⁵

Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare, Milano, 2008. Il tema relativo alla possibilità di identificare un equivalente funzionale alla riserva di legge è approfondito in *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011, 77 ss., con Nota introduttiva di GIUNTA F., e contributi di FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, 79 ss.; GARGANI A., *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, 99 ss.; GROSSO C.F., *Il fascino discreto della conservazione*, 125 ss.; tra i più recenti contributi dottrinali, cfr. gli scritti di CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Napoli, 2012, *passim*; ID., *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale, tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, cit., 535 ss.; ID., *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’UE*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 411 ss.; per ulteriori due recenti dibattiti sul tema, cfr. gli approfondimenti in *Il punto su ... La legge del giudice penale. A proposito di fonti e interpretazione*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012, 261-327, con scritti di BRICCHETTI R., *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*; DI GIOVINE O., *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*; INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’«epoca dei giudici»*; MOCCIA S., *Sulle precondizioni dell’ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*; VELLUZZI V., *Due (breve) note sul giudice penale e l’interpretazione*; ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*; nonché in ID., *Tavola rotonda. Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, con Nota introduttiva di DE MAGLIE C., interventi di FIANDANESE F., MAIELLO V., RIONDATO S., VALLINI A., in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2013, 205-269, e *ivi* in *Il punto su ... Diritto dell’unione europea vs. garanzie fondamentali? A proposito della sentenza «Melloni»*, con contributi di CARLIZZI G., *Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla sentenza «Melloni»*; CUPELLI C., *Hobbes europeista?, Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, *ivi*, 287-361.

² Cfr. FIORELLA A., *Pluralità delle fonti e complessità del sistema penale*, in PALIERO C.E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G., INSOLERA G., PELISSERO M., RAMPIONI R., RISCATO L. (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Atti del Convegno dell’Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, Napoli 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016, 335 ss.

³ Sulle cause di fondo della crisi della legalità, oltre la frammentarietà convulsa del sistema multilivello delle fonti nazionali e sovranazionali, cfr. RONCO M., *Il principio di legalità*, in RONCO M., AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016, spec. 20-22, il quale enumera le “acquisizioni sempre più cogenti provenienti dalla ermeneutica giuridica, che hanno falsificato il criterio metodologico su cui si reggeva il dogma della legalità e della sottoposizione rigida del giudice alla legge”; il “decadimento dello Stato nazionale” e la “disgregazione (e falsificazione) del concetto di sovranità”; nonché l’invadenza della giurisprudenza, la quale agirebbe spesso sostituendo “all’orientamento politico del legislatore una visione alternativa, ritenuta più ragionevole e corretta, circa le esigenze di regolazione della vita giuridica”.

⁴ Così, efficacemente, PULITANÒ D., *Supplezza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, 93 ss. La giurisprudenza, essendo il potere istituzionalmente deputato alla repressione dei reati mediante l’applicazione delle pene, esprime una marcata sensibilità per la tutela degli interessi penalmente protetti, ispirata a un finalismo repressivo di stampo securitario e politico-criminale, con la tendenza a estendere i confini delle disposizioni.

⁵ L’icastica espressione è stata ampiamente impiegata dalla Corte costituzionale nell’importante sentenza

previsioni anfibologiche, sfibrate, porose e indeterminate.

Tale auto-comprensione eccessivamente dilatata dei propri compiti⁶, lungi dal risolvere il problema dell'entropia nell'applicazione uniforme del diritto penale, ha aggravato il *deficit* di conoscibilità delle fattispecie delittuose e, dunque, di calcolabilità delle decisioni giudiziali.

Sulle cause genetiche di carattere endogeno⁷, segnatamente raccordabili, sotto plurimi aspetti, al decadimento qualitativo della *lex scripta* e alle prassi 'creatrici' e/o 'emendatrici' della giurisprudenza, si è innestato un ulteriore fattore di incertezza di carattere esogeno, ormai da tempo individuato nella c.d. *cross fertilization* tra le forze centrifughe della legalità *multilevel*, domestica e sovranazionale⁸.

Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24, § 3.3.1. ss., in *giurcost.org*, in tema di tassatività delle formule di pericolosità generica nelle misure di prevenzione.

⁶ Così HIRSCH H.J., *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, in *Festschrift für Tröndle*, Berlin, 1989, ora in KOHLMANN (a cura di), *Strafrechtliche Probleme*, Berlin, *Schriften aus drei Jahrzehnten*, Berlin, 1999, 112.

⁷ Sulle cause 'endogene' ed 'esogene' della c.d. crisi della legalità, cfr. GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 48 ss.

⁸ In via generale, l'espressione *multilevel* va sempre più guadagnando *allure* tra gli studiosi, ed allude ad una sorta di sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali, che in Europa coinvolge: il livello internazionale (rappresentato dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo); il livello sovranazionale in senso stretto (rappresentato dal sistema UE, dalla Carta dei diritti fondamentali UE e dalla giurisprudenza sui diritti della Corte di Giustizia), ai quali due livelli si aggiunge il livello di protezione interna dei diritti da parte della Corte costituzionale. In argomento cfr., *ex pluribus*, BARBERA A., *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in BILANCIA P.-DE MARCO E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti e momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, 89 ss.; FERRARI G.F., *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza: il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, 1 ss.; PANNUNZIO S., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 5 ss.; RUGGERI A., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, 4/2013; ID., *CEDU, diritto "europolitano" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Consulta online*, 19 aprile 2013; ID., *Sistema di fonti o sistema di norme? Le altalenanti risposte della giurisprudenza costituzionale*, in *www.giurcost.it*, 22 novembre 2012; ID., *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in *Quad. cost.*, 28 febbraio 2011; ID., *Dal caos delle fonti, secondo forma, all'ordine delle norme, secondo valore: note dolenti su un'annosa e spinosa questione*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di CARTABIA M., LAMARQUE E., TANZARELLA P., Torino, 2011, 467 ss.; ID., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *Rivista AIC*, 2008; PERNICE I., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, 511 ss.; SORRENTINO F., *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 79 ss. Ormai da tempo, il sistema *multilevel* della protezione giuridica ha interessato cospicuamente anche la letteratura penalistica. Senza pretesa d'esautività, cfr. PALAZZO F., [Legalità fra law in the books and law in action](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2016, 4 ss.; ID., *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyy c. Russia*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2018; DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 2197; ID., [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale \(A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro\)](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2015, 22; DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; ID., *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 83; PULITANO D., [Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2015, 323; PALIERO C.E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc.*

Tra le rinnovate declinazioni della legalità, la categoria della *prevedibilità* – in uno al progressivo interesse penalistico dalla stessa destato negli ultimi tempi – si inserisce proprio nella più ampia cornice del sistema eterogeneo delle fonti penali, con lo scopo precipuo di contribuire a governare gli esiti antigarantistici dell’incertezza applicativa nel diritto penale.

Anche tale aspirazione, tuttavia, va razionalmente governata. Occorre evitare che la sostituzione dei principi del diritto *flou*⁹, di matrice prevalentemente sovranazionale, a quelli della legalità ‘statica’ dell’ordinamento interno rivitalizzi una rinnovata forma di ‘autoreferenzialità’ ermeneutica, la quale sarebbe preoccupante non solo sul piano del rispetto del super-corollario della legalità – e cioè la riserva di *lex parlamentaria*, con il potenziale e definitivo approdo alla palingenesi dello *ius dicere* in fonte di produzione del diritto penale¹⁰ –, ma, ancor più gravemente¹¹, su quello della efficace salvaguardia

pen., 2014, 1109; MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; ID., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, in ID. (a cura di), Milano, 2011; ID., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015, 154; ID., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3/2017, 955 ss.; SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; VIGANÒ F., [L’adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2014, 167; ID., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. cost.* 2010, 2996; ID., *L’influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di “antigiuridicità” del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2009, 1068.

⁹ Cfr. DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l’homme*, Paris, 1986, *passim*; sulla logica fuzzy e flou nel pensiero della studiosa francese, cfr. PUPPO F., *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delams-Marty*, in *Criminalia*, 2009, 631 ss.

¹⁰ Sul difficile equilibrio tra la giurisprudenza come fonte e come formante, cfr., *ex multis*, PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015; MAZZA O., *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, f. 5/2012, 3464 ss. Non ritiene particolarmente rilevante la distinzione, invece, VIGANÒ F., *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *sistemapenale.it*, 19 gennaio 2021.

¹¹ Nella sistematica convenzionale, il *nullum crimen* occupa una posizione di primo piano, posto che, unitamente ai diritti sanciti all’art. 2 («Diritto alla vita»), art. 3 («Proibizione della tortura»), art. 4, § 1 («Proibizione della schiavitù»), si iscrive tra gli *inviolable core rights*, ossia quel «nucleo duro» che non ammette alcuna deroga, neppure in «caso di guerra [...] o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» (cfr. art. 15, § 2 CEDU); sul punto, cfr. MANES V., *Commento all’art. 7*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., Padova, 2012, 259, il quale rammenta come il principio sia apertamente riconosciuto e costantemente ribadito non solo come «principio generale del diritto, ma anche come un “essential element of the rule of law”, tale da ricoprire “a prominent place in the Convention system of protection” (ex plurimis, cfr. Corte EDU, *Liivik c. Estonia*, 25 giugno 2009, § 92, in www.echr.coe.int/echr.en/hudoc). Per un’interessante recente affermazione dell’inderogabilità assoluta nell’ambito del diritto penale interno – con la sola eccezione di cui all’art. 7, § 2 CEDU, la quale rimanda alla c.d. Formula di Radbruch – dell’irretroattività come corollario della legalità penale convenzionale, cfr., da ultimo, GATTA G.L., [‘Lockdown’ della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito](#), in *Sist. pen.*, 4 maggio 2020, il quale, pur escludendo che la prescrizione del reato ricada nell’ambito del principio del *nullum crimen*, evidenzia tuttavia come l’applicazione retroattiva della sospensione della prescrizione prevista dalla normativa c.d. *anti-Covid* non possa certo essere guadagnata mediante il depotenziamento del principio convenzionale dell’irretroattività nelle situazioni di grave emergenza, come quella determinata dall’eccezionalità pandemica Covid-

delle inderogabili esigenze garantistiche del *nullum crimen*.

In effetti, se in tale frastagliato contesto si assiste all'attuale consolidamento della categoria penalistica della *prevedibilità* della decisione giudiziale – nozione intesa a sanare le violazioni del *nullum crimen* mediante l'interdizione dell'applicazione retroattiva o cripto-retroattiva del diritto penale non ragionevolmente prevedibile, e collocata ormai al centro della più aggiornata riflessione penalistica –, non sempre, nel tumultuoso e convulso stato della giurisprudenza e degli studi, se ne assume in senso univoco e omogeneo il riferimento giuridico-semantic.

Taluni appunti che offrano un lessico di base sul tema potrebbero quindi poter proficuamente contribuire – si auspica – ad alimentare il dibattito scientifico, quotidianamente impegnato tra i quasi ingovernabili flutti della legalità contemporanea.

Ciò è quanto mi riprometto nel presente scritto.

2. Il 'tempo ciclico' della *prevedibilità* tra diritto interno e sovranazionale.

La nozione di 'prevedibilità' nel diritto penale¹² – sovente accostata in termini di equipollenza semantica a quella, più appropriata e specifica, di 'prevedibilità della decisione giudiziale'¹³ (locuzione d'ora in poi sintetizzata anche con il solo lemma *prevedibilità*) – ormai da tempo costituisce un aspetto cruciale e 'trasversale', assunto al rango di autentico principio, della riflessione penalistica.

correlata: "Una via d'uscita dall'*impasse* – è bene chiarirlo subito – non può essere individuata invocando una deroga al principio di irretroattività. Si tratta infatti, pacificamente, di un principio "assolutamente inderogabile" (così, ad es., Corte cost. n. 394/2006). Leggi eccezionali e temporanee possono derogare al principio di retroattività della *lex mitior*, come stabilisce l'art. 2, co. 5 c.p. Solo quel diverso principio, infatti, è derogabile nei limiti della ragionevolezza (cfr., tra le molte, Corte cost. n. 394/2006). Il principio di irretroattività *in malam partem* non tollera invece deroghe: è un fondamentale e irrinunciabile principio di civiltà del diritto che «erige un bastione a garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo» (così Corte cost. n. 32/2020). E tra i possibili abusi, da sempre, vi è proprio il pretesto di fronteggiare questa o quella emergenza. Non a caso, nella prospettiva del diritto dei diritti umani, l'art. 15 della Cedu annovera il *nullum crimen nulla poena sine previa lege, ex art. 7 Cedu*, tra i diritti che non ammettono deroghe *nemmeno* "in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione".

¹² Per una tematizzazione molto estesa ed 'inclusiva' della nozione di prevedibilità, cfr., da ultimo, il lavoro monografico di NAPPI A., *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo a un'indagine sistemica*, Napoli, 2020, 1-692, il quale dedica alla 'prevedibilità' secondo l'accezione qui recepita la Parte VI, 447-581.

¹³ Quasi tutti i contributi della scienza penalistica in proposito seguono tale terminologia definitoria: cfr. VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in PALIERO C.E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G., INSOLERA G., PELISSERO M., RAMPIONI R., RISCATO L. (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, Napoli 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016, 213-265. In altri casi, pur concettualmente elaborata la trattazione raccordando la prevedibilità all'esito giudiziale, si ricorre, a mo' di brachilogia, all'espressione 'prevedibilità del diritto', o 'prevedibilità del divieto': cfr. MANES V., CAIANELLO M., *Introduzione al diritto europeo. Fonti metodi, istituti, casi*, Torino 2020, 261 ss., spec. 271; lo stesso schema lessicale segue CASTRONUOVO D., *Clauseole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. Giust.*, 2018, n. 4, 45 ss., in cui lo studioso, peraltro, raccorda, secondo l'ormai dominante cifra ermeneutica dell'interpretazione giuridica, la nozione di norma penale alla 'fusione' della disposizione normativa con la sua applicazione concreta.

Una nozione (o categoria) e un principio¹⁴.

Essa si pone all'intersezione, nella teoria e nella prassi dell'esperienza punitiva, di plurime prospettive di indagine: dai differenti livelli gerarchico-normativi delle fonti dell'ordinamento penale al versante teorico-generale riferito alle diverse cifre dell'interpretazione, in specie penalistica¹⁵; dai problemi dei rapporti multilivello¹⁶ tra fonti interne e sovranazionali in senso lato¹⁷ alle implicazioni costituzionali o *sub*-costituzionali del principio¹⁸; dalla limitazione della sua rilevanza nell'esclusivo

¹⁴ Sulla struttura, anche normativa, dei principi, sulla loro 'assiologizzazione', nonché sulla distinzione tra regole e principi, cfr., *ex plurimis*, PINO G., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2012, 74 ss.; TUZET G., *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Bari, 2010, 84-89; BOGDANDY A. von, *I principi fondamentali dell'Unione Europea*, Napoli, 2011, 34, il quale rammenta, alla stregua della struttura astrattizzante dei principi, come esista "una funzione che una qualsivoglia dottrina giuridica dei principi *non* può svolgere, vale a dire la determinazione di quello che è legale o illegale nel singolo caso concreto [...]. La soluzione di un conflitto tra principi non può essere predeterminata né scientificamente né giuridicamente, può però essere strutturata [...]. Scaturisce da qui la ragione dell'insoddisfazione manifestata da taluni nei confronti delle dottrine dei principi. Non si danno risposte fisse, ma si forniscono solo ulteriori argomenti: un incubo per chi cerca soluzioni facili e veloci". Per la proiezione assiologica dei principi, nello specifico del diritto penale e della legalità costituzionale e convenzionale, cfr., in particolare, DI GIOVINE O., *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in PALIERO C.E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G., INSOLERA G., PELISSERO M., RAMPIONI R., RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., 181-185, ed ulteriore letteratura ivi richiamata.

¹⁵ Cfr., senza pretesa d'esaustività, e rinviando *ivi* per ulteriori indicazioni bibliografiche, DONINI M., *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, 2019, Fasc. II, 45-79; ID., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, I-XV, 1-211; DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2008; ID., *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 93 ss.; ID., *Tra analogia e interpretazione estensiva, A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, 355 ss.; ID., *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 267 ss.; ID., *Il cielo dei concetti: definizione del senso delle parole e delle proposizioni nel diritto penale*, in *Quaderni Fiorentini*, 2012, 837 ss.; ID., *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, cit., 145-188; ID., «Salti mentali». *Analogia e interpretazione nel diritto penale*, in *Quest. Giust.*, 2018, 55 ss.; RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in ID., *Scritti patavini*, Tomo II, Torino, 2017, 1111 ss.

¹⁶ Cfr. la bibliografia *retro*, nota 8.

¹⁷ Per la nozione di diritto sovranazionale 'in senso lato', cfr. BERNARDI A., *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, in PALIERO C.E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G., INSOLERA G., PELISSERO M., RAMPIONI R., RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, cit., 9-91, spec. 10, nt. 1 e 48: "nel nostro ordinamento si distingue tra fonti internazionali (CEDU anzitutto) cui ci si deve conformare ai sensi dell'art. 117 Cost. e fonti *stricto sensu* sovranazionali (diritto UE) cui ci si deve conformare ai sensi dell'art. 11 Cost. In relazione alle fonti del primo tipo (anch'esse peraltro, come ricordato in apertura, riconducibili al concetto di sovranazionalità in senso lato) [...]"; cfr., ancora sul piano definitorio circa la distinzione tra diritto sovranazionale e internazionale, GUASTAFERRO B., *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni evolutive e giunture ordinamentali*, Torino 2013, 13 ss.

¹⁸ Da ultimo cfr., per un ricco e pregevole affresco delle implicazioni costituzionali del quadro di tutela multilivello dei diritti, MANES V., NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, I-XVI, 1-604, anche per gli amplissimi riferimenti bibliografici.

perimetro della c.d. *matière pénale*, convenzionale o costituzionale¹⁹, alla sua possibile estensione anche in quello, più ampio, del diritto *lato sensu* sanzionatorio (in quanto tale comprensivo del diritto punitivo amministrativo, delle misure di sicurezza e di prevenzione, *et similia*)²⁰.

Il tema è divenuto straordinariamente vasto, quasi disorientante ove se ne considerino tutti i correlati plessi problematici.

Anteporrò al 'glossario' ripromessomi alcune considerazioni di fondo, concernenti le origini e ricadute, nel nostro ordinamento, della categoria, curando di riprendere più distesamente il ragionamento nei successivi paragrafi.

La *prevedibilità*, nel corso degli ultimi lustri, sembra avere esperito un 'tempo ciclico', percorrendo un moto pendolare tra diritto interno e diritto sovranazionale, caratterizzato da tre fasi: una fase 'ascendente', segnatamente rappresentata dall'originaria enucleazione 'domestica', sia pure *in nuce*, del principio con la sentenza costituzionale n. 364 del 1988²¹ (all'epoca configurata quasi esclusivamente come *conoscibilità* del divieto penale) fino alla proiezione sovranazionale dello stesso nella giurisprudenza della Corte EDU; una fase di consolidamento concettuale e giuridico, con la più decisa maturazione del formante giurisprudenziale europeo sull'art. 7 della CEDU, e l'elaborazione di più analitici criteri intesi a esprimere il significato della legalità penale sovranazionale nei requisiti della *accessibilità* e, appunto, della *prevedibilità*; una fase discendente – forse, nella presente congiuntura storica, la più critica –, raccordabile alle modalità di recepimento, nell'ordinamento interno, della *prevedibilità* guadagnata sul piano sovranazionale²².

L'escursione, quindi, non solo si presenta complessa sul piano storico-giuridico, ma altresì, implicando sovrapposizioni tra differenti tradizioni giuridiche e di 'linguaggio' penalistico, impone la necessità di comprendere il senso stesso delle parole utilizzate nel flusso circolatorio dei diversi modelli, in un quadro in cui le analisi comparatistiche acquisiscono, di conseguenza, eminente rilievo²³.

¹⁹ Sulla distinzione cfr., *ex pluribus* e per ulteriori riferimenti bibliografici, AA.VV. (DONINI M.-FOFFANI L. (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, I-XVII, 1-492; MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, I-XIII, 1-251.

²⁰ Sul tema del c.d. *ne bis in idem* sanzionatorio, con sguardo corale e anche per ulteriori rimandi bibliografici, cfr. di recente SILVA C., *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, I-XII, 1-371.

²¹ Cfr. Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, il *Foro it.*, 1385 ss. Sulla sentenza la bibliografia è amplissima, e potrà consultarsi, tra i lavori monografici più recenti, in LANZIM., in *Error iuris e sistema penale*, cit., *passim*; volendo, cfr. CARUSO G., *Ignoranza ed errore sulla legge penale*, in RONCO M. (a cura di), *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2ª ed., 2011, 775-858.

²² Si coglie in modo molto nitido il moto pendolare sopra indicato nei più recenti lavori monografici che hanno messo a tema, tra l'altro, proprio la nozione di *prevedibilità-calcolabilità* della decisione giudiziale. Ricordo qui le seguenti tre ricche ricerche: LANZIM., *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino 2018, I-X, 1- 408, spec. 49-64; PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, *passim*, spec. 205 ss.; MASSARO A., *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, *passim*, spec. 152 ss.

²³ Sulla circolazione dei modelli, d'obbligo è il richiamo degli studi di SACCOR., voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, *Digesto civ.*, vol. 2, Torino, 1988, p. 368; sulla riflessione di Rodolfo Sacco, in generale, cfr. SOMA A., *Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Politica*

Più nel dettaglio, la *prevedibilità* ‘in senso stretto’ (cfr. *infra*, § 3), originatasi nell’ordinamento penale interno nella zona prossimale del moto pendolare, assume uno specifico inquadramento dogmatico e sistematico, innervando il senso della c.d. colpevolezza normativa, secondo una prospettiva – come noto – comunque, dogmaticamente e sistematicamente, ‘astrattizzante’ (cfr. *infra*, § 4).

Nella fase distale del moto, invece, la *prevedibilità* convenzionale sovranazionale riveste la qualifica di *diritto umano* (*asseritamente*) *violato* (cfr. *infra*, § 5), con rilevanti conseguenze giuridico-concettuali: (a) come *diritto umano* tutelato a livello sovranazionale, essa viene ricondotta alla specifica e irripetibile sfera giuridica del singolo ricorrente; (b) di conseguenza, tende a ‘soggettivizzarsi’, quasi a cucirsi ‘sartorialmente’ sulle capacità e competenze professionali, cognitive ed esperenziali del soggetto che lamenta la violazione del proprio diritto (il singolo si duole della violazione della – in certo senso – ‘sua’ prevedibilità); (c) alla delimitazione soggettiva si accompagna poi la tendenza alla *massimizzazione* degli *standard* di tutela del principio, alla stregua di una protezione “*behind the appearances at the realities of the situation*”²⁴ (cfr. *infra*, § 6); (d) inoltre, l’esigenza di completezza nella salvaguardia del diritto alla *prevedibilità* si estende ben oltre il *Sollen* normativo, progressivamente occupando, da un canto, il più vasto perimetro della c.d. *matière pénale* e, da un altro, la fase sia commisurativa, sia esecutiva nello *ius puniendi* (cfr. *infra*, § 7).

Nella fase di rientro del moto nell’ordinamento interno, la *prevedibilità* richiede, oltre alla ‘ricollocazione’ tra le ‘stanze della dogmatica’ in seno al modello continentale di *civil law*, l’identificazione dei contesti esposti maggiormente al rischio d’incrinatura assiologica e applicativa della stessa, tra i quali – come da molti ormai riconosciuto anche a seguito di meritori studi non più giudicabili come avveniristici²⁵ – va annoverato quello del contrasto o mutamento giurisprudenziale.

del diritto, fasc. 1/2015, 105-134; per una preziosa tematizzazione penalistica di Rodolfo Sacco e della Scuola comparatistica trentino-torinese, cfr. LICCI G., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2014², *passim* e, con riferimento al criptotipo della retroattività della giurisprudenza imprevedibile, spec. 253-271.

²⁴ Cfr. Corte EDU, *Welch c. United Kingdom*, 9 febbraio 1995 (1/1994/448/527), in *Publications del la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 1995, Série A., vol. 307, 1 ss., § 27 ss. – 34 (in *Legisl. Pen.*, 1995, 522), in www.echr.coe.

²⁵ Grande merito va riconosciuto ad Alberto Cadoppi, studioso che per primo ha illustrato un ampio affresco dei problemi che il contrasto tra le interpretazioni giurisprudenziali provoca nell’ordinamento penale. In proposito, cfr. la monografia, riedita ed aggiornata, CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014², *passim*. L’Autore, con pregevole apertura sistematica e dogmatica, si è occupato del valore del precedente nel nostro sistema penale anche in scritti successivi, tra i quali si menziona ID., *Giurisprudenza e diritto penale*, in AMBROSETTI EM., *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 33 ss. (scritto pubblicato anche in *Dig. Disc. Pen.*, IX aggiornamento, 2016). Nella *Prefazione* all’edizione del 2014, lo studioso, a proposito della prima pubblicazione della ricerca, rileva: “Ragionare in simili termini, e ipotizzare siffatte soluzioni *de lege ferenda*, poteva sembrare allora – mi si permetta la voluta esagerazione – un delirio scientifico, un’elucubrazione teorico-dottrinale priva di futuro e di plausibile riscontro nella realtà operativa” (*Prefazione*, XV).

3. La prevedibilità come principio ‘non bilanciabile’.

Se davvero si intende ‘tesaurizzare’ la vigoria acquisita a Strasburgo dalla *prevedibilità*, occorre coinvolgere l’impegno della scienza giuridica, in generale, e di quella penalistica, in particolare.

Sul piano teorico generale, è necessario impedire che il ragionamento condotto attraverso le categorie epistemiche del c.d. *diritto mite* sia ulteriormente depotenziato dall’‘insensibilità’ del potere giudiziario. La *prevedibilità*, nel suo pregnante senso garantistico, non va fatta sfiorire tra *calembours*, litoti e circonlocuzioni linguistiche, tanto apparentemente neutre nel fluire delle motivazioni delle sentenze, quanto sostanzialmente impietose nello stroncare l’autentico ruolo garantistico del *nullum crimen*.

Di qui alcuni *caveat*.

Va anzitutto detto che la *prevedibilità* merita apprezzamento sul piano *positivo* della predicabilità effettiva, come *ragionevole prevedibilità* della decisione giudiziale, non come *difetto di imprevedibilità* o, addirittura, di *assoluta imprevedibilità* (cfr. *infra*, § 8). Poi, occorre osservare come non sia metodologicamente appropriato, al fine di assicurarne un adeguato soddisfacimento, la troppo spesso istituita ‘corrispondenza biunivoca’, almeno sul piano funzionale, tra *nomofilachia* e *prevedibilità*.

Sul punto, il quadro è davvero complesso, e consente solo di esprimere talune notazioni di fondo.

L’uniformità e costanza dell’interpretazione giurisprudenziale – la c.d. *nomofilachia*²⁶ – non è un ‘valore’ esattamente sovrapponibile a quello della *prevedibilità* soggettiva, secondo la sua origine e il suo consolidamento significativo. L’interpretazione evolutiva, infatti, anche nel diritto penale, gli scarti e gli scostamenti tra testo e interpretazione – secondo le acquisizioni dell’ermeneutica giuridica ormai ampiamente recepite anche dal penalista²⁷ –, vuoi sul piano sincronico, vuoi su quello diacronico, non costituiscono di per sé distorsioni che il diritto penale non possa permettersi. Né è opportuno, a fonte dell’avvertita e ragionevole esigenza di un mutamento giurisprudenziale, auspicare che il legislatore, troppo spesso già inadeguato ai propri compiti, intervenga ‘ad ogni stormir di fronde’.

La *prevedibilità*, tuttavia, è cosa altra – per quanto ‘affine’– rispetto alla *nomofilachia* e alla certezza del diritto (cfr. *infra*, § 9).

La *prevedibilità* è una garanzia della persona intransigibile anche laddove sia - nella vita, nel tempo, nello spazio e tra le comunità raccolte nell’ordinamento - auspicabile il *revirement*, addirittura l’*overruling*, o la traduzione nelle sentenze, ad esempio, delle istanze manifestate dai mutamenti della sensibilità sociale o dai progressi

²⁶ Sul valore della *nomofilachia*, cfr. CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, fasc. 2/2017, 21-28, nonché, anche in relazione alla modifica dell’art. 618 c.p.p., con l’introduzione di un vincolo ‘morbido’ al precedente, ancora ID., *La funzione nomofilattica fra dissenting opinion ed esigenze di trasparenza*, in *discrimen.it*, 16 marzo 2020.

²⁷ In proposito, cfr., anche per ulteriori richiami alla letteratura penalistica, DONINI M., *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, cit., *passim*, nonché bibliografia indicata *supra*, nota 15.

– indipendentemente da ciò che se ne pensi sul piano filosofico o assiologico – nell’età della tecnica’. Ma se la *nomofilachia* va bilanciata anche con un plesso articolato di interessi, valori e principi dell’ordinamento, lo stesso – nel settore del diritto in cui esseri umani decidono legittimamente della sofferenza di altri esseri umani (e cioè nel diritto punitivo) – non può accettarsi per la *prevedibilità*, poiché la garanzia e la libertà del singolo contro inaspettate torsioni *in malam partem* dell’interpretazione giurisprudenziale non si possono bilanciare.

Da tale angolazione, il compito del formante dottrinale potrebbe articolarsi non solo *de iure condito*, come spesso è stato meritoriamente fatto attraverso pur preziosi – ma inascoltati – moniti di ‘deontologia ermeneutica’²⁸ a beneficio dell’*esatta applicazione* e dell’*uniforme applicazione* della legge penale –, ma anche ipotizzando coraggiose prospettive *de iure condendo*, traendo ad esempio ispirazione, mediante un’ulteriore ‘circolazione di modelli’, dalle tecniche garantistiche esperite e collaudate nei Paesi di *Common law*, quali le troppo spesso solo evocate tecniche del *prospective overruling* o dell’*absolute discharge*²⁹. Certo, con ogni dispositivo di adattamento interno che proprio la scienza penale dovrebbe farsi carico di suggerire, individuare ed utilizzare, ed esigendo che allo stesso modo operino legislatore e giudici.

Sia sufficiente, per il momento, proporre una sorta di lessico di base, un ‘glossario’ giuridico, di merito e di metodo, utile alla riflessione penalistica sulla *prevedibilità* della decisione giudiziale in materia penale.

4. *Prevedibilità ‘in senso lato’ e prevedibilità ‘in senso stretto’.*

La categoria della *prevedibilità* è multiforme, potendo essere intesa perlomeno in una duplice accezione: come prevedibilità del diritto, della legge penale, del divieto, del precetto, *et similia*, alla stregua di una declinazione ‘astrattizzante’ in senso lato, che molto spesso ha impegnato e impegna le riflessioni gius-filosofiche³⁰, in generale, e penalistiche, più in particolare.

Sotto tale profilo, la *prevedibilità* – qui detta – in senso lato assume, in realtà, un significato oggettivo-sistematico e non già soggettivo, più affine quindi a quello di

²⁸ Cfr. MANES V., *Dalla ‘fattispecie’ al ‘precedente’: appunti di deontologia ermeneutica*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018; in una prospettiva di deontologia interpretativa a beneficio dei diversi formanti interni è rivolto, ci sembra, anche lo studio di VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., spec. 237 ss.

²⁹ Per la rivisitazione ‘penalistica’ di tali tecniche, anche con indagini di tipo comparatistico, cfr. PERRONE D., *Nullum crime sine iure*, cit., 275 ss.; per una più ampia prospettiva comparatistica, cfr. PIN A., *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angolomericana e il diritto sovranazionale europeo*, Milano, 2017, spec. 35 ss., nonché EISENBERG M.A., *La natura del common law*, Milano, 2010 (traduzione e postfazione di Massimiliano Granieri), e, sulla tecnica del *prospective overruling*, spec. 188 ss.

³⁰ Sul punto, cfr. CASA F., *Tre modi di dire «(in)certezza del diritto»*, in www.lircocervo.it, *Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello Stato*, 2018, spec. § 2, intitolato *La certezza come prevedibilità*, 12-23; IRTI N., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2016, 922 ss., e GOMETZ G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, spec. 25-51.

certezza del diritto.

Sennonché, già alla mera considerazione della struttura logico-semantiche dell'espressione, mentre il divieto racchiuso nella fattispecie incriminatrice può, a stretto rigore, essere solo conosciuto, ignorato o equivocado – e non certo *impreveduto* –, la *prevedibilità* può avere a proprio esclusivo oggetto la rappresentazione soggettiva di una situazione collocata temporalmente nel futuro³¹.

Quindi, meglio esprimersi in termini di prevedibilità *in senso stretto*, la quale ha ad oggetto la futura decisione giudiziale di condanna, il principio dovendo costituire una garanzia del singolo contro una *decisione punitiva* 'imprevedibile' o, meglio ancora, non 'ragionevolmente prevedibile'.

Il consolidamento concettuale di tale principio ha espresso il tentativo di rispondere alla progressiva 'dilatazione' di un quesito tanto semplice, quanto cruciale, addirittura fondante, per ogni riflessione penalistica. La versione-base del suddetto interrogativo – sfrondata, ovviamente, di ogni impropria banalizzazione processual-probatoria sul fatto³² –, va così formulato: può una persona essere *punita* senza che ciò fosse per la stessa *qualificatamente* 'prevedibile' al momento del comportamento tenuto?

In proposito, e cioè a riguardo di quella che sembra potersi definire, appunto, come c.d. *prevedibilità* in senso stretto, è d'obbligo rammentare il contributo di Francesco Viganò, studioso – oggi Giudice costituzionale – che per primo, in Italia, ne ha proposta una trattazione autonoma rispetto alle (numerossime e ulteriori) già richiamate e complesse 'contaminazioni' tematiche. L'Autore, in occasione del già evocato Terzo Convegno dell'Associazione Nazionale dei Professori di diritto penale³³, teneva un

³¹ L'annotazione, apparentemente banale, si impone posto che non pochi sono gli studi che, come testé rammentato, probabilmente avvalendosi di espressioni brachilogiche, si riferiscono alla *prevedibilità* del 'diritto', o del 'diritto penale', o addirittura della 'legge penale' o del 'divieto'.

³² Occorre, infatti, non banalizzare il riferimento alla 'prevedibilità' dell'esito giudiziario: è risaputo che prevedere cosa o come deciderà il singolo giudice è ai limiti della possibilità, come comprovato da un'autentica folla di brocardi: da *habent sua sidera lites a tot capita, tot sententiae* (cfr. VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., 211). Qui non si discute di prevedibilità di 'come andrà il processo' - domanda, come noto, molto spesso rivolta dagli inquisiti ai propri difensori -, bensì di comprendere quale sia il limite della 'ragionevole prevedibilità dell'interpretazione giuridica' da parte del giudice, e cioè della riconduzione del fatto al 'tipo'. Coglie nitidamente la complessità del tema, evidenziando la possibile equivocità del richiamo alla *prevedibilità*, DONINI M., *Fattispecie o case law?*, cit., 85: "La prevedibilità della decisione su un caso è quanto di più problematico, di più incerto dell'esperienza processuale, perché il caso concreto, il caso processuale è frammisto di numerosi problemi sostanziali e processuali appunto, la cui decisione può offrire alle parti e al giudice aspetti risolutivi del tutto imponderabili *ex ante*: divieti probatori, inutilizzabilità di prove o atti, condotte sopravvenute, interpretazioni e leggi nazionali e non, condoni, trasformazione consistente della lettura degli atti attraverso le prove sopraggiunte nel frattempo e nuove qualificazioni dei fatti, la sostituzione di un giudice, il mutato clima 'politico' [...] Prevedibile deve essere il diritto (legge+interpretazione), mentre la sua applicazione al caso e l'intreccio di questa applicazione con altri aspetti storico-processuali presenta margini di incertezza assai maggiori"; Sul punto, cfr. anche SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193 ss.; BERNASCONI C., *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, 193 ss.

³³ L'intervento, aggiornato, è stato pubblicato tra gli Atti del Terzo Convegno del 7-8 novembre 2014, cfr. VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 213-265. Dopo quell'intervento, la dottrina avrebbe iniziato a mettere a tema metodicamente la questione della 'prevedibilità'; per una rassegna di studi – certo incompleta considerata la rapidità del fiorire di nuovi

intervento dal titolo, icasticamente significativo, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*.

Da allora, l'individuazione specifica del significato e del ruolo della c.d. *prevedibilità* dell'esito giudiziale nella scienza penalistica italiana sarebbe stata sempre più oggetto di studio, la *prevedibilità* esprimendo, a ogni livello dell'ordinamento interno, un "imperativo da perseguire da parte del sistema penale nel suo complesso"³⁴.

5. La *prevedibilità* nella 'coralità' del torto penale: un *prius* necessario delle conseguenze sanzionatorio-afflittive a carico del soggetto.

Una seconda nota qualificatoria va raccordata all'inquadramento teorico-generale della *prevedibilità* nel diritto penale nazionale, cercando di individuare in quale 'anello' della catena che correla il comportamento umano all'attuazione della pretesa sanzionatoria essa si collochi.

Può affermarsi che, nell'ambito dell'ordinamento interno, la *prevedibilità* scaturisca dal rafforzamento del 'sinallagma' tra dimensione oggettiva e soggettiva della legalità penale³⁵. Invero, già da tempo si è acquisita consapevolezza del fatto che la vocazione garantistico-individuale del principio di legalità³⁶, secondo lo specifico

contributi sul tema – cfr., solo negli ultimi anni, il numero dedicato di *Quest. Giust.*, 2018, *Una giustizia (im)prevedibile? Il dovere della comunicazione*, con scritti, sul versante penalistico, di CASTRINUOVO D., *Clause generali e prevedibilità delle norme penali*, ivi, 45-54; DI GIOVINE O., «Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale, ivi, 55-67; SOTIS C., 'Ragionevoli prevedibilità' e giurisprudenza della Corte EDU, ivi, 68-78; DONINI M., *Fattispecie o case law? La «prevedibilità del diritto» e i limiti della dissoluzione della legge nella giurisprudenza*, ivi, 79-101; ancora, sempre con specifico riguardo alla prevedibilità, cfr. SCEVI P., *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio garantistico?*, in *LP*, 6 novembre 2020; ADDANTE E., [Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà](#), in *Arch. pen.*, 2/2019 della rivista web; nel cartaceo, cfr. ID., *La prevedibilità europea in chiave nazionale: istruzioni per l'uso*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, 503-527; DE BLASIS S., *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2017, 128-159; CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, cit., CERFEDA M., *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle 'misure di polizia'*, cit. Ovviamente, nell'ambito di pregevoli e vaste trattazioni, il tema della prevedibilità si può trovare, vieppiù come corollario, insieme a quello dell'accessibilità, del *nullum crimen sine iure* convenzionale nei lavori dei maggiori esperti di diritto penale sovranazionale, e cioè, oltre a Francesco Viganò, in quelli – salve sempre possibili omissioni, delle quali ci si scusa – di Alessandro Bernardi, Massimo Donini, Giovanni Grasso, Vittorio Manes, Francesco Mazzacuva, Enrico Mezzetti, Valerio Napoleoni, Francesco Palazzo, Carlo Sotis, Vladimiro Zagrebelsky, et al.

³⁴ Così VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., 214.

³⁵ Sulla contaminazione di versante oggettivo e soggettivo della legalità, cfr., volendo, CARUSO G., *Ignoranza ed errore sulla legge penale*, cit., 795-797.

³⁶ Sulla differenza tra vocazione garantistico-individuale (irretroattività) e vocazione politico-costituzionale della legalità (riserva di legge), la letteratura è sterminata. Sia consentito limitarsi, anche per ulteriori riferimenti di letteratura, a VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *ED*, Annali, VI, Milano 2013, 371 ss.; ID., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino 2007, 1 ss.; RONCO M., *Il principio di legalità*, cit., spec. 5 ss. ove il Maestro patavino distingue il fondamento giuridico-penalistico da quello politico-costituzionale della legalità: "Nel principio di legalità sono comunemente ravvisate le esigenze di *certezza* (fondamento

corollario (pur sistematicamente iscritto, sul piano interno, nella cornice della teoria delle norme penali) temporale dell'irretroattività dello *ius puniendi*³⁷, costituisce lo strumento inteso ad assicurare che il singolo sia passibile di rimprovero esclusivamente per le proprie libere e consapevoli scelte d'azione. Che in tanto saranno tali, in quanto sussista, al momento della condotta, un qualificatamente adeguato formante normativo (sia esso legislativo, giurisprudenziale, o legislativo-giurisprudenziale) del divieto. Di qui, in prospettiva di garanzia e al fondo di una corale considerazione dell'esperienza punitiva, può affermarsi che l'esistenza, antecedente rispetto alla condotta, della 'norma'³⁸ penale contenente il divieto o l'obbligo, unitamente alla sua 'conoscibilità' e 'intelligibilità' da parte del destinatario, non costituiscono un fine in sé dell'ordinamento, bensì solo il mezzo attraverso il quale garantire la 'prevedibilità' delle conseguenze punitive.

Ma anche la *prevedibilità*, a propria volta, non costituisce un fine in sé dell'ordinamento penale.

All'ordinamento penale non deve, né può, interessare – sul piano delle garanzie individuali – l'istituzione di un generico dovere informativo in capo al singolo³⁹, il

giuridico/penalistico), nonché di *garanzia* del cittadino dagli arbitri del potere esecutivo e del potere giudiziario"; nello stesso senso, cfr., altresì, PALAZZO F., [Il principio di legalità. Tra Costituzione e suggestioni sovranazionali](#), in [lalegislazionepenale.eu](#), 29 gennaio 2016, il quale così ricorda una limpida suggestione di Piero Calamandrei: "egli dice: «nello stampo della legalità si può colare oro o piombo». Al piombo della legalità fascista si doveva ora sostituire l'oro della legalità costituzionale". Che il principio di legalità presenti caratteristiche ambivalenti – storicamente accentratrici del potere dello Stato, e del potere legislativo su quello esecutivo e giudiziario nella cornice del principio di divisione dei poteri, da un canto, e di garanzia del singolo nei confronti dei poteri dello Stato, da un altro canto – è acquisizione ormai unanimemente riconosciuta dai più eminenti studiosi del diritto penale. Se, infatti, per solito ne vengono fatti risaltare i meriti umanitari contro gli arbitri dell'Antico Regime – alla sequela delle rivendicazioni dei circoli illuministici via via consacratisi nelle moderne codificazioni –, non va trascurato che la legalità penale, con il primato indiscutibile e inflessibile della *dura lex*, ha costituito anche l'espressione del volto arcigno del potere. Sarebbe cioè sempre incombente "il trapasso da una legalità che salvaguarda prioritariamente la certezza del diritto [...] a una legalità basata sull'assoluto primato dello Stato" (così ancora RONCO M., *Introduzione*, in KOSTORIS R.E., (a cura di), *Percorsi giuridici della post-modernità*, Bologna, 2016, 224); sul punto cfr. ancora, volendo, CARUSO G., *Post-modernità e legalità penale. A proposito di 'legalismo' interno e 'creazione giurisprudenziale' sovranazionale*, in BERTOLISSI M. (a cura di), *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, 2019, 71 ss.

³⁷ Sul tema, cfr. AMBROSETTI E.M., *La legge penale nel tempo*, in M. RONCO – E. M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016, 303 ss.

³⁸ Va ribadito: per 'norma' o formante normativo, nel presente contesto, si intende la disposizione interpretata e applicata nell'esperienza giudiziaria, secondo la notissima distinzione di CRISAFULLI V., voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Torino, 1964, 207, che poi sarebbe stata ampiamente recepita dall'ermeneutica, anche penalistica, contemporanea; sul piano degli studi penalistici, cfr. DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 63 ss., nonché, per talune ulteriori preziose specificazioni, ancora ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3, 2016, 13 ss., spec. 17, nt. 16; cfr., volendo, anche CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, spec. 126 ss.

³⁹ Se non dal punto di vista general-preventivo della diffusione ed efficacia motivazionale del 'messaggio penalistico', esigenza di politica criminale senz'altro molto significativa, ma non certo rilevante nella prospettiva garantistica in cui qui ci si colloca.

‘prevedere’ per il ‘prevedere’ in sé, quasi che il *law enforcement* fosse ispirato dalle esigenze ‘formative’, ‘contemplative’ e ‘cognitive’ del destinatario del precetto. Avvalendosi delle strutture ‘deontiche’ in uso alla teoria generale del diritto, lo Stato, in prospettiva di garanzia della persona, è tenuto ad assicurare la *prevedibilità* non in quanto ‘dovere’, ma – in certo senso – quale ‘onere’, e cioè solo qualora, e fintanto che, intenda legittimamente ascrivere conseguenze sanzionatorio-afflittive a carico del consociato.

Sul piano delle garanzie, gli ‘anelli’ della concatenazione da ‘mezzo’ a ‘fine’ progrediscono quindi al modo seguente: (1) l’istanza responsabilitaria penale richiede il rispetto del principio di personalità-colpevolezza normativa, e cioè che il reo sia rimproverabile per l’abuso della propria libertà di autodeterminazione; (2) la rimproverabilità presuppone la *prevedibilità* qualificata delle conseguenze sanzionatorie *lato sensu* punitive; (3) la *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie irrogande dal giudice richiede, a propria volta, la previa e qualificata conoscenza-conoscibilità della *norma* (legislativa, giurisprudenziale o legislativo-giurisprudenziale) penale imperativa; (4) la conoscenza-conoscibilità della norma penale imperativa implica la previa esistenza, nell’ordinamento, della stessa.

Breve: se, sul piano dei contenuti, la *prevedibilità* racchiude un incremento ponderale di significati rispetto alla *conoscibilità* del precetto, essa nondimeno sembra esprimere un ulteriore sviluppo della colpevolezza-rimproverabilità soggettiva, e cioè il presupposto principale di ogni istanza di responsabilizzazione penale.

6. La *prevedibilità* come diritto umano (asseritamente) ‘violato’ nell’art. 7 CEDU e nella giurisprudenza di Strasburgo.

La complessità multilivello delle fonti, e la conseguente differenza tra le tradizioni giuridiche (*civil law* e *common law*) accomunate sotto la tutela della Convenzione EDU e del diritto dell’UE, hanno fin dall’origine imposto una declinazione della legalità penale altra rispetto a quella classica di origine tipicamente legislativo-continentale: il principio di legalità recepito in sede europea si è nutrito di senso al metro della prevalenza delle ragioni ‘garantistico-individuali’ della legalità su quelle radicate al fondo del ‘super-corollario’ della stessa, segnatamente rappresentato dalla *riserva di legge*. Si è assistito, in certo senso, a un mutamento *khuniano* di paradigma o sfondo problematico⁴⁰: dal principio di legalità informato alla riserva di legge proprio dei sistemi di *civil law* – finalizzato a salvaguardare il primato, nell’edificazione della legalità penale, del potere legislativo dalle ‘esuberanze’ dell’esecutivo e del giudiziario –, la legalità sovranazionale si struttura, fin dall’origine e direttamente, come ‘diritto umano’ (*nullum crimen sine iure*), assolvendo alla funzione di garanzia per il singolo di non essere ‘sorpreso’, *ex post*, da carichi sanzionatori non ragionevolmente prevedibili al

⁴⁰ Su tale mutamento *extra-paradigmatico* nel sistema reticolare delle fonti interne e sovranazionali, cfr. OST F., *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in VOGLIOTTI M. (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Estratti da *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2013, 29-48, spec. 35.

momento della condotta. L'ambito di operatività dell'art. 7 CEDU (e del 'quasi gemello' art. 49 CDFUE⁴¹) muove dalla sostanziale equiparazione del formante giurisprudenziale alla legge, espressione del sistema integrato tra sistemi di *civil law* e di *common law* tipica del sistema convenzionale ed eurounitario di tutela⁴².

Ne conseguono i requisiti dell'*accessibilità* e *prevedibilità* del diritto, 'legislativo' o 'giurisprudenziale'⁴³, i quali, con simmetria di rappresentazione, potrebbero esprimersi al modo della proporzione in matematica: l'esistenza della *lex-precetto* (in ambito interno) 'sta' all'*accessibilità* dello *ius-diritto* (in ambito sovranazionale) come la

⁴¹ Cfr. D'AMICO M., *Articolo 49*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A., Bologna 2001, 334 ss. Prescindono dalla finalità della presente trattazione le differenze tra il principio di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU, da una parte, e quello di cui all'art. 49 CDFUE, dall'altra. Sia sufficiente sottolineare come la Corte di Giustizia, nel riferirsi al principio di legalità di cui all'art. 49 CDFUE, adotti un accostamento *sostanzialistico* analogo a quello proprio della Corte EDU e che, in ogni caso, rileva la clausola di equivalenza di cui all'art. 52, § terzo, CDFUE (in forza della quale, laddove la Carta europea contenga "diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione"). Sul punto, cfr. la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, C-617/10, §§ 35, in cui, per stabilire la natura sostanzialmente penale delle sanzioni tributarie di cui era questione nel giudizio, sono stati utilizzati criteri del tutto sovrapponibili a quelli elaborati dalla Corte EDU a partire dal citato caso *Engel* (cfr. anche CG, *Bonda*, C-489/10, §§ 37). Cfr. BRANCACCIO M., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, 8 maggio 2014, testo consultabile sul sito www.cortedicassazione.it (Ufficio del ruolo e del massimario, settore penale). Sul tema, va inoltre segnalato che frequentemente si registrano fenomeni di *cd. judicial borrowing* tra la Corte di Giustizia e la Corte EDU; in riferimento al noto caso 'Taricco', cfr. BASSINI M., *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 1/2016.

⁴² Cfr. MANES V., *Commento all'art. 7*, cit., 258 ss., spec. 274; AA.VV., *Europa e diritto penale*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F. (a cura di), Milano 2013, GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., *passim*; BERNARDI A., *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, in AA.VV., *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., Padova 2001, 256 ss.; ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *Jus*, 17, 2009, 61 ss.

⁴³ Cfr. MANES V., op. ult. cit., 274: "posto che [...] il contenuto fondamentale del *nullum crimen*, nella declinazione che ne offre la Corte – EDU, n.d.r. – impone che siano garantite l'*accessibilità* (*accessibility*) e la *prevedibilità* (*predictability*) del comando legale, ne deriva che anche nell'ipotesi in cui il precetto sia di derivazione giurisprudenziale esso debba essere *foreseeable* e *predictable*, cioè debba rispettare dei criteri in cui le esigenze di certezza con istanze di colpevolezza/conoscibilità da parte dei consociati: con la conseguenza che anche l'interpretazione giudiziale deve soggiacere alla garanzia dell'irretroattività". Per quanto in particolare il requisito della 'prevedibilità' nel sistema giuridico della Convenzione EDU e della giurisprudenza di Strasburgo, ci sembra che tale mutamento paradigmatico si sia imposto più per ragioni funzionali che giuridico-epistemiche (diritto legislativo *vs.* diritto giurisprudenziale). Il principio di legalità penale europea di cui all'art. 7 CEDU, e la sua traduzione nel prisma specifico, in particolare, della 'prevedibilità', si offrono al giurista con le specifiche caratteristiche del 'diritto umano' meritevole di tutela, confluendo nel perimetro delle garanzie individuali del singolo nei confronti dello Stato (come la nomenclatura delle citazioni giurisprudenziali CEDU rende manifesto: *Privato vs. Stato Parte*). Ben più, quindi, della declinazione complessiva della nozione di 'diritto' penale recepita e attuata in sede sovranazionale, comprensiva di diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, e quindi onusta di contaminazioni tra *law in the books* e *law in action*, il principio di prevedibilità si radica quale diritto individuale di garanzia, inteso ad assicurare ai singoli libere scelte d'azione, autenticamente tali solo qualora il comportamento del consociato si realizzi in forza di una opzione scaturita dalla stima delle possibili conseguenze dell'agire.

conoscibilità della *lex-precetto* (in ambito interno) ‘sta’ alla *prevedibilità* delle sequele sanzionatorio-afflittive (in ambito sovranazionale).

La c.d. ‘fusione di orizzonti’ che caratterizza l’ibridazione della legalità penale tra sistemi di *civil law* e *common law*⁴⁴, connotato del sistema di protezione dei diritti CEDU, sospinge, tra più o meno acerbi entusiasmi e battute d’arresto, verso un progressivo mutamento della ‘sensibilità’ anche del giurista interno nella presa di coscienza del crescente ruolo svolto dal principio di *prevedibilità* degli esiti giudiziari.

In primo luogo, quindi, sul piano strutturale, in ambito convenzionale la *prevedibilità* è anzitutto un *diritto umano*.

Essa è considerata un diritto umano unitamente a quello, collocato sul piano ‘statico-gnoseologico’, della c.d. *accessibilità* del diritto, secondo le cadenze di tutela impresse dall’art. 7 CEDU in tema di *nullum crimen*⁴⁵. Il quale si compone di due paragrafi, il primo dei quali suddiviso in due periodi. Il primo⁴⁶ evoca una tutela sotto il profilo temporale sancendo il canone della *irretroattività* del ‘tipo’, avvalendosi della nozione di ‘diritto’, piuttosto che di ‘legge’; il secondo richiama la sequela sanzionatoria⁴⁷ – su cui la Corte avrebbe messo a frutto una lunga elaborazione giocando sul filo dei confini della c.d. materia penale – evitando che sulla sanzione influiscano i mutamenti, anche giurisprudenziali, in *malam partem*. Per certi versi, potrebbe affermarsi che mentre il primo periodo attiene alla c.d. *accessibilità* del divieto, il secondo riguarda la *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie.

In secondo luogo, è possibile un’ulteriore connotazione della *prevedibilità*, derivante ancora dalla marcata maturazione della stessa nel quadro dell’esperienza

⁴⁴ Per l’efficace espressione cfr. MANES V., *Common law-isation del diritto penale?*, cit., 970.

⁴⁵ Sul punto, cfr. VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 224-232, spec. 226, dove lo studioso, mettendo in evidenza l’esclusione dei corollari della legalità espressi dalla separazione dei poteri e dalla riserva di legge dalla tutela convenzionale, afferma: “Il fuoco della tutela apprestata dall’art. 7 CEDU sta altrove: in particolare, nell’interesse dell’individuo ad essere tutelato contro un esercizio del potere punitivo che non sia per lui prevedibile e calcolabile [...] nell’an così come nel *quantum*. *Accessibilità* (=conoscibilità) del precetto e *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie sono le parole chiave nella giurisprudenza pertinente di Strasburgo, che naturalmente legge il *nullum crimen, nulla poena sine lege* come *diritto* dell’individuo, anziché come ‘principio’ ordinamentale funzionale alla tutela di interessi pubblici (come la stessa separazione dei poteri, o la garanzia della funzione general-preventiva della norma penale, spesso evocate nel dibattito nazionale sul principio di legalità in materia criminale). Puntuale in proposito anche MANES V., *Common law-isation del diritto penale?*, cit., 956: “si intravede un *trend* dove i corollari della legalità – ‘principi’ spesso dotati di scarsa vincolatività ed in gran parte rimessi alla discrezionalità degli Stati o alle più o meno coraggiose decisioni dei tribunali costituzionali – rivendicano sempre più lo *status* di diritti fondamentali (il diritto alla *prevedibilità* della legge penale, all’applicazione della *lex mitior*, etc.), amplificando la propria portata nella prospettiva del *fair trial* un *trend* che appare del resto congeniale alla concezione ‘anglosassone’ del processo non come ‘celebrazione dell’ordine’ bensì come ‘sistema di regole’ a protezione dei singoli cui corrisponde un *preciso diritto soggettivo* – ed un presidio di libertà – a favore dell’imputato”.

⁴⁶ Nella traduzione italiana, art. 7, §1, primo periodo, CEDU: «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale».

⁴⁷ Nella traduzione italiana, art. 7, §1, secondo periodo, CEDU: «Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

giurisprudenziale della Corte EDU. In tale contesto, in modo solo apparentemente paradossale, rileva, prima ancora della protezione del diritto alla *prevedibilità*, la constatazione della sua, quantomeno asserita, violazione: la *prevedibilità* interessa all'ordinamento sovranazionale CEDU come *diritto umano (quantomeno asseritamente) violato*⁴⁸.

In terzo luogo, se la *prevedibilità*, come diritto tutelato in sede europea, risponde alla logica dell'*après coup*, e cioè alla constatazione *ex post* della sua violazione da parte degli organi giurisdizionali dello Stato, ciò non significa ovviamente che gli stessi, e gli Stati parte ai quali appartengono, non debbano assicurarne preventivamente la tutela già in sede interna, vuoi da parte della giurisdizione ordinaria, mediante le sempre più accelerate tendenze all'accertamento diffuso di costituzionalità⁴⁹, vuoi – se del caso – da parte del legislatore *de lege ferenda*.

In quarto luogo, e di conseguenza, la *prevedibilità* europea costituisce una categoria *asistemica*: essa non assume, in sé e per sé, valenza in tal senso, né di vincolo per il giudice o per il legislatore interno al modo dei principî o corollarî, rispettivamente, della *riserva di legge* o della *determinatezza-tassatività*. Ciononostante, al fine di essere adeguatamente recepita e di trovare efficace 'inveramento' nell'ordinamento interno⁵⁰, sarà compito del giurista nazionale procedere a una seria riflessione sulle più adeguate modalità del suo recepimento: da un lato, dopo l'accertamento delle violazioni in sede sovranazionale, occorre ad esempio rimeditare la portata e vincolatività delle c.d.

⁴⁸ Ovviamente, è possibile che la procedura di sentenza c.d. pilota (cfr. *infra*, nota 51) individui anche gli aspetti problematici che l'ordinamento interno deve rimuovere per corrispondere all'esigenza che non si ripetano situazioni analoghe a quelle giudicate dalla Corte di Strasburgo, con tutti i problemi interpretativi che corteggiano il tema e la consistenza degli obblighi di adeguamento. Ciò, tuttavia, non può che realizzarsi, quando ciò effettivamente avvenga, solo una volta constatata l'esistenza di un *diritto umano violato*.

⁴⁹ Per un ampio e documentato affresco relativo al decentramento del controllo di costituzionalità, da accentrato a diffuso, e sul 'declino' del giudizio incidentale di costituzionalità nell'attuale momento storico, cfr., anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, MANES V., *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del 'volto costituzionale' dell'illecito penale*, in MANES V., NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima*, cit., 1-48.

⁵⁰ Costituisce flagrante dimostrazione dell'insofferenza della giurisprudenza interna a recepire – almeno allo stato - le indicazioni provenienti da Strasburgo la nota vicenda Contrada, in relazione alla quale, da ultimo, cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza 24 ottobre 2019 (dep. 3 marzo 2020), n. 8544, Pres. Carcano, rel. Boni, ric. Genco, con nota di BERNARDI S., [Le Sezioni unite chiudono la saga dei 'fratelli minori' di Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes](#), in *questa rivista*, 11 marzo 2020. La sentenza, non ravvisando nei principi giuridici espressi da Corte EDU, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, *Contrada c. Italia*, in [www.echr.coe](#)) un 'diritto consolidato', né i requisiti formali della sentenza pilota o quasi-pilota, ha escluso qualsiasi effetto per i c.d. 'fratelli minori' di Contrada, e cioè per i condannati per concorso esterno in associazione di tipo mafioso per condotte antecedenti alla stabilizzazione dell'interpretazione giurisprudenziale consacrata con la sentenza delle Sezioni Unite 'Demitry' del 1994.

sentenze pilota⁵¹ o le resistenze da opporre al recepimento in forza dei c.d. controlimiti⁵²; da un altro lato, prima della violazione, di valutare – come già detto – se vi siano margini per adeguati interventi risolutivi dell'imprevedibilità delle decisioni giudiziali, non solo *de iure condito*, ma anche *de iure condendo*.

7. La prevedibilità in una logica di 'massimizzazione delle tutele' tra ordinamento

⁵¹ Come noto, la categoria delle sentenze c.d. pilota riscontra la seriale e strutturale violazione di garanzie fondamentali disposte dalla Convenzione, indirizzando allo Stato delle prescrizioni di carattere generale per la diffusa rimozione del deficit di garanzie. Origina nella giurisprudenza della Corte EDU (cfr. su tutte Corte EDU [GC], 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, 189-194; Corte EDU [GC], 19 giugno 2006, *Hutten-Czapska c. Polonia*, §§ 231-239, in *www.echr.coe*), e trova oggi un preciso fondamento normativo a seguito dell'introduzione dell'art. 61 (rubricato «*Procedura della sentenza pilota*») nel Regolamento della Corte EDU, avvenuta il 21 febbraio 2011. Cfr., ancora, Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, in particolare § 84, in *Dir. pen. cont.*, con nota di VIGANÒ F., *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in cui lo studioso nota come il combinato disposto degli artt. 1 e 46 CEDU indurrebbe a negare la stessa caratteristica della Corte EDU quale mero 'giudice del caso concreto', potendo presentare ogni decisione un carattere generale, nel senso di un obbligo, per lo Stato membro, di generalizzata rimozione della tipologia di violazioni accertata in sentenza; sulla sentenza *Torreggiani*, cfr. anche TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11 ss. Movendo da tale categoria, sono poi state individuate anche le 'quasi-pilot judgment', o sentenze 'sostanzialmente pilota', e cioè provvedimenti giurisdizionali che, non disponendo prescrizioni generali a carico dello Stato membro soccombente, nondimeno contengono un accertamento di violazioni di garanzie convenzionali strutturali e sistematiche che esigono azioni generali intese alla loro rimozione. Su tale categoria di sentenza, cfr. LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ B.K., *Responding to Systemic Human Rights Violations. An analysis of the 'pilot judgment' of Europea Court of Human Rights and their Impact at National Level*, Anversa/Oxford/Portland, 2010, 24-25, categoria nel cui ambito va inclusa la nota decisione Corte EDU [GC], 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *www.echr.coe*, che, secondo la stessa giurisprudenza di legittimità italiana, pur non presentando formalmente le caratteristiche delle c.d. sentenze pilota, sostanzialmente si rivela tale, poiché, "pur astenendosi dal fornire specifiche indicazioni sulle misure generali da adottare, evidenzia comunque l'esistenza, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, di un problema strutturale (in questo senso, *Cass. Pen.*, SS.UU., 19 aprile 2012, 34472, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1325).

⁵² Sulla teoria c.d. dei controlimiti, cfr., in generale e per tutti, cfr. AA.VV., in BERNARDI A. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Atti del Convegno del Dottorato di Ricerca «Diritto dell'Unione Europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara – Ferrara, 7-8 aprile 2016, I-CXXXIII, 1-514, con interventi, sul versante penalistico, di Alessandro Bernardi, Cristiano Cupelli, Marco Gambardella, Vittorio Manes, Francesco Palazzo, Lorenzo Picotti, Carlo Sotis, Francesco Viganò. Molto interessante la nuova prerogativa di recente introduzione in ambito EDU, con l'approvazione del Protocollo n. 16 alla Convenzione, il cui art. 1 conferisce alle più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente la facoltà di presentare alla Corte "richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli". Il nostro Paese non ha ancora ratificato il Protocollo n. 16, per una serie di ragioni ben indicate da CONTI R., [Chi ha paura del Protocollo 16 e perché?](#), in *questa rivista*, 27 dicembre 2019. Per un parere proprio in tema di prevedibilità, reso su richiesta della Corte costituzionale armena il 29 maggio 2020, cfr. GIORDANO S., *La ragionevole prudenza della Corte EDU: tra prevedibilità e accessibilità del precetto*, in *giustiziainsieme.it*.

interno e sovranazionale.

La *prevedibilità* europea, poi, costituisce un *minimo standard* di tutela rispetto a quella eventualmente già assicurata dall'ordinamento interno.

L'annotazione sembra significativa, poiché consente – almeno sul piano individual-garantistico – di corrispondere alle perplessità che anche la più prestigiosa dottrina penalistica italiana ha espresso contro il rischio di assistere a una sorta di 'spodestamento' del principio di legalità e del suo principale corollario, la riserva di legge⁵³.

La Corte di Strasburgo non pretende, infatti, che gli Stati parte accedano all'idea che il reato costituisca una creazione puramente giurisprudenziale⁵⁴, né che possa essere

⁵³ Pur dovendosi sempre distinguere tra influenza indiretta e diretta sulla legalità penale interna da parte delle fonti sovranazionali, manifesta scetticismo circa i 'benefici', per il giudice penale, della trasformazione, anticipata da Gustavo Zagrebelsky con la delineazione del c.d. «diritto mite» (cfr. ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992, spec. 10, 45 ss., 147 ss.) a discapito della legalità penale secondo regole, RONCO M., *La legalità stratificata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3, 1388-1405, il quale mette in luce una sorta di 'palingenesi' funzionale del giudice a seguito della L. costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Con la modifica dell'art. 117 Cost., il giudice, smarcandosi dall'obbligo costituzionale di soggezione alla legge ai sensi dell'art. 101 Cost., diviene, ben oltre che decisore di casi vitali singoli, primo avamposto del controllo 'diffuso' di compatibilità costituzionale e convenzionale, caricandosi di compiti di bilanciamento tra principi e politica criminale, tra giustizia del caso singolo e individuazione di *rationes decidendi*: "al nocciolo della questione, si può dire che il modo di operare del giudice penale si trasforma. Più che il ruolo di interprete della legge, egli tende a svolgere, sulla falsariga del *modus operandi* dei giudici costituzionali, un compito di sindacato sulla legge. Egli non la interpreta, bensì la giudica, in primo luogo, come conforme oppure difforme rispetto ai vari parametri, costituzionali o internazionali, che ricava dalle diverse fonti e, poi, applica la norma che ritiene aderente agli scopi socialmente più pregnanti alla luce del bilanciamento tra i principi espressi dalle varie disposizioni di legge"; cfr., in senso analogo, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2009, 70; si veda, tuttavia, la più cauta posizione assunta nella successiva edizione del Manuale (2014), 70. Cfr. anche FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 2016, fasc. 4, il quale evidenzia come gli spazi della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione siano enormi e crescenti, a causa dell'inflazione delle leggi, del dissesto del linguaggio legale e della struttura multilivello della legalità. Muovendo da questa premessa, l'Autore critica i molti orientamenti teorici e dottrinari – kelseniani, *post-kelseniani*, ermeneutici, principialisti, neopandettisti, realisti – che contribuiscono ad allargare ulteriormente tali spazi, fino a teorizzare il ruolo creativo della giurisdizione e perciò il declino della soggezione dei giudici alle leggi sulla quale si fonda la legittimazione del potere giudiziario. Il riconoscimento dei benefici in termini di ampliamento delle tutele ad opera del diritto sovranazionale non significa, d'altra parte, che siano trascurabili le questioni che, in termini generali, sono state poste con riguardo alla legittimazione democratica delle istituzioni europee e che investono sia le caratteristiche del controllo politico esercitato dal Parlamento europeo (che non presenta le caratteristiche tipiche del controllo politico proprio del Parlamento in un paese democratico: cfr. DRAETTA U., *L'Unione Europea tra processo costituente e sovranità nazionale*, in DRAETTA U., PARISI N., RINOLDI D., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, (a cura di), Napoli, 2007), sia la composizione del Parlamento europeo, che non rispetterebbe il principio di uguaglianza del voto, sia le stesse caratteristiche del procedimento legislativo europeo [cfr. SILVA SANCHEZ J.M., *Principio di legalidad y legislaciun penale europea: una convergencia imposible*, in *El derecho penal de la Unión Europea. Situacion actual y perspectivas de futuro*, in ARROYO ZAPATERO L., NIETO MARTIN A. (a cura di), Cuenca, 2007, 79].

⁵⁴ D'altra parte, l'affermazione, nel contesto delle pronunce della Corte di Strasburgo, non avrebbe ragion d'essere, non tanto perché la CEDU e la Corte ricsino la legalità formale dei Paesi di *civil law*, quanto perché l'ambito di protezione del quale è onerato il sistema sovranazionale, annoverando Stati tanto di *civil* quanto

il giudice a stabilire cosa sia penalmente rilevante o meno. La logica protettiva dei diritti umani è sempre stata, infatti, quella della *massimizzazione delle tutele*, resa manifesta dall'operare di una norma trasversale, l'art. 53 CEDU⁵⁵, a tenore del quale *“nessuna delle disposizioni della presente 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 o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi”*.

Detto altrimenti, a seconda delle peculiarità che ciascun caso concreto presenta, potranno operare, alternativamente, o addirittura cumulativamente, le garanzie statiche della legalità-legislativa e/o quelle 'dinamiche' della legalità-giurisprudenziale: la tutela apprestata dall'art. 7 CEDU si andrà a *sommare* a quella della classica *lex parlamentaria*, non a sostituirla. Ne deriva che, in uno scenario in cui si fa ormai dominante la dimensione *in action* della legalità, maggiori *chances* di garanzia potranno essere assicurate dal principio – pur duttile e versatile – della *prevedibilità* degli esiti giudiziari,

di *common law*, non può che disinteressarsi dell'origine, giurisprudenziale o legislativa, degli illeciti penali, nonché delle questioni dogmatiche e sistematiche che il recepimento interno delle proprie decisioni possano provocare all'interno dei diversi ordinamenti penali. Il compito della Corte sovranazionale è solo quello di valutare se lo Stato parte, indipendentemente dal modo in cui la legalità penale dello stesso venga a configurarsi – come legalità legislativa o giurisprudenziale –, abbia violato o meno i diritti umani del singolo. Tra i quali va compreso anche il diritto alla *prevedibilità* degli esiti giudiziari, che al fondo di una considerazione autenticamente 'personalista', complessiva e non 'atomistica' dell'esperienza punitiva, si pone come *ratio essendi*, non come corollario strumentale, della riserva di legge, dell'irretroattività e della determinatezza delle fattispecie incriminatrici. La prevedibilità *aggiunge* garanzie per il singolo, garanzie che, evidentemente, la riserva di legge, l'irretroattività e la determinatezza della *lex scripta et stricta* non sono riuscite a salvaguardare nell'ordinamento interno. Che, poi, la violazione del diritto del singolo alla *prevedibilità* sia conseguenza della crisi sul ruolo assunto dal giudice, 'personaggio in cerca d'autore' anche – ma non solo – a causa del sistema multilivello delle fonti di produzione del diritto (non vanno dimenticati, ancora, il degrado del formante legislativo, l'incuria del legislatore, la persistente 'distopia' che i disorientamenti giurisprudenziali provocano nel cittadino dello Stato contraente, la *hibris* normativa 'autopoietica' del formante giurisprudenziale, *etc.*) – è questione la cui soluzione non è demandata direttamente, se non nei limiti *ex post* di cui agli artt. 41 e 46 CEDU, alla Corte di Strasburgo. Ovviamente, diversa è l'incidenza degli obblighi di adeguamento dell'ordinamento interno al diritto dell'Unione Europea, prevalentemente estranei agli interessi dello scritto; sul punto, e per un chiaro quadro di sintesi, cfr. BERNARDI A., *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, cit., 9-91; VIGANÒ F., *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, cit., 2/2014, 167; GRASSO G., *Fonti sovranazionali e principio di legalità*, cit., 320 ss.

⁵⁵ Cfr. VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., 14, il quale evidenzia come, nel "rapporto a prestazioni corrispettive che si viene a costituire tra lo Stato e i cittadini, tenuti a rispettare il contenuto di leggi conoscibili e comprensibili, il *nullum crimen* convenzionale si pone alla stregua di diritto individuale «al quale fa da *pendant* il correlativo dovere a carico di tutti gli organi e poteri dello Stato che esercitano lo *ius puniendi* di fissare in modo chiaro e agevolmente comprensibile dai loro destinatari i contenuti dei precetti penalmente sanzionati, ciascuno nell'ambito delle relative competenze: legislatore, dunque, e giudici, sui quali pure incombe la responsabilità di rendere agevolmente riconoscibili i contorni del precetto penale che il consociato è tenuto ad osservare, così come – in negativo – di evitare di disorientare il consociato medesimo attraverso interpretazioni gravemente discordanti. In quest'ottica, l'art. 7 CEDU svolge dunque – *in criminalibus* – la medesima funzione assolta dall'art. 6 CEDU in ambiti diversi da quello penale, alla quale accennavo in apertura di questo paragrafo, ponendosi anch'esso come baluardo contro quei "profondi e duraturi contrasti nella giurisprudenza nazionale" che normalmente determinano una situazione di contrasto con il diritto ad un equo processo in materia civile o amministrativa».

reale obiettivo garantistico che occorre riconoscere alla persona nelle proprie libere scelte d'azione: solo qualora la riserva di legge e i suoi corollari non corrispondano, per le ragioni più diverse (anfibologie della legge, disposizioni vaghe ed elastiche, orientamenti giurisprudenziali contraddittori, *etc.*), alle esigenze garantistiche della *prevedibilità*, la stessa si imporrà come ulteriore 'unità di misura' idonea a garantire l'affidamento dei consociati in favore di un perspicuo 'dover essere' del diritto penale⁵⁶.

8. Corollari e sub-corollari della *prevedibilità* nella prospettiva del principio di massimizzazione delle tutele.

Inoltre, non solo per esigenze espositive, è utile classificare la *prevedibilità* come 'ideale regolativo', cioè intendendone il contenuto nella portata massima di possibile estensione, sì da consentire – non ultimo – il più congruente giudizio scientifico circa la tollerabilità penalistica di eventuali deroghe o limitazioni al suo completo dispiegamento.

Nella sua massima estensione logica, il principio implica una suddivisione in corollari e sub-corollari. In un mondo ideale⁵⁷, sarebbe necessario che il consociato potesse prevedere, prima di compiere la condotta: 1. se la condotta sarà considerata *illecita*; 2. se la condotta, oltre che genericamente *illecita*, sarà considerata *penalmente rilevante*; 3. *quale pena* sarà chiamato a scontare in caso di affermazione processuale di responsabilità, possibile previsione a propria volta caratterizzata dai seguenti ulteriori sotto-corollari: 4. in quale *fattispecie astratta* sarà sussunta la condotta; 5. quali circostanze *aggravanti* o *attenuanti* saranno configurabili; 6. conseguentemente, quale sarà la *forbice edittale* entro la quale potrà dispiegarsi la discrezionalità commisurativa; 7. come concretamente potrà essere esercitata la predetta discrezionalità nella dosimetria della pena in senso stretto; 8. a quali condizioni eventualmente il condannato potrà accedere

⁵⁶ Che, poi, la stessa nozione di *prevedibilità* sia già chiara e univoca in sede sovranazionale è questione ovviamente diversa. In effetti, l'attuale situazione sembra ancora di embrionale consolidamento, ove si rifletta sulla pluralità di criteri che la stessa Corte EDU utilizza per saggiare *l'an* e il *quantum* di *prevedibilità*, sui quali, cfr. DE BLASIS S., *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, cit., 128-159. Sull'ampliamento, da parte della Corte di Strasburgo, dello *standard* di tutela interno, tra gli altri, cfr. GRASSO G., *Fonti sovranazionali e principio di legalità*, in PALIERO C.E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G., INSOLERA G., PELISSERO M., RAMPIONI R., RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità*, cit., 319 ss., spec. 321: "l'incidenza delle fonti sovranazionali sul sistema penale nazionale comporta di regola un ampliamento della tutela attraverso un'estensione dell'ambito di applicazione del principio di legalità (con un incremento quindi sul piano delle garanzie)". Parla di "meccanismo dinamico e circolare instauratosi tra legalità interna e legalità convenzionale" DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2198; nonché, per gli aspetti "virtuosi" nella tutela multilivello dei diritti fondamentali, BERNARDI A., *Riserva di legge e fonti europee in materia penale*, in *Annuali Università di Ferrara, Scienze Giuridiche*, XX, 2006, 27; SICURELLA R., *Il Corpus Juris come modello per la definizione di un diritto penale europeo*, in GRASSO G., SICURELLA R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, 739 ss.

⁵⁷ Così, molto chiaramente, presenta la massima estensione del principio VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 214-215.

ai diversi *benefici in fase esecutiva*, dalla sospensione della pena alle diverse misure alternative alla detenzione, dalla sospensione del processo alle diverse opzioni della magistratura di sorveglianza in fase di esecuzione. Le conclusioni di Viganò sono esemplarmente chiare, nel senso che il principio di *prevedibilità* “potrebbe [...] essere riformulato come «prevedibilità delle decisioni delle agenzie di *law enforcement* rispetto all’applicazione della legge penale», coprendosi con questo concetto l’intero spettro di eventi che vanno *dal primo atto d’indagine* (o dall’eventuale *applicazione di misure precautelari* ad opera della polizia) *sino all’effettiva esecuzione della pena* inflitta dal giudice della cognizione. Un arco temporale, dunque, che inizia molto prima del processo, e che può concludersi anche molti anni dopo”⁵⁸.

In effetti, le ‘prestazioni’ della *prevedibilità* nell’ambito della tutela dei diritti umani sono molto maggiori di quelle assicurate dagli strumenti di garanzia domestica⁵⁹.

Si proporrà solo qualche esempio di ‘ampliamento garantistico’.

Già attraverso l’adozione di un concetto sostanzialistico di *matière pénale*, la Corte di Strasburgo ha da tempo abbandonato l’impostazione tradizionale che raccorda il corredo garantistico della *prevedibilità* alle categorizzazioni formali, alla stregua della concezione del reato in uso alla dogmatica penalistica continentale. In tale prospettiva, è noto, l’accostamento sostanzialistico ha consentito di estendere le garanzie del *nullum crimen* alle *misure di sicurezza*⁶⁰, alle sanzioni *amministrativo-punitivo*⁶¹ e alla *disciplina processuale*⁶². La *prevedibilità*, addirittura, si è aggettata oltre la stessa – pur già molto inclusiva – nozione ampia di ‘materia penale’, applicandosi anche alle *misure di prevenzione*⁶³.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cfr. PALAZZO F., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, fasc. 7-8, 2695 ss., spec. 2698, nonché VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 224: “Una maggiore capacità di rendimento [...] sembra invece possedere il *nullum crimen* in quanto *diritto umano*, così come riconosciuto in particolare dall’art. 7 CEDU e dalla giurisprudenza formatasi in proposito a Strasburgo”.

⁶⁰ Come nel caso deciso da Corte EDU, *Welch c. United Kingdom*, 9 febbraio 1995 (1/1994/448/527), in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 1995, Série A., vol. 307, 1 ss., § 27 ss. – 34 (in *Legisl. Pen.*, 1995, 522, e in *www.echr.coe*), *leading case* in materia, relativo a una misura implicante poteri estesi di confisca (con inversione dell’onere della prova) introdotta *dopo* la commissione del reato di traffico di stupefacenti commesso dal ricorrente, e a questi applicata in via retroattiva. Sul tema, cfr. MAIELLO V., *Confisca, CEDU e Diritto dell’Unione tra questioni risolte e altre ancora aperte*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3-4, 2012, 43 ss.

⁶¹ Come nel noto caso *Grande Stevens c. Italia*, Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Steves c. Italia*, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, in *www.echr.coe*, su cui cfr. TRIPODI A.F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato.*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014.

⁶² Come nel noto caso *Scoppola c. Italia*, Corte EDU, Grande Camera, Corte EDU [GC], 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *www.echr.coe*, su cui cfr. LAMARQUE E.-VIGANÒ F., *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell’adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo (nota a C. Cost. 210/2013)*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 31 marzo 2014.

⁶³ Come nel caso *De Tommaso c. Italia*, Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia* in *www.echr.coe*, su cui cfr. MENDITTO F., *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, 127 ss. Per le virtualità espansive delle *prevedibilità* nel contesto delle misure di prevenzione, essenziale è il riferimento alle recenti sentenze costituzionali nn. 24 e 25 del 2019, sulle quali cfr., già a prima lettura, FINOCCHIARO S., *Due pronunce*

Anzi, si può dire ancora di più e oltre la stessa ‘materia penale’.

I requisiti convenzionali dell’idonea base legale, e quindi dell’*accessibilità* e, per quanto qui di rilievo, la *prevedibilità* si sono estesi anche alla gran parte dei diritti ‘di libertà’ (si pensi alla libertà di circolazione di cui all’art. 2, Prot. 4 CEDU), e, in particolare, al diritto di proprietà tutelato dall’art. 1 del Protocollo addizionale. Nella nota sentenza costituzionale n. 24 del 24 gennaio 2019, infatti, la Corte chiarisce esemplarmente tale assunto: “*Pur non avendo natura penale, sequestro e confisca di prevenzione restano peraltro misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU) [...] Esse dovranno, pertanto, soggiacere al combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione, tra cui – segnatamente –: a) la sua previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che possa consentire ai propri destinatari, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU sui requisiti di qualità della ‘base legale’ della restrizione, di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure (art. 1 Prot. addiz. CEDU); b) l’essere la restrizione ‘necessaria’ rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e pertanto proporzionata rispetto a tali obiettivi, ciò che rappresenta un requisito di sistema anche nell’ordinamento costituzionale italiano per ogni misura della pubblica autorità che incide sui diritti dell’individuo, alla luce dell’art. 3 Cost.; nonché c) la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito a un procedimento che – pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale – deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni ‘giusto’ processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost., e 6 CEDU, nel suo ‘volet civil’), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta”⁶⁴.*

della corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019, nonché, con precipuo riguardo alla *prevedibilità*, CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell’illecito penale tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *questa rivista*, 10 aprile 2020; CERFEDA M., [La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle ‘misure di polizia’](#), in *Arch. pen.*, 2/2019, rivista web.

⁶⁴ Corsivi aggiunti. L’ampliamento della *prevedibilità* alle misure patrimoniali da parte della Corte costituzionale è un passaggio importantissimo, che merita qualche osservazione per le non esigue potenzialità dogmatiche e sistematiche che presenta. Come noto, con la sentenza costituzionale n. 24/2019 in tema – anche – di confisca di prevenzione, la Corte – quanto alla pericolosità di cui alla lett. b) dell’art. 1 D.Lvo 159/2011 – ha optato per una decisione interpretativa di rigetto per una sorta di ‘tassativizzazione’ sopravvenuta del diritto vivente. A proposito della compatibilità costituzionale della fattispecie di pericolosità generica di cui all’art. 1, lett. b) D.Lvo 159/2011, la Corte, pur salvando la ‘disposizione’, individua due periodi vitali di due – conseguentemente diverse, ‘norme’ succedutesi nel tempo: il primo, *ante* De Tommaso, di ‘sostanziale’ illegittimità costituzionale; il secondo, *post* De Tommaso, di recupero della compatibilità costituzionale. La Corte rileva come il diritto vivente della Cassazione *post* sentenza De Tommaso del 2017 abbia vieppiù fatto risaltare i caratteri della precisione e della tassatività interpretativa della fattispecie, diversamente da quanto viceversa caratterizzava la giurisprudenza precedente alla sentenza dei giudici di Strasburgo. L’opzione costituzionale esprime al meglio, e coerentemente, le posizioni scientifiche del redattore, strenuo e convincente sostenitore dell’imprescindibilità del costante ancoraggio al diritto vivente nell’orizzonte del giudizio incidentale di costituzionalità (da ultimo, cfr. VIGANÒ F., [Il diritto](#)

Sempre al di fuori dell'ambito contrassegnato dalla c.d. *matière pénale*, poi, la *prevedibilità* ha recentemente attirato l'attenzione sul piano della disciplina del processo penale, avente ad oggetto proprio una situazione di *overruling* sfavorevole a proposito del mutamento interpretativo riferito alla disciplina dei termini dell'impugnazione nel rito *in absentia*, mutamento sfavorevole purtuttavia ritenuto applicabile retroattivamente⁶⁵, inquadrandosi nel contesto di un contrasto giurisprudenziale tale da

[giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale](#), in *questa rivista*, 2021, 19 gennaio 2021). Ci si limita qui solo ad evidenziare alcune possibili conseguenze sistematiche della sentenza nella specifica materia della prevenzione patrimoniale. La Corte riconosce che l'interpretazione della Cassazione *ante* De Tommaso avrebbe veicolato un diritto vivente costituzionalmente illegittimo *pro tempore* per imprecisione e genericità della fattispecie di pericolosità; successivamente alla De Tommaso, invece, il diritto vivente si sarebbe auto-emendato al tal segno da rivelarsi costituzionalmente legittimo, per il recuperato tasso di precisione e tassatività esibito. Il problema serio sorge poiché la *ratio* della precisione e della tassatività viene posta dalla Corte, lungo il tracciato inaugurato dalla De Tommaso, proprio nella nozione della *prevedibilità delle conseguenze giuridiche*, che, come noto, costituisce argine garantistico valido non solo nel recinto della c.d. *matière pénale*. Ma se la disposizione e la norma sono precise e tassative quando consentono al proposto di vagliare e calcolare in anticipo, e cioè al momento della condotta indice di pericolosità, quali sarebbero state le conseguenze della stessa, risulta difficile stabilire come regolare i casi di giudizio sulla pericolosità condotto secondo le 'norme', e cioè il diritto vivente interno *post*-De Tommaso, ma per comportamenti tenuti quando ancora il diritto vivente non si era ancora auto-emendato. Non essendo più previsto, infatti, per le misure patrimoniali, il requisito dell'*attualità* della pericolosità (da scrutinare *hic et nunc* al momento del giudizio), occorre comprendere come regolarsi di fronte ai casi in cui la pericolosità stessa sia desunta da indici di riferimento e condotte di vita antecedenti alla De Tommaso. Ad esempio, si consideri il seguente interrogativo: poiché la sentenza De Tommaso e l'orientamento di legittimità successivo sono relativamente recenti, è possibile ritenere che la generalità dei consociati potesse, quantomeno prima del 2017, prevedere in anticipo, al momento delle condotte che radicano la pericolosità generica, le conseguenze economiche o personali incapacitanti che non erano state adeguatamente colte – secondo la Corte – dal formante giurisprudenziale? Il problema diviene, in modo franco, di diritto intertemporale *tout court*, considerando come almeno le misure di prevenzione patrimoniali si fondino su di un giudizio di pericolosità *in rem* cronologicamente retrodatato all'epoca dell'«illecita accumulazione capitalistica» [cfr. Cass. Pen., SS.UU., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, ric. Spinelli, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2015, con nota di MAZZACUVA F., *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, 231 ss.], dovendosi 'perimetrare' all'epoca di acquisizione dei patrimoni attraverso le condotte 'pericolose' tenute anche a considerevole distanza di tempo dall'adozione dei provvedimenti ablativi. Occorrerebbe identificare precisamente il *dies a quo* di vigore-vigenza della nuova 'norma' e del nuovo, e costituzionalmente legittimo, 'diritto vivente'. Per certi versi, la sempre maggiore – e meritoria – insistenza sulla *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie, dovrebbe condurre – alla stregua di una invero sorprendente 'eterogenesi dei fini' – ad escludere sempre che anche le stesse misure preventive non rientranti nella c.d. *materia penale* convenzionale (basti pensare alle misure di sicurezza *ex art. 25 co. 3 Cost. o*, appunto, alle misure di prevenzione) possano assoggettarsi al principio intertemporale del *tempus regit actum*: qualsiasi modifica della disciplina sanzionatoria che incida su diritti – dalle misure di sicurezza alle misure di prevenzione, da quelle processuali con 'effetti sanzionatori' a quelle di ordinamento penitenziario – mai potrebbero rivelarsi 'prevedibili' e quindi mai sarebbero applicabili (qualora ovviamente *in malam partem*) retroattivamente. Insomma, una irretroattività generalizzata guadagnata attraverso l'ingrediente gnoseologico soggettivo della prevedibilità. Ma forse, si potrebbe osservare, è proprio ciò che si sta verificando in via sempre più diffusa (da ultimo, per l'irretroattività *in malam partem* della disciplina penitenziaria, cfr. Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32).

⁶⁵ Cfr. Cass. Pen., sez. III, 27 novembre 2020, n. 1731, in *questa rivista*, 17 marzo 2021, con nota di FRAGASSO B., [Sull'irretroattività dell'overruling in materia processuale, tra soggezione del giudice alla legge e giusto processo](#). Il tema è riferibile a un contrasto giurisprudenziale formatosi sui termini di impugnazione in caso

di condanna di imputato assente, a seguito di giudizio abbreviato. Ci si chiedeva se dopo la riforma della disciplina del processo *in absentia* (l. 8 aprile 2014, n. 67) e la riscrittura dell'art. 420-*bis* c.p.p. all'imputato assente nel giudizio abbreviato dovesse essere notificato l'estratto della sentenza ai sensi dell'art. 442 c.p.p., comma 3 («[l]a sentenza è notificata all'imputato che non sia comparso») e art. 134 disp. att. c.p.p. («[l]a sentenza emessa nel giudizio abbreviato è notificata per estratto all'imputato non comparso, unitamente all'avviso di deposito della sentenza medesima») o se, invece, tali norme fossero da ritenersi tacitamente abrogate. Un primo maggioritario orientamento riteneva che le suddette disposizioni fossero state implicitamente abrogate già dalla l. 16 dicembre 1999 n. 479, che – nell'estendere al giudizio abbreviato l'istituto della contumacia – ne disponeva la sostituzione con la previsione di cui all'art. 548, co. 3, c.p.p. («L'avviso di deposito con l'estratto della sentenza è in ogni caso notificato all'imputato contumace è comunicato al procuratore generale presso la corte di appello»). Il riferimento alla notifica all'imputato contumace era stato in seguito espressamente espunto dall'art. 548, co. 3, c.p.p. proprio dalla l. 67/2014, in concomitanza con la riformulazione dell'art. 420-*bis* c.p.p. L'eventuale notifica effettuata dalla cancelleria, in base a tale posizione ermeneutica, avrebbe dunque costituito un adempimento meramente ultroneo e non dovuto, inidoneo a produrre qualsiasi effetto. Secondo un diverso indirizzo, invece – in assenza di abrogazione esplicita – le norme erano da considerarsi valide e, dunque, l'estratto della sentenza avrebbe dovuto essere sempre notificato all'imputato. Dall'adozione dell'uno o dell'altro orientamento dipendeva l'individuazione del *dies a quo* per l'impugnazione: nel primo caso, i trenta giorni per proporre appello sarebbero decorsi – come per il processo ordinario – dalla scadenza del termine di legge o di quello eventualmente stabilito *ex art.* 544, co. 3, c.p.p.; nel secondo caso, i termini avrebbero iniziato a decorrere dalla notifica dell'avviso di deposito della sentenza. Con la sentenza Sinito (Cass. Pen., Sez. Un., 24 ottobre 2019, dep. 13 gennaio 2020, n. 698, ric. Sinito) le Sezioni Unite risolvevano il contrasto in favore della prima tesi, stabilendo che la pronuncia emessa nel giudizio abbreviato non dovesse essere notificata per estratto all'imputato assente e che, di conseguenza, i termini per l'impugnazione decorrono dalla scadenza del termine di legge o di quello eventualmente stabilito *ex art.* 544, co. 3, c.p.p. Nel caso di specie, i ricorrenti lamentavano che la Corte d'Appello di Trento – nel dichiarare inammissibile, in quanto tardivo, l'appello da essi proposto in relazione ad una sentenza di condanna pronunciata *in absentia* con rito abbreviato – aveva identificato il *dies a quo* per l'impugnazione sulla base della posizione assunta dalle Sezioni Unite nella sentenza Sinito, violando dunque il principio di irretroattività dell'interpretazione giurisprudenziale sfavorevole sopravvenuta (artt. 25, co. 2, Cost., 111 Cost., 2 c.p.). L'atto di appello era in effetti stato proposto prima dell'intervento delle Sezioni Unite: la sentenza di condanna era stata pronunciata il 13 settembre 2018 e depositata il 17 settembre 2018; il 20 ottobre 2018 la cancelleria del giudice notificava la sentenza agli imputati non comparsi e questi ultimi proponevano appello in data 19 novembre 2018. La Corte d'Appello di Trento, con sentenza del 26 febbraio 2020, dichiarava inammissibile l'appello, poiché presentato oltre il termine di trenta giorni previsto dall'art. 585, co. 1, lett. b, c.p.p., da ritenersi decorrente dal termine per il deposito delle motivazioni (quindici giorni *ex art.* 544, co. 2, c.p.p.; in questo caso, dunque, il lasso di tempo utile per la proposizione dell'appello sarebbe andato dal 28 settembre 2018 al 28 ottobre 2018). La Cassazione, con la richiamata sentenza, rigettava le deduzioni dei ricorrenti, affermando che l'efficacia retroattiva del c.d. *overruling* è sempre consentita quando – come in questo caso – l'interpretazione della norma ad opera dell'organo nomofilattico costituisce lo “sviluppo prefigurabile di interventi già noti e risalenti”; dovrebbe, invece, escludersi nei casi di *radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni*. Richiamando la giurisprudenza civile già pronunciata sul tema dell'*overruling* giurisprudenziale sfavorevole sul piano degli istituti processuali, la Corte afferma che l'unica eccezione all'efficacia retroattiva dell'*overruling* è costituita dai casi in cui la precedente interpretazione, poi riconosciuta errata e *contra legem*, abbia creato l'apparenza di una regola, sulla quale le parti abbiano posto affidamento; solo allora si giustifica una scissione tra il fatto (ossia il comportamento della parte, risultante *ex post* difforme rispetto alla corretta regola del processo) e il principio di diritto espresso dalla giurisprudenza di legittimità. In questi casi, nel bilanciamento tra principio della soggezione del giudice alla legge e principio del

rendere non imprevedibile l'applicabilità potenziale della disciplina più gravosa per la posizione giuridica del condannato, e comunque non tale da creare la pur erronea *apparenza giuridica di una regola*.

Altri esempi di ampliamento dell'effettività delle tutele rispetto al diritto penale interno sono i seguenti.

La Corte EDU ha reiteratamente manifestato la propria ostilità nei confronti della distinzione tra interpretazione estensiva e applicazione analogica *in malam partem* della norma penale, in favore della necessità della *interpretazione stretta*, e, pur nei margini riconosciuti all'attività ermeneutica del giudice, ne ha segnato il limite di fondo inderogabile, ancora una volta, nella *ragionevole prevedibilità* della eventuale interpretazione ampliativa⁶⁶.

Allo stesso modo, nella prospettiva dell'incremento delle garanzie, va letta anche l'interpretazione convenzionale del principio del *ne bis in idem*, dai giudici di Strasburgo riferita alla nozione di 'medesimo fatto storico' piuttosto che al criterio formale dell'*idem legale*⁶⁷.

Rispetto alla portata garantistica dell'art. 5 c.p. costituzionalmente manipolato, poi, va ricordato come la giurisprudenza interna (e talvolta anche la dottrina) si sia manifestata alquanto 'parsimoniosa' nell'applicazione della scusante. Si sostiene, ad esempio, che l'errore rilevante *ex art. 5 c.p.* – nella versione risultante dalla manipolazione costituzionale – abbia ad oggetto la *generica illiceità* della condotta, non necessariamente la sua rappresentazione come illecito penale, con conseguente irrilevanza, ad esempio, dell'erronea convinzione che il fatto costituisse un mero illecito amministrativo⁶⁸. Ancora, si è affermato che laddove l'agente si rappresenti un *dubbio* in ordine al carattere lecito o illecito del proprio agire, sia tenuto ad *astenersi* dalla condotta per non incorrere in responsabilità penale⁶⁹. Inoltre, la garanzia riconosciuta dalla causa

giusto processo, deve prevalere quest'ultimo, con la conseguenza che è esclusa l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente nella consolidata precedente interpretazione della norma stessa. A tal proposito, va rilevato che la Cassazione civile non considera "imprevedibile" l'*overruling* che – nell'ambito di un preesistente contrasto giurisprudenziale – adotti uno tra gli orientamenti divergenti, ancorché minoritario.

⁶⁶ Cfr., anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali, MANES V., *Common law-isation del diritto penale?*, cit., 164-165.

⁶⁷ Secondo l'uniforme interpretazione dei giudici di Strasburgo, il requisito dello 'stesso fatto' va inteso come *idem factum* e non come *idem legale*, tenendo cioè conto dell'accadimento storico concreto e singolare a prescindere dalla definizione della norma incriminatrice (cfr. Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine c. Russia*, §§ 81-82, in *www.echr.coe*; nello stesso senso, Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*; Corte EDU, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, in *www.echr.coe*).

⁶⁸ In tal senso, la giurisprudenza sostanzialmente unanime, nonché parte molto autorevole della dottrina, tra cui PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., 2011, 445; PULITANÒ D., *Diritto penale*, V ed., 2013, 618; ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2014³, 107-108, secondo il quale "il riferimento all'illiceità specificamente penale caricherebbe il mutamento del sistema di un significato eccessivo, oltretutto con difficoltà probatorie difficilmente conciliabili con esigenze generalpreventive".

⁶⁹ Cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2014³, 109-110, con ampi richiami della dottrina tedesca, secondo il quale se l'agente "accetta il rischio dell'illiceità [...] si comprende che da tale coscienza «condizionata» (o eventuale) dell'antigiuridicità [...] possano derivare conseguenze simili a quelle

di scusa interna è stata sempre riferita agli errori inevitabili sul *precepto*, nulla specificandosi in relazione alle conseguenze *sanzionatorie*, previste in astratto ed eseguibili in concreto, in caso di violazione oggettiva della legge penale⁷⁰.

In proposito, il corredo supplementare sviluppatosi a Strasburgo in tema di *prevedibilità* sopravanza di molto lo *standard* domestico, poiché *prevedibile* non deve essere solo la *generica illiceità* della condotta, ma anche la sua specifica rilevanza penale⁷¹. E prevedibili devono poi essere anche il *tipo* di pena e le *modalità esecutive* della stessa, che non possono retroagire né laddove siano contenuti in una nuova graviosa disciplina⁷², né qualora costituiscano oggetto di un'interpretazione giurisprudenziale peggiorativa⁷³.

9. La *prevedibilità* come assenza (assoluta o meno) di *imprevedibilità*. Ragioni e insidie di un'errata equazione a proposito del mutamento giurisprudenziale.

Un'ulteriore clausola qualificatoria attiene più alla 'connotazione' che alla 'denotazione' del concetto giuridico, e merita chiarificazione per le oscillazioni che in dottrina e giurisprudenza si registrano in ordine allo *standard* 'qualitativo' della *prevedibilità*, tale da proporsi come adeguato a salvaguardare le esigenze garantistiche della rimproverabilità soggettiva e della colpevolezza, in ambito domestico, e del diritto umano alla *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie, in ambito sovranazionale.

Non è assolutamente infrequente, infatti, che il generico richiamo alla *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie, comprensive dell'*an* e del *quomodo* della risposta punitiva, faccia beffardo velo al reale spessore che il requisito, e con esso la garanzia e il diritto del singolo, deve assumere nella concretezza dell'esperienza giudiziaria. Tra improprie litoti e circonlocuzioni linguistiche, anche apparentemente ininfluenti o trascurabili, infatti, si annida il rischio della vanificazione sostanziale della garanzia: qualora il requisito della *prevedibilità* equivallesse alla *mancaza di assoluta imprevedibilità* (come quando la giurisprudenza, con penna leggera e quasi distratta, afferma, al modo anodino dell'intercalare, che l'affermazione di responsabilità è giustificata poiché 'non era imprevedibile' o, addirittura, 'non era assolutamente imprevedibile' la condanna), ben si comprende l'effettiva obliterazione del principio (nulla, in linea di principio, è

del dolo eventuale, perché la libertà individuale non può ragionevolmente estendersi anche ai casi di rappresentazione della possibile illecita lesione di beni giuridici altrui, di singoli o della collettività".

⁷⁰ In proposito, mette bene in evidenza il diverso 'rendimento' garantistico dell'ordinamento convenzionale rispetto a quello interno VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., 222-223 e 230-231.

⁷¹ Il principio si trova già espresso in Corte EDU, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, ric. 17862, § 29, in *www.echr.coe*: "Il en résulte qu'en infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente (art. 7) et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale".

⁷² Corte EDU, GC, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, in *www.echr.coe*.

⁷³ Corte EDU, GC, 10 luglio 2012, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, in *www.echr.coe*. Per una ricostruzione più completa della vicenda, cfr. MAZZACUVA F., *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 30 ottobre 2013.

assolutamente imprevedibile); ma lo stesso insulto alle esigenze di protezione e garanzia dell'imputato, tuttavia, scaturirebbe laddove si escludesse l'assolutezza dell'imprevedibilità, ritenendosi sufficiente, a fini responsabilitari, anche la più 'asciutta' mancanza di imprevedibilità.

La questione non è solo logica, linguistica o semantica, presentando, invece, sia cruciali implicazioni sul piano penalistico-culturale – o, per dirla con Luigi Ferrajoli⁷⁴, di *garantismo penale* –, sia non irrilevanti ripercussioni sul piano applicativo.

Anzitutto, è del tutto evidente che la nozione di *prevedibilità* positiva di un esito giudiziario, per quanto collocata pur sempre sul piano della normatività dei giudizi (*prevedibilità* non è certo *previsione*), non equivale affatto alla nozione di *mancanza di assoluta imprevedibilità* dello stesso, potendosi certamente presentare casi di concomitante ricorrenza della mancanza di *prevedibilità* positiva e, al contempo, di *mancanza di assoluta imprevedibilità negativa*. Non solo. La differenza si pone anche ravvisando il rispetto del requisito soggettivo della prevedibilità laddove la novazione interpretativa della giurisprudenza *non fosse imprevedibile*, ancorché in modo *non assoluto*.

La sottile insidia che si annida in tal modo nell'esperienza applicativa, potrebbe essere quella di non riscontrare sostanzialmente mai il difetto di *prevedibilità* in tutti i casi di contrasto giurisprudenziale, addirittura nei casi di presenza di un solo precedente – per quanto recessivo, irragionevole, obsoleto o inadeguato –, se del caso, volendo, pronunciato dal giudice di merito di un circondario provinciale. Basti scorrere talune massime della nostra Corte di cassazione penale, o leggere le motivazioni delle sentenze che più da vicino si sono soffermate sulla questione, per comprendere come la sostituzione del requisito della mancanza di imprevedibilità venga immotivatamente utilizzato per significare '*ragionevole prevedibilità*'⁷⁵.

⁷⁴ Sull'inquadramento teoretico, storico e filosofico delle garanzie penali, ormai doveroso e classico è il riferimento alla poderosa opera di FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004, 8ª ed.

⁷⁵ Cfr., da ultimo, Cass. Pen., sez. V, 9 luglio 2020, n. 25944, in *dejure.it*, interessante perché opera proprio l'indebita sovrapposizione della *ragionevole prevedibilità* alla *mancanza di imprevedibilità* nel caso di netto contrasto giurisprudenziale in tema di accesso abusivo a sistema informatico di cui all'art. 615-ter c.p., segnatamente sul punto se il carattere abusivo dell'accesso potesse configurarsi anche in capo al soggetto che, pur avendo ricevuto legittimamente le credenziali personali, avesse effettuato l'accesso per ragioni 'non istituzionali'. Il contrasto giurisprudenziale aveva visto per ben due volte l'intervento delle Sezioni Unite, nel 2011 e nel 2017 (cfr. Cass. Pen., SS. UU., 27 ottobre 2011, n. 4694, ric. Casani, e Cass. Pen., SS. UU., 18 maggio 2017, rv. 271061, ric. Savarese). Con la sentenza del 2011, il più elevato consesso del Supremo collegio aveva ritenuto – a fronte del radicato contrasto tra l'orientamento che escludeva la rilevanza penale del titolare delle credenziali d'accesso per usi non consentiti dagli atti di autorizzazione e l'orientamento, diametralmente opposto, che ravvisava l'integrazione del fatto tipico anche a carico di colui che si fosse limitato a de-finalizzare l'accesso rispetto agli scopi, pur utilizzando credenziali legittimamente a lui assegnate – di aderire all'orientamento *in malam partem*. Il comportamento tenuto dall'imputato, in quel caso, risaliva a periodi antecedenti rispetto all'intervento delle Sezioni Unite, quindi quando ancora sussistevano margini di incertezza circa il perimetro del tipo criminoso. Dopo aver ricordato come "*Overruling* legato ad un mutamento esegetico non è suscettibile di interpretazione retroattiva *in malam partem* per violazione dell'art. 7 CEDU, in quanto l'opzione ermeneutica che ne è alla base non sia *ragionevolmente prevedibile* al momento della commissione del fatto", la Suprema Corte poi sostituisce il *ragionevolmente prevedibile* con il *non imprevedibile*, rigettando il ricorso poiché "*non poteva ritenersi imprevedibile*" che rientrasse nello statuto punitivo anche l'accesso abusivo del soggetto autorizzato che

Sul piano delle garanzie personali, poi⁷⁶, l'equiparazione definitoria tra *ragionevole prevedibilità* e *manca di imprevedibilità* sottende in ogni caso la negazione della stretta legalità, secondo la quale il diritto penale, come strumento ordinamentale che più radicalmente incide le libertà del singolo, deve *espressamente* indicare cosa è lecito e cosa no. L'*espressa* previsione di legge, richiamata anche dall'art. 1 c.p., (consacrata anche a livello costituzionale dall'art. 25, co. 2, Cost.⁷⁷), andrebbe interpretata non solo come requisito relativo alla necessaria 'sussistenza' della fonte del *Sollen*, ma anche come chiarezza e precisione delimitative dello stesso, come perspicuità espressiva il cui beneficiario principale non è certo il giudice nel dispiegamento del mancipio

deviasse rispetto ai limiti ed ai fini connessi alla sua autorizzazione. In altri termini, le Sezioni unite, lungi dall'aver introdotto un'innovazione giurisprudenziale eccentrica rispetto alle precedenti riflessioni svolte nell'ambito delle sezioni semplici, una volta effettuata la ricognizione dei due indirizzi giurisprudenziali contrapposti, hanno optato poi per l'interpretazione più estensiva già oggetto di numerose pronunce, secondo la quale è penalmente rilevante anche la condotta del soggetto che, pur essendo abilitato ad accedere al sistema informatico o telematico, vi si introduce con la password di servizio per raccogliere dati protetti per finalità estranee alle ragioni di istituto ed agli scopi sottostanti alla protezione dell'archivio informatico, utilizzando sostanzialmente il sistema per finalità diverse da quelle consentite". Nello stesso senso, cfr. Cass. Pen., sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 10659, in *dejure.it*: "L'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole presuppone un *imprevedibile ribaltamento* dell'orientamento consolidato, che, invece, è da escludere nel caso in cui sussista un contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni unite con il recepimento di uno dei contrapposti orientamenti, anche qualora sia riconosciuto come legittimo quello più restrittivo per le facoltà e poteri processuali della parte. (Fattispecie relativa al termine di impugnazione per l'imputato assente nel giudizio abbreviato, in cui la Corte ha chiarito che il principio enunciato dalle SS.UU. n. 698/2020 trova applicazione anche relativamente alle impugnazioni proposte in precedenza)"; Cass. Pen., sez. V, 9 luglio 2018, n. 47510, in *dejure.it*, in cui addirittura, nella stessa massima, si equipara la *positiva ragionevole prevedibilità* alla *non imprevedibilità*: "Non sussiste la violazione dell'art. 7 CEDU – così come conformemente interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU – qualora l'interpretazione della norma incriminatrice applicata al caso concreto sia *ragionevolmente prevedibile* nel momento in cui la violazione è stata commessa, atteso che l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole presuppone il *ribaltamento imprevedibile* di un quadro giurisprudenziale consolidato (c.d. '*overruling*') (fattispecie in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico in cui la Corte ha escluso la sussistenza di un '*overruling*' ad opera della sentenza delle sezioni unite 'Savarese' e la conseguente violazione dell'art. 7 CEDU)".

⁷⁶ Non è possibile qui affrontare la questione se la *ragionevole prevedibilità* possa essere salvaguardata nel diritto interno nella cornice del diritto penale intertemporale dell'irretroattività della norma giurisprudenziale più sfavorevole o su quello, soggettivo, della mancanza di colpevolezza (secondo le categorie dogmatiche interne, cioè, se sia appropriato collocare il rimedio della mancanza di ragionevole prevedibilità in sede di primo pilastro della teoria generale del reato, ovvero sulla tipicità del fatto – e, di conseguenza, dell'irretroattività – o in sede di terzo pilastro della teoria generale, segnatamente sul piano della colpevolezza). Sul punto, cfr. comunque *infra*, nt. 98.

⁷⁷ Il principio di legalità penale viene inserito nella Costituzione italiana, Parte I (*diritti e doveri dei cittadini*), Titolo I (*Rapporti civili*), con una formulazione invero sintetica, (*nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*) "comprensiva però di tutti i contenuti già presenti nella legislazione italiana a partire dal codice Zanardelli" [così D'AMICO M., ARCONZO G., *Commento all'art. 25 Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), vol. I, Torino, 2006, 536]. Merita rammentare come già il codice Zanardelli del 1889, all'art. 1, prevedesse che "*nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*". Secondo DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008², 101, il principio di determinatezza troverebbe fondamento anche nell'art. 111 Cost., posto che la regola di stretta legalità nel procedimento penale sarebbe violato in presenza di una legge indeterminata o vaga.

interpretativo (quasi che la chiarezza fosse destinata in primo luogo a consentire l'interpretazione piana delle disposizioni di legge), ma il destinatario del precetto. E anche il troppo spesso evocato imperativo dell'*abstine* in caso di incertezza circa la possibile illiceità della propria condotta, forse tradisce, in uno ai fondamenti garantistici dell'agire consapevole in una società liberale, altri principi fondamentali della nostra materia, come la *frammentarietà* e la *sussidiarietà*⁷⁸.

10. La differenza tra certezza e prevedibilità del diritto.

Ancora, in tema di *prevedibilità*, importante ci sembra una distinzione concettuale e funzionale, non sempre preservata nelle – pure ormai numerose – riflessioni penalistiche. In tale quadro, va detto che *prevedibilità* e *certezza* del diritto non necessariamente coincidono, né sul piano concettuale, né su quello funzionale, imponendo imprescindibili assunzioni postulative o stipulative⁷⁹.

Sul piano concettuale, prima di tutto, la *certezza* va tenuta separata dalla *prevedibilità*. Essa evoca, già in prima battuta, un'oggettività di significato e di 'architettura' del sistema giuridico in sé, avente quali prerogative fondamentali l'aspirazione alla 'stabilità' in ogni branca del diritto (costituzionale, civile, amministrativo, sovranazionale e, certamente, anche penale), la 'definitività' delle decisioni, la sicurezza e la stabilizzazione dei rapporti giuridici esauriti, la legalità degli stessi e dei correlativi accertamenti, *etc.* Solo come una tra le proprie diverse sotto-determinazioni categoriali, essa può assumere anche la possibile declinazione di *prevedibilità* della decisione giudiziale⁸⁰.

⁷⁸ In prospettiva più ampia, circa l'esistenza di una *norma generale esclusiva di liceità penale implicita*, cfr. TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. Pen.*, fasc. 1, 2017, spec. 17 ss. Condivisibile, sul punto, VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., 222-223, il quale, in relazione alla traduzione giurisprudenziale della sentenza costituzionale n. 364 del 1988, rileva: "si afferma frequentemente che allorché il soggetto si rappresenti un (ragionevole) *dubbio* circa la natura lecita o illecita della propria condotta, egli sia tenuto ad *astenersi* dall'agire, per evitare di incorrere in una possibile responsabilità penale: un'affermazione esattamente agli antipodi rispetto all'esigenza illuministica di garantire al cittadino che tutto ciò che non gli sia espressamente (e *chiaramente*) vietato non potrà costituire il presupposto per l'applicazione di una pena (e in genere dell'esercizio della potestà coercitivo-punitiva statale)".

⁷⁹ Sull'imprescindibilità di un'opera di *levelling the playing field*, cfr. GOMETZ G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, spec. 7 ss., nonché 24, nt. 34.

⁸⁰ Sulle diverse dimensioni della *certezza* del diritto, cfr. LONGHI L., *Riflessioni sulla certezza dei diritti*, in *Nomos, Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale*, fasc. 3/2017. L'affermazione non è certo indebolita dalla circostanza che numerosissimi sono gli autori che propongono una definizione di *certezza* del diritto che contempla un qualche richiamo alla possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche di atti o fatti, talmente numerosi da far ipotizzare che la sotto-determinazione di *certezza-prevedibilità* rivesta un ruolo egemonico anche nella letteratura filosofico-giuridica dedicata all'argomento; sul punto, cfr. GUASTINI R., *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le regioni*, a. XIV, n. 5, 1986, 1095 ss.). Sulla complessa posizione di Hans Kelsen, cfr. GOMETZ G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., 52 ss.; Kelsen fra l'altro adotta una nozione graduabile di *certezza-prevedibilità*, allo stesso modo di HART H.L.A., *The Concept of Law*, London, 1961, trad. it., *Il concetto di diritto*, Torino, 1991, 152, e RAZ

Se non si preservasse già sul piano logico-concettuale la distinzione, si rischiano non innocui fraintendimenti⁸¹.

Basti pensare come, in passato, molti filosofi del diritto, non in completa mancanza di ragioni, avessero qualificato la ‘certezza’ del diritto come un mito, un ideale irrealizzabile, quasi un obiettivo indegno di essere perseguito; mentre altri, con altrettanto valide argomentazioni, avessero sostenuto posizioni di segno diametralmente opposto, affermando l’esistenza e la necessità della ‘certezza’ giuridica. Come non rammentare, in proposito, l’aspra polemica ingaggiata, intorno alla metà del secolo scorso, tra Jerome Frank e Norberto Bobbio? Il primo, conformemente alla sua immagine di “*vilain della filosofia giuridica*”⁸² – protesa ad insinuare dubbi sulla mitica *certainty*, considerata mera manifestazione di un infantile bisogno di protezione e di sicurezza⁸³, il secondo arroccato su posizioni di difesa della ‘certezza’ come elemento costitutivo dell’idea stessa di diritto⁸⁴.

A ben vedere, tuttavia, si sarebbe trattato di una polemica caratterizzata da diversi sfondi problematici, l’aporia essendo solo apparente e avendo, entrambi gli studiosi, buone ragioni a sostegno delle rispettive posizioni. I due Autori, pur utilizzando la medesima espressione – ‘certezza’ – alludevano in realtà a cose ben diverse: Bobbio, asserendo che la certezza del diritto è un elemento intrinseco – e *ad substantiam* – del diritto, intendeva riferirsi alla certezza come generale osservanza di un insieme di regole provviste di un campo di applicazione ragionevolmente determinato⁸⁵; Frank, quando screditava la certezza qualificandola come ‘*legal myth*’, ne recepiva un differente significato, intendendola come possibilità di prevedere *esattamente* l’esito concreto di un processo movendo esclusivamente dalla conoscenza dei testi di legge o

J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, 210 ss.

⁸¹ Cfr. DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, I, 365, laddove, in relazione alle vicende del caso Contrada, ravvisa nella decisione della Corte una “confusione semantica”, dovuta ad una non condivisibile commistione tra i piani della certezza e della prevedibilità.

⁸² Così GOMETZ G., op. ult. cit., 20.

⁸³ Cfr. FRANK J., *Law and the Modern Mind*, New York, 1930, rist. 1970, 14-23. Va riconosciuto come le posizioni di Frank, forse rozze ed estreme nel loro scetticismo, talvolta siano state riportate e censurate in modo parziale e quasi caricaturale. Il bersaglio polemico più utilizzato dai detrattori dello studioso americano – tra cui lo stesso Bobbio – era l’interpretazione pseudo-psicanalitica della certezza quale surrogato della figura paterna. Comprensibile che i suoi critici avessero avuto buon gioco nel dimostrare la superficialità e la non scientificità di tale impostazione. Occorre precisare, tuttavia, come lo stesso autore americano non solo ritenesse di aver proceduto solo a una *partial explanation*, a una spiegazione che individuava solo una concausa, spesso non la più importante, oltretutto non sempre presente e largamente inconscia, per cui le persone sono portate a credere in una illusoria certezza assoluta, D’altra parte – e ciò sarebbe meno evidenziato dalla critica – l’autore ammetteva che un certo grado di certezza non solo fosse realizzabile, ma anche auspicabile socialmente (così FRANK J., *Law and the Modern Mind*, cit., 12). Ciò che non sarebbe stato realizzabile, né desiderabile, secondo Frank, era la *prevedibilità* assoluta delle decisioni giudiziali, da lui intese come i comportamenti reali ed effettivi che gli individui, nella loro veste di organi giudicanti, concretamente tengono.

⁸⁴ Cfr. BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 28, 1951, 146-152. Traiamo il senso della rivisitazione della polemica ancora da GOMETZ G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit. 19-22.

⁸⁵ Cfr. BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?*, cit., 150.

delle precedenti decisioni giudiziali⁸⁶.

Ci sembra che tra *certezza* del diritto e *prevedibilità* delle decisioni giudiziali in materia penale sussistano sostanziali differenze.

Mentre la prima è una nozione molto ampia, sovente di carattere meta-normativo⁸⁷, e valida, inoltre, per tutti i settori dell'ordinamento giuridico, la seconda, vieppiù laddove riferita al diritto penale sostanziale e processuale, non solo assume valore di garanzia individuale – la quale ben può, in astratto e in potenza, confliggere con le esigenze della certezza (sia solo sufficiente ricordare quanto, nel diritto penale italiano contemporaneo, sia oggi posta in discussione, per ragioni di garanzia individuale e non ovviamente di certezza, la stessa *firmitas* del giudicato) –, ma è sempre più connotata dalla struttura intimamente soggettiva di 'diritto' del singolo, diritto asseritamente 'violato' in sede sovranazionale e che attende di trovare attuazione in sede nazionale.

Le conseguenze che si dovrebbero trarre ci sembrano importanti: se la tutela della certezza oggettiva del diritto può, in certi frangenti, essere assoggettata alla logica del bilanciamento con altri principi dell'ordinamento (quale quello di assecondare, ove necessario, l'interpretazione evolutiva⁸⁸, o la necessità di prestare la fattispecie di reato a opzioni ermeneutiche caratterizzate da una spiccata valorizzazione del 'tipo'); se l'interpretazione evolutiva in materia penale non è un *malum in sé*, contribuendo talvolta – mantenendo coerenti le scelte d'incriminazione e i pertinenti aggravamenti circostanziali sul piano politico-criminale – all'adeguamento della risposta punitiva cristallizzatasi in testi talvolta anche molto datati e inattuali; ebbene, se tutto ciò è comprensibile, quando non conveniente, sul piano dei principi del diritto mite o *flou*,

⁸⁶ Cfr. FRANK J., *Law and the Modern Mind*, cit. 3-14.

⁸⁷ Sulla distinzione tra 'certezza' e 'prevedibilità', cfr. ancora le puntuali considerazioni di PINO G., *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, 2018, 517-544, nonché, in prospettiva più ampia, sul piano gius-filosofico ed epistemologico, che affondano le radici sull'interrogativo se abbia ancora senso un 'sapere' giuridico diverso da quello del caso singolare dell'epistemologia giudiziaria, le raffinate riflessioni di CASA F., *Epistemologia e metodologia giuridica dopo la fine della modernità*, Soveria Mannelli, 2020, spec. 157 ss.

⁸⁸ In particolare, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che "la giurisprudenza, in quanto fonte del diritto, contribuisce necessariamente alla progressiva evoluzione del diritto penale (così Corte EDU, sent. 9 settembre 2014, *Vianello c. Italia*, ric. n. 27516/09, § 35, in www.echr.coe.int/echr/en/hudoc: "§ 35. Anche per il carattere generale delle leggi, il contenuto delle stesse non può presentare una precisione assoluta. Una delle tecniche tipiche di regolamentazione consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Perciò, molte leggi si servono, per forza di cose, di formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica (*Kokkinakis*, sopra citata, § 40, e *Cantoni*, sopra citata, § 31). Pertanto, in qualsiasi sistema giuridico, per quanto chiaro possa essere il contenuto di una disposizione di legge, anche di una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti ambigui e adattarsi ai cambiamenti di situazione. *Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, a volte si accompagna ad una rigidità eccessiva; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione*"; nel caso di specie, occorre tuttavia osservare, il ricorrente richiedeva l'applicazione retroattiva dell'interpretazione favorevole, non invocava l'irretroattività di quella sfavorevole); nello stesso senso, cfr. anche Corte EDU, se 20 settembre 2009, *Sud Fondi c. Italia*, ric. n. 75909/019, www.echr.coe.int/echr/en/hudoc, la quale richiamava propria volta Corte EDU, 24 aprile 1990, § 29, *Kruslin c. Francia*.

sarebbe tutt'al contrario inaccettabile che il 'caso espiatorio' del *novum* giurisprudenziale fosse costituito dalla vicenda giudiziaria *sub iudice* a carico dell'imputato in carne e ossa, vittima sacrificale del mutamento giurisprudenziale, adagiato dolcemente – senza ragionevole prevedibilità – sul letto di Procuste dell'*overruling* sfavorevole.

Confutare o quantomeno governare l'asserita biunivocità di corrispondenza tra principio di certezza/valore dell'uniformità interpretativa – in uno alla molto spesso enfatizzata capacità salvifica della *nomofilachia* (*breve*: per garantire la *prevedibilità* sarebbe sufficiente assicurare l'uniformità interpretativa) – e l'inderogabile salvaguardia del diritto individuale alla prevedibilità, è uno tra i gravosi compiti che attendono il formante dottrinale, ancora oscillante tra proposte *de iure condito* (sovente poggiate sulla – forse eccessiva – fiducia nel *self-restraint* giurisprudenziale) e trattenuta circospezione *de iure condendo*⁸⁹.

11. Certezza vs prevedibilità e mutamento giurisprudenziale favorevole vs sfavorevole.

Proprio la consapevolezza della diversità delle ragioni costituzionali, convenzionali e 'metateoriche' che si trovano al fondamento, rispettivamente, della 'certezza' e della 'prevedibilità' può costituire un'utile prospettiva al fine di scindere criticamente il trattamento che l'ordinamento costituzionale interno ha riservato alle due opposte fenomenologie qualitative del mutamento giurisprudenziale, quello favorevole *vs.* quello sfavorevole. D'altro canto, separare criticamente le esigenze di *certezza* da quelle di *prevedibilità* della decisione giudiziaria può contribuire a una più matura configurazione dei termini in cui le 'due legalità' – rispettivamente convenzionale e costituzionale – possono ingaggiare il dialogo che, secondo la più autorevole dottrina, occorre propiziare tra paradigmi giuridico-concettuali a tutta prima inconciliabili⁹⁰.

Il mutamento favorevole in sé considerato, infatti, non coinvolge lo statuto di garanzia del singolo, né alcun potenziale *vulnus* alla prevedibilità di graviori carichi sanzionatori in senso lato⁹¹ nei confronti del condannato, investendo direttamente solo

⁸⁹ Molto interessanti, nonché meritevoli di ulteriore dibattito, le indicazioni *de iure condendo* offerte – oltre a quelle sempre preziose di CADOPPI A., *Il valore del precedente*, cit., spec. 319 ss. – da PERRONE D., *Nullum crimen sine iure*, cit., spec. 342 ss. (la studiosa aveva già suggerito iniziative *de iure condendo* in ID., *'Stabilizzazione' del precedente e principio di colpevolezza: osservazioni sulle ricadute interne della sentenza Contrada*, www.lalegislazionepenale.it, 27 giugno 2016) e BARTOLI R., *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in PALIERO C.E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G., INSOLERA G., PELISSERO M., RAMPIONI R., RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità*, cit., 283 ss., spec. § 6. *L'integrazione tra legalità europea e legalità nazionale: l'applicazione dei principi sulla successione del diritto penale nel tempo ai mutamenti giurisprudenziali*, 296-300.

⁹⁰ Valorizzano il dialogo, ad esempio, VIGANÒ F., [Il nullum crimen conteso; legalità 'costituzionale' vs. legalità convenzionale?](#), in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, 1-29, nonché BARTOLI R., *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in PALIERO C.E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G., INSOLERA G., PELISSERO M., RAMPIONI R., RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., 283 ss.

⁹¹ Per la relativizzazione e bilanciabilità del principio di retroattività della *lex mitior* in tema di prescrizione

le esigenze della certezza del diritto e il principio di uguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.), nonché la loro riconosciuta 'bilanciabilità' con principi costituzionali differenti da quelli posti a presidio della personalità della responsabilità (art. 27, co. 1 Cost.) e della legalità penale (art. 25, co. 2 Cost.); il mutamento giurisprudenziale sfavorevole, invece, produce un insulto diretto e intollerabile allo statuto di garanzia del *nullum crimen*, determinando *ex post* applicazioni retroattive e sfavorevoli del diritto punitivo a carico del condannato, dal medesimo *non ragionevolmente e positivamente prevedibili* al tempo della condotta.

In tale prospettiva, se la certezza del diritto, in ambito domestico, è presidiata certamente, sul piano della formulazione del *precepto penale*, dal 'supercorollario' della legalità costituito dalla riserva di legge, in sede convenzionale le sequele contestative e sanzionatorie della asserita violazione del precetto trovano un argine garantistico invalicabile a favore del singolo sia sul piano della qualità dell'accertamento processuale (art. 6 CEDU), sia su quello della imprescindibile *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie nella *matière pénale* (art. 7 CEDU) (e addirittura ai confini della stessa, come si è osservato in tema di misure di prevenzione patrimoniale)⁹². Oltretutto, come si è già ampiamente osservato, con un rimarchevole incremento di significati garantistici (la *prevedibilità* della decisione giudiziaria rappresenta una garanzia ben maggiore rispetto alle timidissime, quando non inesistenti, aperture giurisprudenziali in tema di applicazione dell'art. 5 c.p. manipolato dalla sentenza n. 364 del 1988).

Sotto tale ultimo profilo, la prevedibilità è destinata a 'fondersi' con la garanzia dell'irretroattività della norma penale sfavorevole, qualunque sia la sua presunta origine, vuoi legale, vuoi – secondo le ormai consolidate acquisizioni penalistiche della via ermeneutica dell'interpretazione penalistica⁹³ – giurisprudenziale.

Tale diversità di contesto (legalità-riserva di legge-certezza del precetto *vs.* legalità-prevedibilità-garanzia del singolo) consente di inquadrare correttamente – e non considerare ambivalente, o addirittura contraddittorio – l'atteggiamento della Corte costituzionale nei confronti dell'"ibridazione" della legalità penale convenzionale nel corso degli ultimi dieci anni. Così, quando il Giudice delle leggi ha preso posizione

del reato, cfr., anche per gli ulteriori rimandi bibliografici, VIGANÒ F., [Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011](#), lavoro destinato agli *Scritti in onore del Prof. Valerio Onida*, in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2011, 3: "è opinione pressoché unanime della dottrina penalistica italiana che il principio della retroattività della norma penale più favorevole, riconosciuto con qualche eccezione dall'art. 2 co. 2 e seguenti del codice penale, non sia del tutto sprovvisto di fondamento costituzionale, ma che tale fondamento vada individuato non nel principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost. (come invece accade per il principio di *irretroattività* della norma penale più sfavorevole), bensì nel più generale principio di *eguaglianza-ragionevolezza* di cui all'art. 3 Cost., risultando per l'appunto irragionevole continuare a punire chi avesse commesso il fatto contravvenendo a una legge penale successivamente abrogata, ovvero a punirlo con la pena prevista al momento della commissione del fatto, ma successivamente sostituita – prima della conclusione del processo – con una pena più mite".

⁹² Cfr. *supra*, nota 64.

⁹³ Sul punto, cfr., anche per ulteriori rinvii di letteratura, DI GIOVINE O., [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 11 ss., nonché VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, XLIV, 2015, 131 ss.

contro la retroattività *in executivis* del mutamento giurisprudenziale favorevole, pur movendo da enunciazioni di principio circa la preminenza della riserva di legge sul diritto giurisprudenziale, ha, a ben vedere, solo valorizzato le esigenze della ‘certezza’ implicate dalla *firmitas* del giudicato rispetto all’applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale favorevole, ma non si è certo espressa nel senso di consacrare il primato della *lex scripta* rispetto al principio convenzionale – in un radicalmente diverso sfondo problematico – dell’irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole⁹⁴.

Quello da ultimo indicato è, invero, un argomento ancora inesplorato dalla Consulta, la quale non ci sembra sia mai stata posta in condizione di esprimersi compiutamente nel contesto del sindacato incidentale di legittimità delle leggi. Né, in proposito, il giudice ordinario si è reso proattivo nel sollecitarne l’intervento nemmeno nel caso più clamoroso al quale si sia assistito negli ultimi anni, e cioè nella vicenda riguardante i c.d. ‘fratelli minori’ di Contrada, occasione che forse si sarebbe presentata propizia sotto lo specifico riguardo dell’applicabilità retroattiva del contrasto o del mutamento giurisprudenziale⁹⁵.

Occorre invece riconoscere che il problema dell’interpretazione giurisprudenziale con effetti *in malam partem* si fa vieppiù incombente ed attuale, e che d’altra parte sia ragionevole ipotizzare che con esso l’ordinamento interno e i suoi principali attori (legislatore, giudici ordinari e Corte costituzionale) saranno sempre più destinati a confrontarsi in modo franco e senza esitazioni. Negare che il mutamento giurisprudenziale *in malam partem* non costituisca il punto di minore resistenza delle garanzie individuali nell’attuale tornante storico, o ritenere che lo stesso possa essere arginato con l’attuale timido ricorso da parte del giudice ordinario alla – sostanzialmente inattuata – scusante dell’*error iuris*, equivarrebbe a mutuare la logica del manzoniano Don Ferrante, il quale negava l’evidenza e realtà della peste poiché, secondo le categorie aristoteliche utilizzate, essa non poteva essere né ‘sostanza’, né ‘accidente’.

Occorre invece avvicinare la disciplina del mutamento giurisprudenziale *contra reum* anche – e anzitutto – alla legalità, oltre che alla colpevolezza, sulla scia di voci

⁹⁴ Poiché, anzi, nell’unico caso in cui si è trovata a cimentarsi col principio di prevedibilità in senso stretto, segnatamente nella sentenza n. 24 del 2019 in tema di conseguenze sanzionatorie anche solo patrimoniali delle misure di prevenzione, la Consulta ha chiaramente recepito i principi, a proposito di prevedibilità, della sentenza De Tommaso c. Italia, affermando, da un lato, il carattere performativo del diritto vivente sullo scrutinio di costituzionalità (vi è stato un periodo antecedente alla sentenza Corte EDU De Tommaso in cui anche l’art. 1, lett. b), d. lgs. 159/2011 era inficiato da incostituzionali *deficit* di tassatività determinatezza, che solo l’opera di tassativizzazione giurisprudenziale di legittimità *post*-De Tommaso avrebbe emendato); da un altro canto, il ruolo eminente dispiegato dalla giurisprudenza nell’enucleare la c.d. dimensione ermeneutica del fatto tipico.

⁹⁵ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., 24 ottobre 2019 (dep. 3 marzo 2020), n. 8544, in *questa rivista*, 11 marzo 2020, con nota di BERNARDI S., [Le Sezioni unite chiudono la saga dei “fratelli minori” di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes](#), in cui il più elevato consesso del Supremo Collegio non ha nemmeno ravvisato, nel *dictum* Contrada della Corte EDU, l’espressione di quel diritto consolidato meritevole di considerazione al fine di attivare, in capo al giudice interno, l’obbligo di sperimentare l’interpretazione convenzionalmente conforme.

dottrinali che ormai da qualche tempo si sono fatte meritoriamente sentire⁹⁶. Che, poi, tale imprescindibile risultato possa essere guadagnato già *de iure condito* o vada conseguito attraverso specifici interventi *de iure condendo*, è tema sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede⁹⁷.

⁹⁶ Sul punto, cfr. BARTOLI R., *Legalità europea vs. legalità nazionale?*, cit., 296 ss.

⁹⁷ Sembra orientato nel senso che già *de iure condito* sia possibile operare attraverso il regime dell'irretroattività nel caso di *overruling*, ad esempio, BARTOLI, *loc. cit.*, 297-298: "per quanto riguarda l'ipotesi di mutamento giurisprudenziale sfavorevole, che si ha quando a un orientamento unanime o comunque a una pronuncia «qualificata» (Sezioni Unite) favorevole (nel senso della atipicità del fatto) segue una sentenza sfavorevole (nel senso della tipicità del fatto), non c'è alcun dubbio che possa operare già in via interpretativa il principio di irretroattività e quindi il meccanismo del c.d. *prospective overruling*, che consente al giudice di 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, e per casi futuri si devono intendere quelli che sono realizzati dopo la sentenza che ha adottato la nuova interpretazione. Poiché infatti il soggetto ha posto in essere il fatto quando esso veniva nella sostanza qualificato come lecito, una sua eventuale punizione non significherebbe altro che far retroagire l'incriminazione". Lo stesso Autore, invece, nel caso di consolidamento di un'interpretazione contrastata (c.d. contrasto giurisprudenziale, come nel caso Contrada), opta per la riconduzione della disciplina al piano della colpevolezza: "Per quanto riguarda l'ipotesi della stabilizzazione giurisprudenziale sfavorevole, che si ha quando a due orientamenti contrastanti segue una pronuncia «qualificata» che opta per la tipicità del fatto (es. caso c.d. Contrada), è opportuno che operi la colpevolezza e non la irretroattività" (*ibidem*); dello stesso Autore, cfr. anche ID., *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1769 ss.; auspica, rievocando il sistema tedesco dei c.d. *Promillefälle*, pure ammettendo che *de iure condito* non possa oggi che applicarsi – in modo evidentemente più 'generoso' di quanto non si pratici – il rimedio dell'*error iuris*, CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 321: "non è pura fantasia il prospettare l'estensione dell'operatività delle regole di cui all'art. 2 c.p. anche ai mutamenti giurisprudenziali, col che si accoglierebbe il c.d. *prospective overruling*"; opta per il *prospective overruling* già *de lege lata*, pur affidandosi all'«onestà» del giudicante, DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 114-115: "solo il riconoscimento onesto, parte del giudicante, che la sottofattispecie è 'nuova', nel senso che c'è di fatto un *mutamento giurisprudenziale*, consente [...] di rendere operativo un obbligo di questo genere, una volta introdotto o riconosciuto in via interpretativa come un corollario dell'art. 2 c.p., e applicato sia al problema delle sottofattispecie, sia a maggior ragione delle nuove norme"; assume in modo intransigente e convinto la necessità di includere l'*overruling* sfavorevole nella cornice di tutela della legalità anziché in quella, *post phestum*, della colpevolezza VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 152 e 155 ss.: "Altro, infatti, è il *principio* di colpevolezza inteso come criterio di civiltà «trasversale» alla luce del quale ri-leggere tutti gli istituti di parte generale (dall'imputazione oggettiva alle ipotesi «miste», passando per lo stesso fatto tipico); altro, invece, è la colpevolezza come *categoria dogmatica*, ossia il giudizio di rimproverabilità soggettiva che succede al compiuto accertamento di un fatto – oggettivamente e soggettivamente – illecito [...] In effetti, la circostanza che il *principio* di irretroattività penale (esattamente come il *principio* di colpevolezza) risponda a un'istanza di sicurezza giuridica, ossia funga da *presupposto* del giudizio di colpevolezza-categoria dogmatica, non implica necessariamente che la sua eventuale violazione, da parte del legislatore come «per mano giurisprudenziale», possa rilevare 'al più presto' in occasione del giudizio di rimproverabilità soggettiva: una cosa, infatti, sono i presupposti di quel giudizio; ben altro, invece, è il giudizio in se stesso considerato. *Si tratterebbe, dunque, di ri-vedere il principio di irretroattività alla luce del principio di colpevolezza, dilatando il raggio dell'affidamento protetto fino ad includervi (anche) il «diritto vivente» al momento del fatto (ultimi corsivi aggiunti)*; e ancora: "considerata la formidabile riluttanza con cui la giurisprudenza proscioglie per difetto di colpevolezza chi invoca il «diritto vivente» e dichiara di avervi fatto affidamento, continuare a consegnare al giudizio di rimproverabilità soggettiva (meramente eventuale e iper-standardizzato, se non autenticamente presuntivo) il problema della retroattività occulta, val quanto continuare a considerarlo uno pseudo-problema o, comunque, un «male»

12. Brevi 'conclusioni interlocutorie'.

Quindi, riassumendo, la *prevedibilità*: ha ad oggetto la futura decisione giudiziale; è germinata nel diritto interno, soprattutto con la sentenza costituzionale n. 364 del 1988, la quale, sul piano dogmatico, ne ha proposta la collocazione nell'ambito della c.d. *colpevolezza normativa*; nell'orizzonte del diritto sovranazionale della CEDU, la *prevedibilità* si è caratterizzata come *diritto fondamentale dell'uomo* e, in modo ancora più specifico, come diritto umano già (*asseritamente*) violato; la *prevedibilità* è, quindi, una *garanzia supplementare*: quale principale ingrediente della legalità penale convenzionale, costituisce un ulteriore presidio rispetto a quelli assicurati dall'ordinamento penale interno, non solo perché il diritto umano che interessa il sistema CEDU è stato già violato dallo Stato, ma per l'espressa previsione della massimizzazione delle tutele di cui all'art. 53 CEDU; la *prevedibilità* va intesa in prospettiva positiva, e cioè come *ragionevole prevedibilità*, non negativa, nel senso di *manca di imprevedibilità o di assoluta imprevedibilità*; per scrutarne le possibili violazioni, nonché i limiti di legittimità delle sue deroghe, la ragionevole *prevedibilità* va delineata in senso ampio e inclusivo, tale da comprendere, almeno in via astratta, il complessivo spettro delle sue declinazioni contenutistiche; la ragionevole *prevedibilità*, non coincidendo con la c.d. certezza del diritto e con la *nomofilachia* in sé considerate, rivendica una protezione individuale come diritto umano a garanzia della persona dell'imputato; in caso di mutamento giurisprudenziale sfavorevole, la ragionevole *prevedibilità* reclama una tutela preventiva prima ancora dell'accertamento giudiziale, se del caso – *de lege lata* – mediante un ricorso più 'generoso' all'*error iuris* scusabile e, laddove opportuno – *de lege ferenda* – mediante la riformulazione dell'art. 2 c.p., tale da includervi il riferimento anche all'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole⁹⁸.

In ogni caso, molto lavoro attende il penalista.

connaturale a sistemi radicati sulla separazione dei poteri". Nonostante l'approfondita sensibilità da sempre manifestata sul punto, in uno alla consapevolezza circa la sostanziale obliterazione applicativa dell'*error iuris* scusabile in caso di *overruling* o mutamento giurisprudenziale sfavorevole, ritiene che, *de iure condito*, l'unica via percorribile sia quella di valorizzare la mancanza di *colpevolezza* VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso*, cit., 26: "la possibilità di cambiare idea (per il giudicante, n.d.r.) dovrà essere esercitata assicurandosi che il mutamento dell'interpretazione non leda il diritto individuale dell'imputato alla prevedibilità della decisione, attraverso il meccanismo [...] dell'art. 5 c.p."; nello stesso senso, cfr. ID., *Il principio di prevedibilità*, cit., 260. Per una prospettiva *de iure condendo*, cfr. PERRONE D., *Nullum crimen*, cit., 380-381: "La soluzione più lineare è quella che prevede la riformulazione legislativa dell'art. 2 c.p. [...] Subito dopo aver chiarito al primo comma che «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato; il legislatore potrebbe inserire un nuovo comma 1-bis per precisare che «nessuno può essere punito per un fatto la cui punibilità, secondo l'interpretazione della legge del tempo in cui è stato commesso, era imprevedibile". Qui ci si permette solo di suggerire la modifica dell'ultimo aggettivo, sostituendo all'imprevedibile il 'non ragionevolmente e positivamente prevedibile'.

⁹⁸ Cfr. *supra*, nota 97.