

TEORIA E PRASSI
DELLA GIUSTIZIA PENALE CONTEMPORANEA

IO

Direttori

Alfredo BARGI

Università degli Studi di Palermo

Alfonso Maria STILE

Sapienza Università di Roma

Vincenzo Roberto GAROFOLI

Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Comitato scientifico

Leonardo FILIPPI

Università degli Studi di Cagliari

Antonio SCAGLIONE

Università degli Studi di Palermo

Enrico Antonio MARZADURI

Università di Pisa

Giulio GARUTI

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Giovanni CANZIO

Corte Suprema di Cassazione

Mariavaleria DEL TUFO

Università degli Studi Suor Orsola Benincasa

Stefano Manacorda FROSINI

Seconda Università degli Studi di Napoli

Andrea R. CASTALDO

Università degli Studi di Salerno

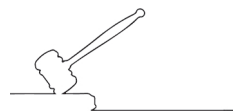
Gennaro Vittorio DE FRANCESCO

Seconda Università degli Studi di Napoli

Piermaria CORSO

Università degli Studi di Milano

TEORIA E PRASSI DELLA GIUSTIZIA PENALE CONTEMPORANEA



La collana avrà di mira l'analisi dei più attuali temi di "diritto vivente", conseguenti all'evoluzione delle fattispecie penali tradizionali e all'introduzione di nuove figure di illecito penale nei diversi settori del diritto (diritto penale commerciale, bancario, ambientale, transazionale, eccetera), non sempre in sintonia con i principi penali generali e con i correlati valori costituzionali, chiamati in causa dalle nuove forme di prevenzione e di repressione poste in campo dal legislatore per contrastare i più diffusi fenomeni criminali.

Nella medesima ottica troveranno ospitalità contributi di ricerca ed analisi di diritto processuale penale, volti a verificare il grado e le caratteristiche del mutato rapporto tra diritto sostanziale e processo penale, del nuovo volto della prova penale determinato dal sottosistema processuale del "doppio binario", e dalla strisciante contaminazione del complessivo sistema processuale in ragione dei nuovi obiettivi del diritto penale securitario.

In tale ambito verrà portata l'attenzione sulla diffusione di "scorciatoie" probatorie e di flessibilità interpretativa che connotano il sistema delle misure di prevenzione, soprattutto di quelle patrimoniali.

I contributi, di carattere non descrittivo ma problematico, saranno incentrati sull'analisi critica della giustizia penale contemporanea, nell'ambito della giurisprudenza nazionale e sovranazionale raffrontate alle diverse teorie tradizionali e quelle prospettate dai più recenti studi ed approdi della dottrina.



Vai al contenuto multimediale

Ivan Borasi

**L'overruling della norma processuale penale
nello *stare dictis* vivente**





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-0660-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2017

A me stesso

Indice

II *Introduzione*

13 *Capitolo I*

La funzione “creativa” della giurisprudenza processuale

1.1. Legalità processuale, 13 – 1.1.1. *Analogia*, 19 – 1.2. Interpretazione, 21 – 1.3. Applicazione e attuazione, 32 – 1.3.1. *Giurisprudenza*, 33 – 1.3.2. *Precedente giudiziale e stare dictis*, 35 – 1.4. *Nomofilachia*, 39 – 1.4.1. *Obiter dictum*, 43 – 1.5. Diritto vivente, 44 – 1.6. Diritti quesiti, 49 – 1.7. *Revirement* e *overruling*, 50.

53 *Capitolo II*

Il “mutamento” di giurisprudenza processuale nel tempo

2.1. Interazione dei fatti processuali, 53 – 2.2. Natura delle norme interpretate, 60 – 2.3. *Tempus regit actum*, 61 – 2.4. *Favor rei*, 65 – 2.5. Restituzione in termini, 76 – 2.6. *Prospective overruling*, 78 – 2.7. *Anticipatory overruling*, 85 – 2.8. *Distinguishing*, 86.

89 *Conclusioni*

91 *Bibliografia*

Introduzione

Funditus, la necessità, *de iure condito*, anche se in chiave evolutivo–attuativa, di analizzare dinamicamente il rapporto tra la norma processuale penale e il diritto vivente (*stricto sensu*) di origine giurisprudenziale. Specialmente, l’ottica del mutamento temporale significativo, secondo categorie sì indigene dei sistemi di *stare decisis*, ma sussumibili, ragionevolmente, pure in sistemi di *stare dictis*, come il nostro. Tangere la funzione nomofilattica della Suprema Corte di Cassazione, secondo un’ottica a spiccata valenza organizzativa (interna). Canovaccio del ragionamento, complesso, legato ai profili di prevedibilità, affidamento e giustizia sostanziale, *rectius* processuale.

La funzione “creativa” della giurisprudenza processuale

1.1. Legalità processuale

Netta è la separazione tra il momento di formazione politica della regola, e la sua applicazione da parte del giudice secondo la teorica dell'*entfremdung*¹.

Profilo di scontro *in puncto*, è dato dalla portata della “giurisprudenza”² come *ius dicere* della vicenda storica interpretativa³.

In questo contesto critico, si innesta la nozione di legge processuale penale quale complesso di norme in funzione attuativa⁴. Carattere fondante, è portato dalla strumentalità necessaria rispetto alle norme sostanziali, da attuarsi secondo un’opera di bilanciamento di interessi, frutto di un forte

1. Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 2–3.

2. Per un approfondimento anche storico, Cfr. G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, 1970, XIX, 489 ss.

3. A tal proposito, il *dictum* di Cass., Sez. Un. Pen., sent. n. 18288 del 2010, in *CED*, chiarisce l’importanza della giurisprudenza nel fenomeno della legalità *lato sensu*: « Per effetto dell’esplicito riferimento al “diritto” (“law”) — e non soltanto alla “legge” — contenuto nell’art. 7, la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell’esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo (cfr. sentenze della Corte di Strasburgo 24/4/1990, caso *Kruslin c/ Francia*; 12/2/2008, caso *Kafkaris c/ Cipro*; 15/11/1996, caso *Cantoni c/ Francia*; 25/5/1993, caso *Kokkinakis c/ Grecia*). Tale visione sostanziale del principio di legalità si confronta peraltro, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con particolari condizioni qualitative, quali l’accessibilità della norma penale e la ragionevole prevedibilità delle sue conseguenze (cfr. sentenze Corte europea *Cantoni c/ Francia* succitata; 22/11/1995, caso *S.W. e C.R. c/ Regno Unito*; 29/3/2006, caso *Achour c/ Francia*). Con le recenti sentenze 17/9/2009 (caso *Scoppola c/ Italia*) e 8/12/2009 (caso *Previti c/ Italia*), la Corte europea, dopo avere ribadito i principi consolidati in merito alla nozione di diritto, ha affermato che “a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste... non può presentare una precisione assoluta”, posto che si serve di “formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica; pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria...; del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza... contribuisce necessariamente all’evoluzione progressiva del diritto penale”. ».

4. Si parla in generale di diritto come insieme di comandi e obbedienze in F. VIOLA, *Metodologia, teoria ed ideologia del diritto* in F. Carnelutti, in *Riv. dir. proc.*, 1967, I, 33.

vincolo integrativo fra le suddette branche della materia penale *lato sensu*⁵, sullo sfondo di un'autonomia dogmatica del diritto processuale conquistata solo "recentemente"⁶.

Mentre la legalità sostanziale, è espressa dal tradizionale brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la legalità processuale, è individuata nell'espressione *nullum crimen, nulla poena sine iudicio*, da estendersi anche alla fase esecutiva⁷.

In realtà, una visione di insieme porta anche ad una nozione di legalità dell'azione penale (o della materia penale che dir si voglia) *lato sensu*⁸.

Il principio di legalità processuale penale, trova la fonte primaria nell'art. 111 comma 1 Cost.⁹, inserito nel tessuto costituzionale dalla L.C. n. 2 del 1999, espressione del giusto processo regolato dalla legge¹⁰, come variante del *due process of law*¹¹, da vedersi, secondo una logica di sistema¹², in parallelo con il principio di legalità sostanziale portato dall'art. 25 comma 2 Cost.¹³.

Tale regola, rappresenta un antecedente necessario del giudizio *stricto sensu*¹⁴, a tutela fondamentalmente della certezza del diritto¹⁵ come bene pri-

5. Del rapporto tra diritto penale e processo, in chiave dinamico-evolutiva, tratta S. MILONE, *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo*, in www.penalcontemporaneo.it, 2016, 1.

6. Cfr. A. CRISTIANI, voce *Legge processuale penale*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1990, XVIII, 1.

7. Per un approfondimento, Cfr. M. CAIANIELLO, E. FRONZA, *Il principio di legalità nello statuto della corte penale internazionale*, in *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, a cura di G. CARLIZZI, G. DELLA MORTE, S. LAURENTI, A. MARCHESI, Napoli, 2003.

8. Cfr. G. MARINI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1978, XXVIII, 956.

9. Per un approfondimento sul punto si veda V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 42 ss.

10. Per un approfondimento della nozione, si vedano P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009; G. VIGNERA, *Il "giusto processo" nell'art. 111 comma 1 Cost: nozione e funzione*, in *Inf. prev.*, 2003, 979 ss.; S. BUZZELLI, voce *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, 2002, agg. I, 343 ss.; F. VASSALLI, *Il giusto processo: la genesi e la storia*, in *Il giusto processo*, 2002, 149; M. CECCHETTI, voce *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, 2001, agg. V, 595 ss.; C. CONTI, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 2001, agg. V, 633 ss.; V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale giusto: itinerari e prospettive*, Milano, 1999.

11. Cfr. G. VIGNERA, *Principio di legalità ed esercizio della giurisdizione*, in www.ilcaso.it, 2009, 149, II; e per un'analisi generale, si veda E.D. RE, voce *Due process of law*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1989, XL, 1 ss.

12. Di sistema parlano anche, M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, Torino, 1958; G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, in *Foro it.*, 1964; V. LANZA, *Sistema di diritto processuale penale italiano*, Firenze, 1922.

13. Cfr. O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in www.penalcontemporaneo.it, 2012, 2.

14. Cfr. E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione ed autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 432.

15. Per un approfondimento della nozione, si vedano G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, in *Rass. for.*, 2006, 307 ss.; M. CORSALE, voce *Certezza del diritto (profili teorici)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988, VI, 1 ss.; A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto (profili applicativi)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988, VI, 1 ss.; M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979; G. CONSO, *La certezza*

mario, ma non unico, in *subiecta materia*¹⁶. La certezza del diritto, si trova tra due “fuochi”, da un lato la necessaria prevedibilità delle conseguenze giuridiche di comportamenti umani¹⁷, dall’altro la volontà di soluzioni normative flessibili, in chiave dinamica, ai problemi della società¹⁸; è strettamente connessa ai profili di conoscibilità, affidamento¹⁹, ed effettività delle norme giuridiche, che a loro volta si attuano attraverso corollari espressione di altri principi fondamentali, primo fra tutti quello di legalità, anche processuale²⁰. Altra finalità, riguarda la predisposizione di regole che possano contenere la discrezionalità del giudice²¹, da vedersi sempre in senso teleologicamente

del diritto: ieri, oggi, domani, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 547 ss.; F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, XX, 81 ss.; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, 81 ss.

16. Parla anche di certezza dei diritti, A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all’impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Riv. AIC*, 2011, II, 12 ss.

17. In generale sul punto, Cfr. S. ZIRULIA, *Irretroattività sfavorevole e reati d’evento “lungo-latente”*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 6. Tale carattere, deve essere correlato alla disciplina, generale, portata dall’art. 5 c.p., anche come riletto in chiave di sistema dalla Corte Costituzionale con il *leading case* n. 364 del 1988.

18. Cfr. A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto (profili applicativi)*, cit., I.

19. Sul punto, un approfondimento in F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

20. Interessanti in tema le considerazioni scritte del 12 aprile 2013 espresse dai Saggi nominati dal Presidente della Repubblica per relazionare sulle possibili riforme: « 11. Principio di legalità. A causa dell’eccesso di produzione normativa, della complessità dei fenomeni sociali e della qualità non sempre adeguata dei testi legislativi, più spesso destinati alla comunicazione politica di quanto non lo siano alla disciplina dei rapporti giuridici, la legge ha in parte smarrito la sua potenza simbolica e la capacità di regolare efficacemente i comportamenti dei cittadini. Naturalmente non si può prescindere dalla legge, anche perché la soggezione dei magistrati ad essa rappresenta fattore di congiunzione tra un ordine giudiziario dotato di autonomia e di indipendenza e il circuito costituzionale fondato sulla sovranità del popolo. Ma la legge, non sempre si rivela idonea a garantire, da sola, il principio di legalità nella sua dimensione di possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche dei comportamenti di ciascuno. Il venir meno di quei fattori di certezza e di prevedibilità che erano tradizionalmente propri della legge e della interpretazione giurisprudenziale ha progressivamente ampliato i margini dell’intervento interpretativo del magistrato. Tale processo è difficilmente arrestabile, anche perché riflette una tendenza, propria non solo dell’Italia, di avvicinamento generalizzato ai sistemi di common law dove tuttavia altri sono i contrappesi, i meccanismi di responsabilizzazione e le fonti dalle quali l’ordine giudiziario trae legittimazione. L’autonomia e l’indipendenza della magistratura, la stabilità della legislazione e la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti di ciascuno sono tutti diritti fondamentali nello Stato democratico. Ma tali diritti possono essere messi a repentaglio dalla mutevolezza delle interpretazioni e perciò si propone di rafforzare - mediante interventi regolatori - l’autorità dei precedenti provenienti dalle giurisdizioni superiori e gli obblighi di motivazione in caso di scostamento da interpretazioni consolidate. Altrettanto necessaria è la crescita del senso di responsabilità del magistrato per le conseguenze delle proprie decisioni nella comunità; ma si tratta di questioni che investono prevalentemente principi di natura deontologica, difficili da tradurre in regole disciplinari, dipendenti strettamente dalla consapevolezza dei doveri di responsabilità professionale. ».

21. Cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 31. Per una diversa visione d’approccio al problema del limite alla discrezionalità del giudice interprete, Cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, 2013.

orientato alla ragionevolezza (*ex art. 3 Cost.*)²² e stabilità. La prevedibilità delle decisioni giudiziarie, in particolare, riguarda i profili dell'accertamento dei fatti e dell'applicazione delle norme, soprattutto in ordine alle questioni processuali, anche per una predeterminazione dei rischi teleologicamente orientata alla deflazione del carico giudiziario²³.

È proprio l'ottica di visione con cui viene considerata la discrezionalità del giudice, ad indirizzare l'analisi del bilanciamento dei principi fondamentali della legalità processuale. La diatriba, è sul se ritenere che il giudice debba solo rappresentare la *bouche de la loi* secondo la visione del Montesquieu, oppure abbia anche una funzione integrativa, *rectius* creativa, e quindi differente, seppur controllabile *ex post*²⁴.

L'art. 7 CEDU²⁵, anche se chiaramente rivolto al diritto sostanziale, deve essere letto indirettamente pure in chiave processuale, come prerequisite per un'attuazione concreta del primo²⁶. Da non dimenticare, come *in puncto*, anche l'art. 11 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, l'art. 15 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, e l'art. 49 della Carta di Nizza, rafforzino la legalità sostanziale, e possano essere letti nella chiave interpretativa suddetta.

22. Per un approfondimento della figura *de qua*, si vedano V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 739 ss.; A. MORRONE, *Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, a cura di A. CERRI, Roma, 2007, 239 ss.; G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997; J. LUTHER, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in Dig. disc. pubbl., 1997, XXII, 341 ss.; G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989.

23. Cfr. G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in Riv. dir. proc., 2015, III, 647. In dottrina, si osserva poi come tale principio rilevi già per gli organi deputati al law enforcement, Cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 3.

24. Disquisisce sulla nozione di creatività a tutto tondo, A. RUGGERI, *A margine di M. Nisticò, L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisprudizione*, Giappichelli, Torino 2015, in www.dirittoconparati.it, 2015.

25. Per un approfondimento della norma *de qua*, si vedano V. MANES, sub art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012; A. BERNARDI, sub art. 7, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, Padova, 2001.

26. Interessante sul punto l'ipotesi trattata da C. Cost. sent. n. 210 del 2013, in CED, che afferma: «In particolare, la Corte EDU ha ritenuto che l'art. 442, comma 2, cod. proc. pen., ancorché contenuto in una legge processuale, è norma di diritto penale sostanziale, in quanto, «se è vero che gli articoli 438 e 441-443 del c.p.p. descrivono il campo di applicazione e le fasi processuali del giudizio abbreviato, rimane comunque il fatto che il paragrafo 2 dell'articolo 442 è interamente dedicato alla severità della pena da infliggere quando il processo si è svolto secondo questa procedura semplificata». Si tratta perciò di una norma che rientra nel campo di applicazione dell'art. 7, paragrafo 1, della Convenzione, che, secondo una innovativa interpretazione della Corte di Strasburgo, comprende anche il diritto dell'imputato di beneficiare della legge penale successiva alla commissione del reato che prevede una sanzione meno severa di quella stabilita in precedenza».

In dottrina, si parla anche di legalità processuale convenzionale come principio generale della materia penale, richiamando l’interpretazione sul punto portata da Corte EDU, 22 giugno 2000, Coeme e altri vs Belgio; visione questa che nella prassi giurisprudenziale interna viene puntualmente eclissata²⁷.

Le due accezioni della legalità, come formale e sostanziale, permettono un utile raffronto con le attività legate al disporre e provvedere, sempre in una visione dinamica del diritto²⁸.

In quest’ottica, la normativa sovranazionale va sempre di più a scardinare il concetto di legalità meramente formale, in un sistema che sta subendo un *revirement* nei rapporti tra istituzioni interne e straniere, tendendo verso un piano ordinamentale integrato al mutuo riconoscimento²⁹.

Sul punto, in materia processuale, è da ricordare il Programma di Stoccolma³⁰, da leggersi come agenda dell’UE, nel *post* Trattato di Lisbona, in materia di giustizia, libertà e sicurezza, per il periodo 2010-2014; in tema, si vedano anche le linee guida *post* Stoccolma espresse dal Consiglio europeo di Ypres per il quinquennio 2015-2020³¹.

Anche la visione di un sindacato costituzionale rigidamente accentrato³², posto a presidio della legalità penale, pure processuale, si scontra con il potere di disapplicazione “comunitario” (*rectius* “eurounitario”³³), o con l’ottica dottrinale di possibile *drittwirkung* diffuso³⁴.

Strettamente connesso, è il problema della valenza relativa della fonte legale ordinaria, che assume un valore gerarchico “cedente” nei confronti non solo della legge costituzionale, ma anche nei raffronti delle fonti convenzionali (CEDU e altri patti), viste dalle pronunce C. Cost. nn. 348-349 del 2007, 80 del 2011, e 7 del 2013, come norme interposte a quelle primarie, possibili parametri di costituzionalità *ex art. 117 Cost.*, anche se non disapplicabili direttamente³⁵ come invece quelle eurounitarie caratterizzate dal

27. Cfr. O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell’individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit., 2.

28. Cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 38, 60 ss.

29. In ordine a questo carattere, un approfondimento in O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 55 ss.

30. Si veda in eur-lex.europa.eu.

31. Per un commento in punto, Cfr. E. COTTU, *Il Consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014.

32. Critico rispetto a ciò il portato di Corte EDU, Grande Camera, 27 agosto 2015, Parrillo vs Italia; in tema, commento di L. FILIPPI, *La Grande Camera della Corte europea dà scacco matto alla Consulta (ovvero quando la Corte europea è più garantista della Consulta)*, in *Arch. pen. (Web)*, 2015, III.

33. Utilizza tale termine, A. RUGGERI, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in www.dirittoconparati.it, 2013.

34. Cfr. I. BORASI, *Drittwirkung e sistema penale*, in *Riv. pen.*, 2011, XII, 1251 ss.

35. Per una riflessione analitica in chiave evolutiva di sistema sul punto, espressione di una visione di tendenza futura volta all’espansione della incidenza interna diretta, e a valenza generale, delle

primaute. Ma, *funditus*, il raffronto legalità/diritto giurisprudenziale non è *stricto sensu* una questione di fonti. È fondamentale l'evoluzione da una visione della legalità (anche processuale) delle fonti, ad una legalità dei diritti³⁶, da una idea statica del diritto, ad un concetto dinamico della norma, senza che ciò contrasti con la certezza del diritto in senso proprio, che mai deve arrivare al punto di sacrificare il fine della disposizione sull'altare di requisiti meramente formali in concreto avulsi da interessi, anche processuali, meritevoli di tutela; accessibilità e prevedibilità sì, ma non secondo una visione burocratica, discrezionalità sì, ma non arbitrio, al fine di un giusto ed equo processo in concreto³⁷.

Non bisogna mai perdere di vista il fatto che, le regole processuali, in chiave di garanzia, sono poste con il fine di evitare che un innocente venga perseguito, e ancor peggio condannato, anche a rischio che un colpevole non venga punito, ma dall'altro lato, quest'ultima evenienza deve essere, grazie all'apporto dell'interprete giudiziario, limitata al massimo, pure in funzione di una tendenziale tutela a tutto tondo della vittima del reato, già direttamente nel processo penale, che non può però mai arrivare a giustificare un abuso del diritto *lato sensu*, o risolversi comunque a detrimento dei diritti e garanzie, purché effettive, proprie dell'imputato.

Non è la garanzia processuale, anche se cristallizzata *ex ante* dal legislatore, ad essere portatrice *ex se* e *iuris et de iure* di un valore/diritto fondamentale, ma è quest'ultimo che la colora in concreto; profilo diverso, è poi l'onere della prova sul punto³⁸, che certamente deve risentire del favore legale, ed in modo forte come presunzione *iuris tantum*, ma tale valutazione spetta in ultima analisi all'interpretazione ed applicazione dinamica del diritto.

Mette conto osservare, peraltro, come attenta dottrina, richiamando il *leading case* C. Cost. sent. n. 21 del 2009³⁹, sostanzialmente ponga l'attenzione

decisioni della Corte EDU, si veda A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in www.dirittoconfronto.it, 2013. In questa direzione non sembra invece rivolto il portato del Protocollo n. 15 alla CEDU del 24 giugno 2013, non ancora in vigore, in tema di valorizzazione del principio di sussidiarietà e della dottrina del margine di apprezzamento.

36. Sul punto, interessante disamina in R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

37. Per un approfondimento sul diritto d'accesso alla giustizia *tout court*, si veda G. BORELLA, *Il giusto e l'utile. Considerazioni sui rapporti tra diritto al processo ed esigenze dell'economia (Parti I e II)*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, III e IV, 261 ss. e 368 ss., dove se ne ripercorrono le fonti interne e sovranazionali.

38. Per un approfondimento generale della nozione, Cfr. C. FURNO, *L'onere della prova*, Padova, 1966.

39. Ivi, in *CED*, si afferma: «5. – Quanto, poi, alla asserita compromissione del principio di determinatezza – al quale si riferiscono, in effetti, in larga prevalenza le censure del giudice a quo – questa Corte ha avuto modo di affermare come esso risponda a due fondamentali obiettivi: per un verso, quello di evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la

sulla delicatezza di tale operazione, in chiave di straripamento di potere, e lesione del diritto all'autodeterminazione processuale⁴⁰.

1.1.1. Analogia

Storicamente, l'analogia è stata vista come un procedimento logico interpretativo del diritto, più o meno legato agli argomenti di somiglianza e/o comparazione, nelle due versioni classiche dell'*analogia iuris* e dell'*analogia legis*⁴¹.

Nel nostro ordinamento, le norme di riferimento sono portate agli artt. 12 e 14 preleggi, che esprimono il concetto di autointegrazione dell'ordinamento, da vedersi in modo differenziato rispetto al concetto di eterointegrazione in funzione di mero rinvio all'esterno⁴².

Si suole parlare, anche, di funzione creativa dell'analogia, in contrapposizione alla nozione dichiarativa dell'interpretazione *stricto sensu*⁴³.

Il concetto di analogia, affonda le proprie basi in quello di lacuna, da intendersi come fattispecie non disciplinata normativamente in via diretta in ordine alle conseguenze giuridiche⁴⁴.

La lacuna, può derivare da un'interpretazione della disposizione in senso stretto, oppure dall'operazione successiva di sussunzione di tale norma nella fattispecie concreta⁴⁵, anche processuale.

La nozione di lacuna, è strettamente connessa al divieto di *non liquet* e al dovere di applicare la legge da parte del giudice, in una visione integrativa dell'ordinamento, in contrapposizione alla mera attività interpretativa, e in chiave prodromica alla comune fase applicativa⁴⁶. Correlata, è la *quaestio* di cui alla *ratio* di collegamento tra le norme del rapporto analogico, il c.d. *quid commune*, in chiave deduttiva o induttiva⁴⁷.

riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per altro verso, quello di garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta (sentenza n. 327 del 2008). ».

40. Cfr. O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit., 10.

41. Cfr. V. PIANO MORTARI, voce *Analogia (premessa storica)*, in *Enc. dir.*, 1958, XVI, 344-345.

42. Cfr. L. CAIANI, voce *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1958, XVI, 350, 352.

43. Cfr. *Ivi*, 350.

44. Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 2010, 333.

45. Cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 2011, 132.

46. Cfr. L. CAIANI, voce *Analogia (teoria generale)*, cit., 349.

47. Cfr. *Ivi*, 362.

Queste nozioni, certamente incrinano il dogma classico della completezza del sistema ordinamentale, secondo i concetti di chiusura, indifferenza, divieto di denegata giustizia, e di illimitata espansione del diritto⁴⁸.

Le lacune che entrano nel discorso in analisi, sono sicuramente quelle normative in senso stretto, da porsi in parallelo con la *quaestio* dei rapporti tra la legalità formale e l'analogia, sullo sfondo del profilo interpretativo in senso proprio.

Nella materia penale sostanziale, vige il divieto di analogia *in malam partem* come corollario della legalità (permessa/tollerata, invece, l'interpretazione estensiva), ciò a presidio indispensabile della prevedibilità della pena *lato sensu* (escluse dal divieto, quindi, le norme penali non incriminatrici).

Complementare al divieto di analogia, può essere considerato anche il carattere della frammentarietà del diritto penale *lato sensu*, da intendersi come scelta libera da parte del legislatore di "penalizzare" solamente una parte dello scibile del comportamento umano eticamente non corretto.

Il tema dell'analogia, è sicuramente il profilo della legalità sostanziale che maggiormente va in crisi di fronte alla strumentalità delle norme processuali penali.

La regola generale di applicabilità delle norme processuali, di cui al brocardo *tempus regit actum*, non esclude a priori che la fonte codicistica venga integrata con i principi generali ricavabili anche in via analogica dal sistema complessivo del diritto (pure processuale *stricto sensu*), sempre presenti i caratteri dell'*eadem ratio* e della lacuna normativa. Ulteriormente, il suddetto assunto deve essere completato, solo a determinate condizioni, dal divieto di retroattività delle modifiche legislative *in peius*, e dal precetto di applicabilità immediata delle modifiche normative *in melius*.

Focalizzando l'analisi alle norme processuali penali, vi è da dire che una risposta univoca e generale sull'applicabilità, o meno, del divieto di analogia, non può essere data *a priori*, ma certamente il divieto di analogia *in malam partem*, in questa sede, non può essere escluso *tout court* nei casi di norme strettamente interrelate con la funzione incriminatrice sostanziale, *rectius* con la limitazione della libertà personale *lato sensu*.

Attenta dottrina, seguendo l'ottica della tutela dei diritti individuali, in particolare dell'indagato/imputato, principalmente in correlazione a quelli della vittima del reato, esprime proprio la problematica interpretativa del divieto di analogia *in malam partem* con riferimento alle norme processuali penali⁴⁹.

48. Per un approfondimento sul punto, si veda R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 338 ss.

49. Cfr. O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit., 5-6.