

PREVEDIBILITÀ E LEGALITÀ NEL DIRITTO PENALE: ALTERNATIVA O BINOMIO GARANTISTICO?

di Paola Scevi

(Professore aggregato di diritto penale
presso l'Università degli studi di Bergamo)

SOMMARIO: 1. Un diritto (im)prevedibile; 2. Le parole della legge dalle ricostruzioni interpretative alla creazione giurisprudenziale di nuove tipologie criminose; 3. Fattori di vaghezza che affievoliscono la prevedibilità della norma penale. Uno sguardo al *cahier de doléances*; 4. Il protagonismo ermeneutico della giurisprudenza. La prevedibilità incerta degli orientamenti giurisprudenziali; 5. La prevedibilità: *ratio* e fondamenti; 6. Legalità e determinatezza della legge penale: chiarezza semantica, interpretazione e conoscibilità della *regula juris*; 7. Ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto penale. L'espansione degli spazi di discrezionalità interpretativa; 8. Il procedimento interpretativo. L'interpretazione conforme a Costituzione; 9. Tra interpretazione estensiva e analogia occulta; 10. Interpretazione penalistica e fonti sovranazionali; 11. La prevedibilità del diritto quale integrazione garantista; 12. Con lo sguardo rivolto al futuro.

1. La perdita di centralità della legge, quanto al profilo qualitativo del suo ruolo nell'orientamento dei consociati e nella formazione della decisione giudiziaria, ha comportato un sostanziale mutamento, segnatamente del diritto penale, nel rapporto tra legge e singoli consociati e tra legge e interprete (in particolare l'interprete-giudice).

Nella letteratura penalistica di questi anni non a caso ha assunto particolare rilevanza la questione della crisi o declino del principio di legalità e del relativo affievolimento del garantismo penale classico. A sua volta questa "crisi" ha innescato un diverso rapporto tra legge e giurisdizione ¹: la giurisprudenza ha assunto un ruolo

¹ In argomento, di notevole interesse: G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in Id., a cura di, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova 1997, 1 ss.; Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002; Id., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in CP 2005, 1722 ss.; Id., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli 2008; Id., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in Crim 2011, 79 ss.; Id., *Prima lezione di diritto penale*, Bari 2017, 114 ss.; A. Gargani, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in Crim 2011, 99 ss.; C.F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, *ibidem*, 125 ss.; A. Manna, *Introduzione alle problematiche relative all'interpretazione nella giustizia penale*, in Id.,

sempre più rilevante, cui è conseguito un rafforzamento della funzione creativa dei giudici anche per quanto concerne il diritto penale ², nonché la corrispondente limitazione dell'impatto effettivo del principio di legalità come riserva di legge, irretroattività dell'incriminazione o comunque del trattamento penale più sfavorevole,

a cura di, *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa 2016, 23 ss.; Id., *Il principio di legalità*, in F. Giunchedi, a cura di, *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa 2018, 115 ss.; V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012; Id., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.1.2018, 1 ss.; L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars Interpretandi* 2016, 2, 23 ss.; M. Donini, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un "nuovo" ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *CP* 2002, 1165 ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 159 ss.; Id., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *DPenCont* 2016, 3, 13 ss.; Id., *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *QuestG* 2018, 4, 79 ss.; Id., *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *DPenCont* 2019, 3, 62 ss.; M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. Dolcini, C.E. Paliero, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano 2006, 693 ss.; F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *QFSPGM*, vol. XXXVI, tomo II, Milano 2007, 1279 ss.; Id., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *DPenCont* 2016, 3, 4 ss.; R. Bricchetti, *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, in *Crim* 2012, 261 ss.; G. Insolera, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'"epoca dei giudici"*, *ibidem*, 285 ss.; S. Moccia, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, *ibidem*, 299 ss.; V. Velluzzi, *Due (breve) note sul giudice penale e l'interpretazione*, *ibidem*, 305 ss.; N. Zanon, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, *ibidem*, 315 ss.; O. Di Giovine, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, *ibidem*, 267 ss.; Id., *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006; A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 3a ed., Torino 2014; T. Padovani, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli 2014; D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *RIDPP* 2015, 1, 29 ss.; C.E. Paliero, S.Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Riscato, a cura di, *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Atti del Convegno Napoli, 7-8 novembre 2014, Napoli 2016; G.A. De Francesco, *Invito al diritto penale*, Bologna 2019, 197 ss.; Id., *Legislatore e giudice: a ciascuno il suo*, in *LP* 19.3.2020, 1 ss.; D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino 2019; V. Maiello, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *SP* 2020, 3, 129 ss.; M. Vogliotti, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisprudenza. Spunti per un confronto*, *ibidem*, 45 ss. Sia inoltre consentito rinviare a P. Scevi, *La crisi della legalità nel diritto penale. Progressiva dissoluzione o transizione verso una prospettiva di crescita?* in www.archiviopenale.it 2017, 3, 1 ss.

² Va operata la distinzione tra una *creazione* quale scelta dell'interpretazione giudiziaria più sostenibile tra i possibili significati razionalmente ascrivibili all'enunciato normativo, interpretato secondo i canoni della lingua utilizzata, delle tecniche interpretative consolidate e delle pregresse interpretazioni giurisprudenziali, ed una *creazione* quale scelta di significati normativi non ascrivibili agli enunciati normativi applicati e vigenti e quindi l'introduzione di disposizioni normative nuove nel contesto del diritto positivo. Come efficacemente osservato da G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012, 159 ss., la soggezione del giudice alla legge è da configurarsi quale «obbedienza pensante» che non deve mutare «in arbitrio, in un travisamento, sulla base di poteri discrezionali, del dettato normativo». Una creatività male intesa «consisterebbe nella volontà del giudice di andare al di là del limite linguistico introdotto dal significato delle parole della legge». La creazione ermeneutica costituisce dunque «una circostanza di produzione subordinata alla legge».

determinatezza del fatto punibile, interpretazione–applicazione tassativa delle fattispecie criminose, con conseguente divieto di analogia. In breve: come garanzia di “certezza di libere scelte d’azione” come affermato dalla ‘storica’ sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988³.

L’accresciuto potere interpretativo del giudice penale, connesso al deterioramento della qualità del materiale legislativo, si evidenzia particolarmente nel complesso quadro dei rapporti tra fonti interne e fonti sovranazionali.

La crescita del protagonismo giudiziario ha trovato, infatti, terreno fertile nell’orizzonte dischiuso dall’interpretazione nell’ambito dell’armonizzazione europea, in particolare con riferimento all’obbligo di interpretazione conforme alle stesse. In siffatta situazione, “i limiti legalistici propri della materia penale e concepiti in realtà per l’interpretazione “tradizionale””⁴ non rappresentano più un argine al ruolo interpretativo della magistratura: il giudice, anche quando non indulga ad interpretazioni che travalicano il significato del dettato normativo, ha gradualmente acquisito una più ampia libertà ermeneutica, a cominciare dalla individuazione della disposizione da ritenersi prevalente fra le diverse che compongono l’attuale ordinamento multilivello.

Proprio dalla legalità convenzionale in tema di diritti umani discende uno dei profili più innovativi in ordine alla tenuta della riserva di legge in relazione al potere normativo giudiziario, ossia l’equiparazione funzionale tra legge e giurisprudenza, destinata a revocare in dubbio i contenuti tradizionalmente attribuiti alla riserva di legge. Il corollario di questa affermazione – dal punto di vista delle garanzie per l’individuo – è la crescente affermazione del diritto alla prevedibilità del precetto e della sanzione penale.

Al riguardo, essenziale la elaborazione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che pone in risalto questi profili interpretando la nozione di “diritto”, di cui all’art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, in modo da ricomprendere il diritto

³ Corte costituzionale 23-24 marzo 1988, n. 364, in *FI* 1988, I, c. 1385 ss., con nota di G. Fiandaca, *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale: “prima lettura” della sentenza 364/1988*; in *LP* 1988, 499 s., con nota di T. Padovani, *L’ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell’art. 5 c.p.*; in *RIDPP* 1988, 686 ss., con nota di D. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, con la quale è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell’art. 5 Cp e accantonato in quanto irrealistico il principio della non scusabilità dell’ignoranza della legge penale, ritenuta una “dichiarazione di bancarotta del diritto penale” (L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell’approccio ermeneutico alla legalità penale*, cit., 24). Rileva un “sostanziale ridimensionamento, nei fatti, dei contenuti più innovativi della storica decisione” A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino 2003, 289 s.

⁴ F. Palazzo, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell’attuale momento storico*, in *AI*, 2, 2016, 78.

d'origine sia legislativa sia giurisprudenziale ⁵ (le norme e non le disposizioni ⁶); ciò in contrasto con la nostra concezione del principio di legalità come attribuzione a una fonte – quella legislativa – e a un organo – il Parlamento, pur con i temperamenti di una riserva tendenzialmente assoluta – del monopolio normativo in materia penale.

Nell'orizzonte della Corte EDU, si tende a prediligere una concezione della legalità penale che valorizza in particolare accessibilità e prevedibilità delle norme penali indipendentemente dalla legalità-fonte. Talché si evidenzia come il principio di legalità penale, considerato in prospettiva europea, non si limita ad esigere dal legislatore che le fattispecie penali vengano descritte con chiarezza tale da garantirne la previa conoscibilità da parte dei consociati, ma amplia la tutela della libertà individuale quale autodeterminazione, circoscrivendo nella preventiva conoscibilità del rischio penale anche la prevedibilità degli orientamenti della giurisprudenza quanto al reato configurabile, nonché al relativo trattamento punitivo.

Il baricentro del principio di legalità si è dunque gradualmente spostato verso l'esigenza non solamente di conoscibilità (accessibilità) ma altresì di prevedibilità della

⁵ La Corte EDU ha stabilito che la nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di «legge» presente in altri articoli della Convenzione; essa circomprensive il diritto d'origine sia legislativa sia giurisprudenziale e implica delle condizioni qualitative, fra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità (*Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 29, *Recueil des arrêts et des décisions*, 1996, V; *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, §§ 40-42, serie A n. 260 A). Per quanto chiara possa essere la formulazione di una disposizione, in qualunque sistema giuridico, compreso il diritto penale, esiste ineludibilmente un elemento di interpretazione giuridica. Occorrerà sempre chiarire i punti dubbi e adattarsi alle mutate situazioni. Di più, è saldamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte del diritto, contribuisce necessariamente alla progressiva evoluzione del diritto penale. Non è possibile interpretare l'articolo 7 della Convenzione come una disposizione che vieta il graduale chiarimento delle norme della responsabilità penale attraverso l'interpretazione giuridica da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (*Streletz, Kessler e Krenz c. Germania* (GC), nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II), Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, §55. V. altresì Corte EDU (GC), 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, §§ 99-102, in *CP*, 2011, 26 ss. Quanto alla prevedibilità, la Corte ha rilevato che «pur se una disposizione sia chiaramente redatta, vi è inevitabilmente una parte dovuta alla interpretazione dei tribunali. E sarà sempre necessario chiarire dei punti oscuri e adattare la formulazione testuale in funzione dell'evoluzione delle circostanze» (Corte EDU, 7 maggio 2002, *E. K. c. Turchia*, § 52). La Corte ha stabilito che il principio di legalità implica che «una infrazione deve essere chiaramente definita dalla legge. Questa condizione è realizzata allorché il giudicabile può conoscere, a partire dalla formulazione testuale della disposizione pertinente e, ove occorra, con l'aiuto della interpretazione di quest'ultima da parte dei tribunali, quali azioni od omissioni impegnano la sua responsabilità penale (*Veeber c. Estonia*, 21 gennaio 2003, § 31)», Corte EDU, 6 luglio 2005, *K.A. et A.D. c. Belgio*, § 51. V. altresì Corte EDU (GC), 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 94.

⁶ Quanto alla distinzione tra disposizione e norma, v. V. Crisafulli, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, 195 ss. Secondo M. Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, 63 ss., il legislatore crea le *disposizioni*, ossia gli enunciati normativi, mentre il loro contenuto reale viene raggiunto all'esito dell'interpretazione e dell'applicazione ai casi; talché la *norma* è il *risultato dell'interpretazione della disposizione astratta* (o della disposizione all'esito della sua applicazione ai casi).

legge e delle conseguenze sanzionatorie di essa, in funzione del diritto fondamentale alla autodeterminazione della persona.

Insomma, «non è più in gioco il primato della *legge* e del *principio democratico* ad essa soggiacente, bensì la *libertà di autodeterminazione* dell'individuo dinanzi ad un 'diritto' che si realizza 'conclusivamente' nel *dictum* del giudice»⁷.

Muovendo da questa prospettiva, la mia riflessione si appunterà inizialmente sull'analisi dei nodi problematici disvelati da applicazioni giudiziali orientate alla propensione estensivo-punitiva delle fattispecie, che possono giungere financo alla creazione giurisprudenziale di nuove tipologie criminose (§ 2). La carente significatività del dato testuale, i fattori di vaghezza posti nella disposizione, rendono necessaria l'opera dell'interprete per la ricostruzione della fattispecie (§ 3), in un contesto in cui il concetto stesso di fattispecie appare messo in crisi dalla volatilità del diritto giurisprudenziale; ma l'atteggiamento di fondo dei giudici, più orientati alla libertà interpretativa che non alla certezza giuridica, non contribuisce a rendere ragionevolmente prevedibili i concreti orientamenti della giurisprudenza (§ 4). Preliminare alla riflessione sui presupposti, di diritto e di fatto, necessari affinché la prevedibilità sia effettivamente implementabile quale garanzia individuale, sarà una ricostruzione del quadro di riferimento in ordine a: *ratio* e fondamenti normativi della prevedibilità (§ 5); legalità e determinatezza della legge penale (chiarezza semantica, interpretazione e conoscibilità della *regula juris*) (§ 6); ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto penale (§ 7), con un'attenzione specifica all'interpretazione conforme a Costituzione (§ 8), al discrimine tra interpretazione estensiva ed interpretazione analogica vietata (§ 9), all'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali (§ 10). Valorizzando la prevedibilità del diritto quale integrazione garantista (§ 11) esplorerò infine il tentativo di tracciare alcune linee di intervento utili per la sua concreta implementazione (§ 12).

2. Ove si osservino gli scenari concreti dell'universo giurisprudenziale, si disvelano applicazioni giudiziali orientate alla propensione estensivo-punitiva delle fattispecie e l'espansione della sfera del penale; da ciò il rischio di un uso troppo ardito delle possibilità derivanti dalla libertà ermeneutica, a detrimento della legalità come tassatività⁸. Oltre alla naturale presenza di casi nuovi che meramente applicano la

⁷ F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1319.

⁸ In dottrina è stata evidenziata la tematica delle disposizioni di parte generale, che sono quelle nelle quali è più ardua una definizione tassativa e che pertanto sono suscettibili di estensione tale da *compromettere la stessa differenza tra analogia e interpretazione estensiva*; in argomento v., per tutti, M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 88 ss.

fattispecie, estendendone la casistica e non la disposizione⁹ – e con un codice vecchio di una novantina d'anni e venuto alla luce in un contesto radicalmente differente rispetto a quello attuale, è inevitabile che si verificano casi nuovi o che sono tali giacché solamente l'evoluzione del sistema complessivo li rende allo stato attuale ammissibili – c'è anche la giurisprudenza costruttiva: si pensi alla causalità¹⁰, o alla

⁹ Ritiene che casi nuovi «possono essere occasione per ripensare (confermare o modificare) interpretazioni normative, per chiarire il senso di elementi di fattispecie», D. Pulitanò, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, in *AI* 2, 2016, 51.

¹⁰ Una delle più significative pronunce delle Sezioni Unite, la sentenza *Franzese* (Cass. pen., Sez. unite, 10 luglio 2002, *Franzese*, in *RIDPP* 2002, 1133 ss., con osservazioni di F. Stella, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, *ivi*, 767 ss.), ha delineato uno statuto epistemologico della causalità penalmente rilevante, risolvendo un contrasto giurisprudenziale in ordine ai requisiti necessari per l'imputazione causale di un evento lesivo. Tra i commenti, v. anche: O. Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *FI* 2002, II, 608 ss.; A. di Martino, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *DPP* 2003, 50 ss. Ed altresì v.: F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano 2003, 63 ss.; *Id.*, *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *RIDPP* 2002, 1215 ss.; *Id.*, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *CP* 2005, 1062 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 122 ss.; *Id.*, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti, a cura di, *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli 2011, 917 ss.; F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in E. Dolcini, C.E. Paliero, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 1318 ss.; R. Bartoli, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-ex post*, in *CP* 2006, 10, 3219 ss.; *Id.*, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino 2010, 28 ss.; L. Masera, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *DPP* 2006, 493 ss.; F. Viganò, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *CM* 2006, 961 ss.; *Id.*, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *RIDPP* 2009, 1679 ss.; *Id.*, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *DPenCont* 2013, 3, 380 ss.; A. Manna, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *RIML* 2007, 591 ss.; *Id.*, *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *CP* 2009, 3633 ss.; M. Romano, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli 2007, 891 ss.; M. Ronco, *Aporie scientiste e certezza logico razionale: note in tema di nesso causale*, in *DPP* 2007, 247 ss.; A. Vallini, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in S. Canestrari- F. Giunta- R. Guerrini-T. Padovani, a cura di, *Medicina e diritto penale*, Pisa 2009, 145 ss.; G. Fiandaca, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in R. Bartoli, a cura di, *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze 2010, 177 ss.; F. D'Alessandro, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Crim* 2012, 331 ss. Gli orientamenti giurisprudenziali che si sono contrapposti sono stati due: l'uno sosteneva che per ammettere come sussistente il nesso causale bastasse individuare una apprezzabile probabilità che la condotta dell'agente avesse contribuito ad ampliare il rischio di verificazione dell'evento (in tal senso v.: Cass. pen., Sez. IV, 7 gennaio 1983, *Melis*, in *Mass. Uff.*, n. 158947; Cass. pen., Sez. IV, 2 aprile 1987, *Ziliotto*, in *Mass. Uff.*, n. 176402; Cass. pen., Sez. IV, 7 marzo 1989, *Prinzivalli*, in *Mass. Uff.*, n. 181334; Cass. pen., Sez. IV, 23 gennaio 1990, *Pasolini*, in *Mass. Uff.*, n. 184561; Cass. pen., Sez. IV, 18 ottobre 1990, *Oria*, in *Mass. Uff.*, n. 185858; Cass. pen., Sez. IV, 30 aprile 1993, *De Giovanni*, in *Mass. Uff.*, n. 195482; Cass. pen., Sez. IV, 11 novembre 1994, *Presta*, in *Mass. Uff.*, n. 201554); l'altro, in coerenza con i principi fondamentali del nostro ordinamento – legalità e determinatezza della fattispecie – sosteneva che la spiegazione causale dovesse basarsi su leggi universali, e quindi certe, ovvero su leggi statistiche dotate di coefficiente a percentuale prossima alla certezza (in tal senso v.: Cass. pen., Sez. IV, 28 settembre 2000, *Baltrocchi*, in *Mass. Uff.*, n. 218777; Cass. pen.,

discussa figura del dolo eventuale ¹¹, i cui contenuti e limiti sono oggetto di continua elaborazione ¹².

Detto questo, non può negarsi che muovendo dall'evidenza empirica della carente significatività del dato testuale quale fondamentale strumento di interpretazione delle disposizioni incriminatrici, si finisce peraltro con il disvelare un creazionismo giudiziario spinto ¹³. E se da un lato un legislatore sempre meno autorevole – per ragioni riconducibili ad inadeguatezza culturale, strumentalizzazioni

Sez. IV, 28 novembre 2000, *Di Cintio*, in *Mass. Uff.*, n. 218727; Cass. pen., Sez. IV, 25 settembre 2001, *Covili*, in *Mass. Uff.*, n. 220953; Cass. pen., Sez. IV, 25 settembre 2001, *Sgarbi*, in *Mass. Uff.*, n. 220982).

¹¹ Al riguardo, v.: G.A. De Francesco, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *RIDPP* 1988, 113 ss.; Id., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce di diversi modelli di incriminazione*, in *CP* 2009, 5013 ss.; Id., *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, in *DPP* 2009, 1317 ss.; Id., *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *CP* 2015, 4624 ss.; S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999, 122 ss., 143 ss.; Id., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *RIDPP* 2001, 3, spec. 920 ss.; Id., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in M. Donini, R. Orlandi, a cura di, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna 2013, 131 ss.; G. de Vero, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione "separata" dei tipi criminosi*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti, a cura di, *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 883 ss., 904 ss.; A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino 2011, 169 ss.; Id., *È davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?*, in *AP* 2012, 663 ss.; P. Pisa, *Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *DPP* 2011, 13 ss.; M. Ronco, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti, a cura di, *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 1175 ss.; G. Fiandaca, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *DPenCont* 2012, 1, 152 ss.; D. Pulitanò, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *RIDPP* 2013, 1, 22 ss.; D. Brunelli, a cura di, *Il "mistero" del dolo eventuale*, Torino 2014; M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *DPenCont* 2014, 1, 70 ss.

¹² Quanto alla problematica precisazione concettuale della categoria del dolo eventuale, fondamentale è la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel processo *Thyssenkrupp* (Cass. pen., Sez. unite, 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*, in *RIDPP* 2014, 4, 1925 ss.), che ne ha spostato il baricentro dal piano definitorio a quello degli indicatori di riconoscimento, contrastando tendenze giurisprudenziali a deprivere la figura del dolo eventuale dei requisiti minimi per definire la forma più grave di imputazione soggettiva; tra i commenti, v. G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, *ivi*, 1938 ss.; M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, *ibidem*, 1953 ss.; R. Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *GI* 2014, 2573 ss.; G. de Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *RIDPP* 2015, 1, 77 ss. Per una ricostruzione del caso v., altresì, P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino 2018, 80 ss., il quale muove da questo e da altri casi giurisprudenziali per la sua articolata ed accurata analisi sull'accertamento del dolo.

¹³ Al riguardo, v. D. Micheletti, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Crim* 2016, 161 ss. V. altresì G. Insolera, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'"epoca dei giudici"*, in *Crim* 2012, 285 ss.; Id., *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *RIDPP* 2016, 2001 ss.; F. Giunta, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Crim* 2015, 383 ss.; A. Lanzi, *La tutela dei diritti del cittadino fra giustizialismo e garantismo; legalità e giustizia*, in *IP* 2017, 988 ss.; N. Mazzacuva, *Il 'diritto penale massimo': l'incremento dei reati e delle pene tra diritto penale legislativo e diritto penale giurisprudenziale*, *ivi*, 994 ss.

populistiche e neghittosità¹⁴ – cagiona una perdita di fiducia nella legge anche per la sua incapacità ad affrontare con un approccio organico le questioni decisive del diritto penale, d'altro lato alcuni settori della giurisprudenza tendono ad una svalutazione aprioristica della legge, a correggerne i presunti errori attraverso l'interpretazione¹⁵.

La scelta da parte del giudice penale di significati normativi non ascrivibili agli enunciati normativi applicati e vigenti, ha portato a decisioni che, assecondando la svalutazione del criterio della testualità dell'interpretazione, ex art. 12 disp. prel., conducono alla creazione *dal basso della fucina giurisprudenziale*¹⁶ di nuove tipologie criminose.

Ne è esempio paradigmatico la “malattia-infortunio”, figura di creazione giurisprudenziale, collegamento tra l'infortunio e la malattia, per motivare l'estensione dell'art. 437 Cp (rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro) alle malattie professionali la cui insorgenza è cagionata da fattori non “violenti”. Giacché il concetto di “infortunio” – quale evento traumatico – è da ogni punto di vista diverso dal concetto di “malattia professionale”, legata a mezzi non “violenti”, si dovrebbe ritenere che l'art. 14 disp. prel. impedisca all'interprete di forzare il testo dell'art. 437 Cp per ampliarne la portata punitiva includendovi la rimozione od omissione dolosa di cautele contro le malattie professionali¹⁷.

Purtuttavia la Corte di cassazione ha esteso oltre misura la portata dell'art. 437 Cp sino a ricomprendervi anche l'omessa predisposizione di misure preventive idonee contro le malattie professionali creando il concetto di “malattia infortunio”¹⁸.

¹⁴ Come è stato efficacemente osservato “il legislatore ha tradito la legalità prima di tutto dimenticando qualunque cura per il decoro anche solo esteriore della formulazione legislativa”, così F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 2.

¹⁵ Cfr. M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 694.

¹⁶ Così V. Maiello, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, cit., 134.

¹⁷ Al riguardo v.: V. Zagrebelsky, voce *Omissione o rimozione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano 1980, 5 ss.; A. Alessandri, voce *Cautele contro disastri o infortuni sul lavoro (omissione o rimozione)*, in *DigDPen* vol. II, Torino 1988, 153 ss.; A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano 2008, 560 ss.; D. Micheletti, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, cit., 167 ss.; M. Donini, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., 93 s.

¹⁸ Concetto che, secondo la Corte, a “differenza delle malattie professionali in senso stretto consistenti in manifestazioni morbose contratte nell'esercizio e a causa di lavoro, e non prodotte da agenti esterni, sono sindromi morbose insorte in esecuzione di lavoro e prodotte da agenti esterni di varia natura (elettrica, radioattiva, chimica, ecc.), evitabili con determinati accorgimenti”. Pertanto, per la Corte, l'omissione o la volontaria rimozione di questi ultimi potrebbe essere sanzionata in virtù di un'interpretazione meramente estensiva dell'art. 437 Cp allo scopo di evitare «una irrazionale disparità di trattamento tra situazioni omogenee» (Cass. Sez. I, 6 febbraio 2002, n. 11894, in *Mass. Uff.*, n. 221072. V., anche, Cass. Sez. I, 20 novembre 1998, n. 350, *ivi* n. 212203; Cass. Sez. I, 9 luglio 1990, n. 12367, *ivi* n. 185325). Va ricordato al riguardo che la Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi in ordine alla sussistenza di una disparità di trattamento fra gli imprenditori esercenti le lavorazioni esposte al rischio di infortuni – in quanto tali soggetti all'art. 437 Cp – e gli esercenti delle lavorazioni esposte al rischio delle malattie professionali (non considerati quali possibili autori dell'illecito penale), con

Altrettanto paradigmatica è la vicenda della riconduzione delle emissioni “pericolose” di *onde elettromagnetiche* al reato di *getto pericoloso di cose* (art. 674 Cp)¹⁹: a fronte della tassativa disciplina sanzionatoria amministrativa circa i limiti-soglia delle emissioni (l. 22 febbraio 2001, n. 36, *Legge quadro sulla protezione da esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici*), la giurisprudenza penale estende il getto di cose a tali oggetti.

La deriva dalle *parole della legge* alle *ricostruzioni interpretative* che ne ridimensionano la portata va ad ampliare il novero delle letture possibili, suscitando sia un incremento dei contrasti giurisprudenziali, sia l'affievolimento delle funzioni garantistiche del processo penale. Viene così ad incrinarsi la connessione tra regola e giudizio e diventano più opachi i profili di giustizia della decisione. Come si è efficacemente osservato “la giurisprudenza ha proseguito ed anzi ha ulteriormente sviluppato quella caratteristica ormai definita gius-creativa” e “ha ulteriormente contribuito alla crisi della legalità penale”²⁰.

E se la funzione conformativa degli enunciati normativi, esercitata dalle attività interpretative, genera accumuli di significati che ne integrano la dimensione normativa – aspetto virtuoso dell'incontro fra legalità ed ermeneutica – risultano viceversa forieri di criticità taluni eccessi nell'uso del lessico ermeneutico che possono dar luogo a riconfigurazioni del rapporto tra enunciato normativo ed esito interpretativo.

L'assimilazione di una cultura ermeneutica, liberando l'attività interpretativa “dal velo di ignoranza (o di ipocrisia)”, mentre consente di “scoprire i reali itinerari in cui prende forma il suo potere decisionale”, nonché di “smantellare l'onnipotenza del legislatore”, pone in discussione “anche l'onnipotenza (forse ancor più temibile) del giudice”²¹.

3. Il contributo del legislatore alla definizione del precetto concreto è sempre meno decisivo: ci sono casi in cui la lettera della legge è “volutamente lasca”, demandata a clausole generali, definizioni tautologiche, concetti vaghi o indeterminati²², fattori di vaghezza posti nella disposizione, che rendono necessaria l'opera

ordinanza 15 luglio 1983, n. 232, avesse dichiarato inammissibile la questione sottoposta, a fronte della richiesta di una pronuncia dalla quale sarebbe scaturita una nuova fattispecie penale, la cui previsione è invece riservata al legislatore, in forza del fondamentale precetto dell'art. 25, comma 2, Cost.

¹⁹ In argomento, in particolare, A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, cit., 677 ss.

²⁰ Così A. Manna, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa 2017, 37, con richiami della letteratura in tema.

²¹ Così F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., 9 s.

²² V. Manes, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in www.penalecontemporaneo.it 17.1.2018, 12. Al riguardo v., altresì, D. Castronuovo, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”*. *Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *LP* 5.6.2017, 12 ss.; Id., *Clausole generali*

dell'interprete per la ricostruzione della fattispecie. In particolare, le clausole generali²³ sono foriere di incertezza e circoscrivono diverse questioni da riportare alla attuazione del principio di legalità, segnatamente riguardo alle sue articolazioni della determinatezza e della tassatività, nonché all'attuazione della frammentarietà del diritto penale, oltre che dei principi di uguaglianza, di proporzione, di *ultima ratio*, di offensività e di personalità della responsabilità penale²⁴. E questo alla luce delle conseguenze deleterie di tali fattori di vaghezza, in ordine alla intelligibilità *ex ante* della fattispecie ed alla prevedibilità delle conseguenze della violazione.

Nota ed emblematica è, al riguardo, la vicenda del concorso esterno in associazione mafiosa²⁵: mediante la clausola generale del concorso di persone comune,

e prevedibilità delle norme penali, in *QuestG* 2018, 3, 45 ss.

²³ Sulle clausole generali in diritto penale, nonché sulle questioni connesse all'utilizzo di elementi vaghi si vedano i contributi di: F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano 1965, 33 ss., 157 ss.; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova 1979, 421 ss.; G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano 2001, 123 ss.; G. De Vero, *Corso di diritto penale*, I, Torino 2004, 225 ss.; L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004, 82 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino 2015, 146-148, nonché 321-323; D. Castronuovo, *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen". Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, cit., 1 ss.; Id., *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, cit., 45 ss. Quanto ad ambiti più specifici, con riferimento alle "clausole generali di incriminazione suppletiva" degli artt. 40, comma 2, 56 e 110 Cp, v. il "classico" studio di L. Risicato, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano 2001, *passim*.

²⁴ Quanto ai rapporti di *tensione* fra clausole generali e principi costituzionali, con riguardo alle forme di manifestazione del reato che determinano una estensione dell'incriminazione - artt. 40 comma 2, 56 e 110 Cp - si veda L. Risicato, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, cit., 41 ss.

²⁵ In tema di concorso esterno, v., in generale: A. Cavaliere, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli 2003; C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003; G. Grasso, *Art. 110*, in M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Art. 85-149, 3a ed., Milano 2005, 185 ss.; S. Canestrari, F. M. Iacoviello, G. Insolera, *Opinioni a confronto. Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Crim* 2008, 261 ss.; G. Insolera, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *RIDPP* 2008, 2, 632 ss.; G. Fiandaca, C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino 2010, 123 ss.; G. Fiandaca, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *LP* 2012, 3, 695 ss.; G. Fiandaca, C. Visconti, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *AP* 2012, 2, 487 ss.; G.A. De Francesco, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *CP* 2012, 7/8, 2552 ss.; T. Padovani, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *AP* 2012, 2, 487 ss.; V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino 2014; Id., *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *DPP* 2015, 8, 1019 ss.; M. Ronco, *Le aporie del concorso esterno in associazione mafiosa*, in *AP* 2016, 3, 743 ss.; M. Donini, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in E. M. Ambrosetti, a cura di, *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., 325 ss., e anche in www.penalecontemporaneo.it 13.1.2017, 1 ss. Sia consentito rinviare anche a P. Scevi, *Il concorso eventuale nei reati associativi: questioni aperte e prospettive di riforma*, in www.archiviopenale.it 2017, 2, 1 ss. A cagione della mancata definizione dei caratteri strutturali delle condotte di fiancheggiamento associativo la giurisprudenza di legittimità ha svolto una sorta di supplenza istituzionale mediante un'azione di tipizzazione per via giudiziale del concorso esterno. Diverse sono le pronunce delle Sezioni unite - Cass. pen., Sez. unite, 5 ottobre 1994, *Demitry*, in *FI* 1995, II, c. 422 ss., con nota

di cui all'art. 110 e ss. Cp²⁶, si è affiancata ai tipi nominati di partecipe, promotore, capo, organizzatore, delle associazioni per delinquere, mafiose, una nuova figura di *partecipe esterno*, non contemplata dalla legge²⁷. A partire da tipologie empirico-criminologiche disvelate dalla vita sociale, politica ed economica, sono state enucleate, talune tipologie di condotte di concorrente esterno in relazione alla tipicità comportamentale: condotte di soggetti estranei ed in quanto tali non incriminabili quali associati interni; che apportassero un contributo; che non fossero meri favoreggiatori. Queste figure sono poi state raccordate con il titolo concorsuale generale degli artt. 110 ss. Cp, il solo titolo di responsabilità utilizzabile, attraverso il *medium* del contributo causale, compensando, così, almeno apparentemente, con il disvalore di evento un disvalore di condotta meno significativo in termini di *affectio societatis*²⁸.

di G. Insolera, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*; 27 settembre 1995, Mannino, in *CP* 1996, 1087 ss., con nota di E. Amodio, *Orario degli uffici giudiziari e garanzie costituzionali*; 30 ottobre 2002, Carnevale, in *FI* 2003, II, c. 453 ss., con osservazioni di G. Fiandaca e G. Di Chiara; 12 luglio 2005, Mannino (II), in *FI* 2006, II, c. 80 ss., con nota di G. Fiandaca, C. Visconti, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite* – mediante le quali il “diritto vivente” ha tentato di tracciare i limiti ad “un’espansione incontrollata del potere punitivo” paventata da G. Fiandaca, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *FI* 1996, V, c. 127 ss.

²⁶ Come autorevolmente affermato, l'art. 110 Cp rappresenta una delle disposizioni più sospette di illegittimità costituzionale del codice penale, sia perché parifica tutti i concorrenti (ponendosi in contrasto con il principio di uguaglianza) sia – e di conseguenza – perché non tipizza le condotte concorsuali, rivelandosi così come una sorta di *contenitore vuoto* in contrasto con il principio di determinatezza; così G. Vassalli, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. Pace, a cura di, *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano 2006, 1021 ss.; ed altresì, Id., *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in E. Dolcini, C.E. Paliero, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., II, 1939 ss. In argomento v. A. Manna, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in www.penalecontemporaneo.it 4.10.2016, 2 s.; Id., *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in www.archiviopenale.it 2016, 3, 17 s.

²⁷ L'ammissibilità di un concorso eventuale nei reati associativi di un soggetto che non “fa parte” dell'associazione è uno dei nodi più dibattuti nella dottrina e nella giurisprudenza penali degli ultimi anni: un istituto che appare controverso, sfuggente, “liquido”, così G. Fiandaca, C. Visconti, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, cit., 487; il concorso esterno “come una sostanza velenosa” (G. Insolera, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, cit., 636), “va maneggiato con estrema cautela” (D. Pulitanò, *Diritto penale*, 4a ed., Torino 2011, 448); riconosce al concorso esterno “diritto di cittadinanza” e rileva come la “da taluno ritenuta ‘mostruosità’”, sia da ascrivere alla “incerta costruzione”, G. Vassalli, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *RIDPP* 2002, 34.

²⁸ Si è così sviluppato il paradigma eziologico per l'assimilazione del concorrente esterno al partecipe intraneo. In argomento, v.: C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 126 ss.; G. Fiandaca, C. Visconti, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., c. 86 ss.; Id., *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, cit., 499 ss.; V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit. Ritiene che sia del tutto impossibile un “concorso nell'associazione tutta intera” che si realizzi in modo diretto, oppure *omisso medio*, M. Donini, *Il concorso esterno “alla vita dell'associazione” e il principio di tipicità penale*, cit., 334. Secondo l'A. poiché «non sarebbe un concorso di

La straordinaria manipolazione ermeneutica della fattispecie ha reso patente un vizio di tipicità originario²⁹. Muovendo dal presupposto che il concorso esterno nei reati associativi avesse visto la luce solamente dal 1994 (in virtù della giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione), la Corte EDU con la nota sentenza di condanna dell'Italia nel caso *Contrada*³⁰, ha affermato che «all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo»³¹. Ancorché sulla scorta di una ricostruzione approssimativa della giurisprudenza in materia nel periodo interessato³², la sentenza

persone nel medesimo reato di altri associati, di tutti e ciascuno, in quanto gli altri rispondono di titoli *tutti differenziati*», è necessario sceverare tra questi titoli; occorre dunque trovare «un *principium individuationis* di conformità del contributo al fatto e al tipo di associato corrispondenti al titolo, non ad un fatto esterno alle figure intranee e che sia escluso dal titolo che viene accollato».

²⁹ M. Donini, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., 98.

³⁰ Corte EDU, sez. IV, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13 – *Contrada c. Italia*, in *DPP* 2015, 8, 1012 ss. Tra le letture v. in particolare: O. Di Giovine, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *DPenCont* 2015, 2, 16 ss.; S. E. Giordano, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: Prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *www.archiviopenale.it* 2015, 2, 1 ss.; M. T. Leacche, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in *CP* 2015, 4611 ss.; V. Maiello, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., 1019 ss.; F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *DPP* 2015, 9, 1061 ss.; D. Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *DPenCont* 2015, 2, 46 ss.; G. De Francesco, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *CP* 2016, 1, 12 ss.; M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *RIDPP* 2016, 346 ss.; A. Manna, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, cit., 1 ss.; Id., *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, cit., 10 ss.; Id., *Il principio di legalità*, cit., 118 ss.; P. Pomanti, *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416 bis c.p.*, in *www.archiviopenale.it* 2017, 1, 37 ss. La sentenza della Corte EDU *Contrada* è originata da una condanna per concorso esterno in associazione mafiosa concernente fatti commessi tra il 1979 e il 1988, periodo nel quale esisteva un contrasto giurisprudenziale in materia, poiché la Corte di cassazione non si era ancora pronunciata con la prima sentenza a Sezioni Unite sulla configurabilità del concorso esterno (Cass. pen., Sez. unite, 5 ottobre 1994, *Demitry*, cit.). La Corte EDU muovendo dal presupposto che il concorso esterno in reato associativo, e segnatamente in associazione mafiosa, sia di *creazione giurisprudenziale*, non revoca in dubbio la legittimità della fonte giurisprudenziale in materia penale; come noto, invero, assunto fondamentale della legalità europea è che alla produzione del diritto concorrono i due formanti, legislativo e giurisprudenziale. La Corte, riprendendo la sua consolidata giurisprudenza relativa all'art. 7 CEDU, in ordine all'accessibilità e prevedibilità del diritto, riguardante la legalità convenzionale, che concerne sia la legge formale che il suo formante giurisprudenziale, ravvisa la violazione dell'art. 7 CEDU considerando che l'incriminazione era priva di una base normativa consolidata, nel periodo in cui si sono svolti i fatti, talché la condanna risulta pronunciata per un delitto *sine lege* ovvero con applicazione retroattiva di una norma incriminatrice non ancora esistente a quel tempo. Da qui l'obbligo per lo Stato italiano di risarcire a *Contrada* i danni morali subiti a causa della illegittima condanna. La sentenza della Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ha trovato seguito nella sentenza della Corte di cassazione, Sez. I, 6 luglio 2017, n. 43112, in *GP* 21.09.2017.

³¹ Corte EDU, sez. IV, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, *Contrada c. Italia*, cit., § 75.

³² La determinazione di negare in un caso come questo la prevedibilità di un giudizio di condanna appare davvero singolare, poiché «alla luce della giurisprudenza già esistente, non era certo impossibile prevedere e "calcolare"»

Contrada impone il divieto di introdurre surrettiziamente, in via ermeneutica, regole penali peggiorative con effetto retroattivo.

Calcolabilità e prevedibilità della norma penale possono risultare fortemente affievolite ove insistano fattori di vaghezza, che rendono lo schema legale astratto in larga misura privo di una preconizzazione del fatto, demandando al giudice profili anche decisivi della fattispecie, con evidenti effetti in ordine alla intelligibilità *ex ante* della stessa da parte dei consociati ed alla prevedibilità delle conseguenze della violazione.

Nel *cahier de doléances*, poi, non può non considerarsi l'erompere nell'orizzonte penalistico dei *saperi esperti* nella individuazione degli obblighi penalmente sanzionati, che va ad incrinare il monopolio della fonte legislativa. In particolare in ambiti quali la responsabilità medica, imprenditoriale o ambientale, accade sovente che lo Stato rinunci alla sua funzione di formulazione della disposizione, in favore di realtà reputate scientificamente idonee alla valutazione ed alla regolazione del rischio; è così che protocolli cautelari e modelli organizzativi di produzione privata si innestano nella causalità e nella colpa, forgiando in tal modo il nucleo stesso della fattispecie penale³³.

Tra gli aspetti critici in ordine alla prevedibilità del diritto penale vi è l'incidenza in talune fattispecie incriminatrici di elementi normativi extrapenalici, i quali concorrono in maniera determinante a definire il contenuto ed i confini della loro tipicità ed estensione.

Particolarmente significativo al riguardo è l'articolato e complesso quadro di interrelazioni tra diritto penale e diritto tributario, che ha suscitato in diverse occasioni questioni di compatibilità tra i principi garantistici posti a tutela del destinatario della norma, che debbono pervadere il diritto penale, e le esigenze di efficienza che connotano il diritto tributario, che ha quale scopo principale quello di perseguire l'interesse erariale dello Stato.

Paradigmatica è la vicenda che ha riguardato l'abuso del diritto. Sul tema, come noto, il legislatore è intervenuto con il d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, *Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*, con il quale è stata stabilita normativamente la definizione e la disciplina dell'*abuso del diritto* in ambito tributario, con i connessi riflessi penali, precedentemente origine di numerose incertezze, e con effetti diretti circa l'estensione applicativa delle fattispecie penali tributarie³⁴.

in anticipo le conseguenze sul piano giudiziario" di tale forma di partecipazione; così G.A. De Francesco, *Invito al diritto penale*, cit., 203.

³³ Cfr. F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.la legislazione penale.eu, 29.1.2016, 6.

³⁴ Per un'analisi approfondita, v. L. Picotti, *Riflessi penali delle recenti riforme sull'abuso del diritto in campo tributario*, in www.penalecontemporaneo.it 13.9.2017.

La nozione di abuso del diritto, che si disvela in diversi settori dell'ordinamento giuridico, è oggetto di un divieto di portata generale che fissa il *limite* di esercizio connaturato ad ogni *diritto* che venga in considerazione; ne deriva il potere per il giudice di *andare al di là della forma per considerare, scoprire, portare alla luce le ragioni sostanziali dell'esercizio della pretesa* ³⁵, e dunque di valutare se la condotta del soggetto contrasti con gli scopi etici e sociali in virtù dei quali il diritto stesso è riconosciuto e tutelato dal legislatore ³⁶.

Come noto, il divieto di abuso del diritto in ambito tributario si è originato da fonti giurisprudenziali – sotto la spinta della Corte di giustizia europea ³⁷, al fine di assicurare completa tutela al gettito fiscale relativo all'imposta sul valore aggiunto, della quale una parte cospicua rappresenta una quota rilevante delle entrate del bilancio europeo – attraverso tre sentenze delle Sezioni Unite della Corte di cassazione ³⁸ che hanno stabilito la sussistenza di un generale principio *antielusivo* basato sui principi di capacità contributiva e di progressività del sistema tributario affermati dall'art. 53 Cost.

L'abuso del diritto, quale utilizzo di strumenti giuridici in sé formalmente legittimi (a titolo esemplificativo: distribuzioni di somme ai soci, trasformazioni, cessioni, fusioni societarie, liquidazioni), ma nella sostanza esclusivamente mirati ad ottenere vantaggi fiscali indebiti, ha consentito di mettere in luce la controversa categoria dell'elusione fiscale, in virtù di un orientamento giurisprudenziale propenso a far prevalere istanze di giustizia sostanziale a scapito della formale osservanza della normativa tributaria.

In tal modo, ed in particolare con la rilevante sentenza della Cassazione *Dolce e Gabbana* ³⁹, l'elusione di imposte è stata sistematicamente ricondotta alla fattispecie

³⁵ P. Rescigno, *L'abuso del diritto nel quadro dei principi generali*, in G. Visintini (a cura di), *L'abuso del diritto* (Atti del Convegno di Brescia, 2015), Napoli 2016, 24.

³⁶ Cfr., C. Santoriello, *Abuso del diritto ed elusione*, in A. Giarda, A. Perini, G. Varraso (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria*, Padova 2016, 4.

³⁷ Corte di Giustizia CE, 21 febbraio 2006, C-255/02, *Halifax*; v., altresì, Corte di Giustizia UE, 21 febbraio 2008, C-425/06, *Part Service* e Corte di Giustizia UE, 3 settembre 2009, C-2/08, *Olympicus*.

³⁸ Cass., Sez. Unite, Civ. 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056 e 30057, in *Obbl. e contr.*, 2009, 212 ss., con nota di G. Corasaniti, *Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario*; in *CG* 2009, 293 ss., con nota di G. Falsitta, *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*.

³⁹ Cass. pen. Sez. II, 22 novembre 2011 (dep. 28 febbraio 2012), n. 7739, *Dolce & Gabbana*, in www.penalecontemporaneo.it 22.6.2012, in particolare § 4.6, p. 59 della motivazione ove – dopo un'attenta ricostruzione della giurisprudenza italiana ed europea e del contesto normativo, anche sovranazionale e costituzionale, viene affermato il principio secondo cui “non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che corrisponde ad una specifica ipotesi di elusione espressamente prevista dalla legge”, non potendosi nel campo penale “afferinarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva, che prescindendo da specifiche norme antielusive, così come, invece, ritenuto dalle citate Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione, mentre può affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientrino in una

incriminatrice della dichiarazione infedele (art. 4 d.lgs. n. 74 del 2000) o, ricorrendone gli estremi, a quella di omessa dichiarazione (art. 5 d.lgs. n. 74 del 2000), introducendo una sostanziale equivalenza tra elusione ed evasione fiscale.

La giurisprudenza penale ha così consolidato l'orientamento per il quale la deduzione indebita di costi o elementi passivi avrebbe configurato una loro rappresentazione fittizia, normativamente distinta dall'oggettiva inesistenza, non ravvisabile, di talché l'avvalersi di elementi fiscalmente irrilevanti avrebbe determinato una dichiarazione ideologicamente falsa e ispirata dalla finalità di evasione delle imposte, intesa quale versamento all'erario di somme minori rispetto a quelle altrimenti dovute.

La ricostruzione del percorso interpretativo antecedente la riforma del 2015 evidenzia come il diritto penale giurisprudenziale, utilizzando le singole fattispecie antielusive ricavate da quelle tipizzate dal legislatore tributario nell'art. 37 bis D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973 (contemplato per il solo accertamento delle imposte dirette), abbia creato anche ai fini penali una clausola generale anti-elusiva, privilegiando un approccio più orientato alle pretese dell'erario, che alle esigenze garantiste proprie del diritto penale.

Appariva così evidente un *vulnus* al principio di stretta legalità, e segnatamente alla riserva di legge, contenuta nell'art. 25, secondo comma, Cost., all'art. 101, secondo comma, Cost. – il giudice non può perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge alla quale è soggetto –, nonché al fondamentale principio di prevedibilità della norma penale e della relativa sanzione ⁴⁰.

Con il d.lgs. n. 128 del 2015, all'art. 1 comma 1, il legislatore ha definito l'abuso del diritto in campo tributario in termini generali (*Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti*), stabilendo poi al comma 13 che le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. La disposizione, non contenendo alcuna descrizione di condotte precise, non consente di integrare alcuna incriminazione od elemento di fattispecie penale, anche per il rinvio a finalità e principi sostanziali che si collocano oltre i formali dati normativi.

specifica disposizione fiscale antielusiva". Il caso di specie riguardava una c.d. esterovestizione, ossia di "abuso del diritto di stabilimento" con localizzazione *fittizia* all'estero della residenza fiscale di una società, relativamente al quale è stato demandato al giudice di merito di accertare se il trasferimento dell'impresa aveva avuto realmente luogo ovvero se si era strumentalmente originata una forma giuridica che non rispecchiava una correlativa e genuina realtà economica. Il caso, dopo due sentenze di condanna nei gradi di merito, è stato infine definito con la sentenza della Corte di cassazione, sez. III pen., 24 ottobre 2014 (dep. 30 ottobre 2015), n. 43809, in *DeG* 2.11.2015, ove si è stabilito che il fatto non sussiste poiché non vi è stata una costruzione artificiosa integrante abuso.

⁴⁰ Sul punto v., G.M. Flick, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *www.penalecontemporaneo.it* 14.9.2014, 7 s.

La Corte di cassazione, nel dare applicazione alla nuova disciplina, ha escluso la rilevanza penale di condotte elusive oggetto di precedenti sentenze di condanna per il delitto di dichiarazione infedele, ex art. 4 d.lgs. n. 74 del 2000⁴¹, sancendo il superamento della giurisprudenza intervenuta dopo la decisione sul caso *Dolce e Gabbana*, per cui dovevano ritenersi penalmente rilevanti le condotte di elusione tipizzate dal legislatore tributario nell'art. 37 bis D.P.R. n. 600 del 1973.

La nuova disciplina, ponendo fine all'orientamento della giurisprudenza che affermava la rilevanza penale delle operazioni elusive, ha segnato il cambiamento verso il necessario rispetto del principio di legalità nel diritto penale tributario.

Appare così evidente che soltanto ove sia il legislatore a tracciare la linea di confine tra lecito ed illecito penale, mediante disposizioni chiare e determinate, può essere garantito il rispetto dei diritti fondamentali, in particolare la prevedibilità del diritto penale, ed evitati gli eccessi del diritto penale giurisprudenziale, che vede accresciuto il proprio spazio interpretativo ove si disvelino aporie del sistema.

Nell'ambito della riflessione sulla prevedibilità della norma penale, paradigmatico è altresì il settore del diritto penale dei mercati finanziari, la cui disciplina è la risultante di un insieme di disposizioni poste in fonti diverse. Ne deriva per il giudice un compito non solamente di interpretazione, bensì anche di selezione del diritto rilevante, e quindi di ricostruzione degli strumenti normativi utili alla decisione, compito la cui difficoltà è acuita dalla complessità tecnica del diritto extrapenale cui la fattispecie penale accede.

In questo contesto oltre alla giurisprudenza recitano un ruolo fondamentale le Autorità amministrative indipendenti, con atti regolamentari, ovvero di semplice *soft law*.

Criticità si disvelano a causa della dimensione tecnica della materia, che rende arduo per il giudice individuare autonomamente l'interpretazione più ragionevole per il caso concreto in relazione al contesto.

Il diritto penale dei mercati finanziari è conformato in parte preponderante dalle direttive europee: inizialmente la n. 2003/6/CE e in seguito la n. 2014/57/UE (*Market Abuse Directive I* e *Market Abuse Directive II*), oltre che dal regolamento (UE) n. 596/2014 (*Market Abuse Regulation*). La disciplina di settore è integrata dalla regolamentazione promanante dalle Autorità amministrative indipendenti, a carattere nazionale ed europeo, attraverso l'*European Securities and Markets Authority*, composto dai rappresentanti di tutti gli enti preposti alla sorveglianza sui mercati dei Paesi membri.

⁴¹ Cass., Sez. III, 7 ottobre 2015, *Mocali*, in *CP* 2016, 927, con nota di F. Urbani, *Elusione fiscale alla luce del nuovo art. 10-bis: qualche margine residuo di rilevanza penale?*

Il ruolo specifico del formante amministrativo si evidenzia in particolare quanto all'incriminazione, giacché l'Autorità settoriale integra il tipo, sostanziando il contenuto di clausole generali in sé indeterminate, e costituendo dunque riferimento fondamentale per il giudice. Basti pensare al caso degli artifici innominati nel delitto di manipolazione del mercato, di cui all'art. 185 *Testo Unico della Finanza*, fattispecie incentrata su di una clausola generale indeterminata, quale quella degli "altri artifici". Una formula normativa vaga che non descrive tutte le circostanze che rilevano per conferire la qualifica di illiceità alla condotta, ma soltanto un – incerto – parametro che apre la strada alle più varie interpretazioni giudiziali.

L'utilizzo di una clausola generale a carattere assiologico e non fattuale comporta che sia la connotazione del disvalore intrinseco al termine artificio e non il perimetro semantico dell'enunciato legislativo a rappresentare per il giudice il limite invalicabile. Di più, anche in relazione al contenuto marcatamente tecnico-specialistico della materia, un ruolo fondamentale nella tipizzazione dell'illecito è svolto dall'Autorità amministrativa indipendente.

Il punto di riferimento diventano, dunque, le linee guida della Consob come, ad esempio, quella del 29 novembre 2005, che contempla esempi di manipolazione del mercato e di operazioni sospette – e tra queste *wash trades* (operazioni fittizie), *painting the tape* (artefare il quadro delle operazioni), *improper matched orders* (ordini abbinati in modo improprio), *placing orders with no intention of executing them* (inserimenti di ordini nel mercato senza intenzione di eseguirli) – che diventano la vera fonte che conferisce determinatezza al precetto disvelando il crepuscolo della legalità classica nel settore del diritto penale dei mercati finanziari.

4. Il concetto stesso di fattispecie, presidio garantistico di certezza, appare messo in crisi dalla volatilità del diritto giurisprudenziale. Alla giurisprudenza penale si è imputato, in buona parte a ragione, un'eccessiva molteplicità ed eterogeneità di orientamenti, tanto da "diagnosticare un disordine vicino all'anarchia"⁴². Si pensi alle criticità determinate dalla cospicua presenza di contrasti sincronici di giurisprudenza, talvolta perduranti per anni: il permanere di tali contrasti può determinare una sostanziale violazione del principio di determinatezza considerato nella dimensione *in action*, impedendo al destinatario della norma, nel momento in cui effettua una scelta di azione, di avere contezza della illiceità o meno del fatto⁴³. L'inadeguata considerazione dei rischi di imprevedibilità del mutamento del diritto e inaccessibilità

⁴² G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 148.

⁴³ Cfr. A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 110.

della *regula iuris* in presenza di contrasti sincronici di giurisprudenza lasciano i consociati privi di tutela dinnanzi all'indefinitezza del tipo. Ciò nondimeno, la precisa definizione dei precetti risulta fondamentale per l'orientamento delle scelte dei consociati.

La situazione così tratteggiata, l'atteggiamento di fondo dei giudici, più orientati alla libertà interpretativa che non alla certezza giuridica ⁴⁴, non contribuiscono di certo a rendere ragionevolmente prevedibile il diritto penale.

Certo, prevedibile deve essere il diritto (legge ed interpretazione), mentre la prevedibilità della decisione su di un caso concreto presenta elevati margini di incertezza ⁴⁵, giacché il caso processuale è intessuto di questioni sostanziali e processuali, la cui decisione può presentare al giudice ed alle parti soluzioni imprevedibili *ex ante* ⁴⁶.

L'esigenza è quella di garantire alla persona non solo la previa conoscibilità della legge penale in sé considerata, ma altresì la prevedibilità dei concreti orientamenti giurisprudenziali in relazione al reato configurabile e al trattamento punitivo applicabile. Si tratta di dare ai consociati la possibilità di conoscere previamente i divieti penali, così da garantire loro una libertà di azione non inibita da violazioni imprevedibili della legge penale.

Il diritto penale, invece, appare sempre più imprevedibile, con potenziali sviluppi dagli effetti dirompenti: basti pensare agli scenari disvelati dal caso *Taricco*.

Come noto, la Corte di giustizia dell'Unione europea ⁴⁷, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale in ordine alla interpretazione di una disposizione del Trattato sul

⁴⁴ Si pensi a letture pervenute financo ad affermare che non possono «assumere alcun valore le contingenti intenzioni del legislatore di turno», espressione tratta da Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015-12 gennaio 2016, n. 890, tra le prime a rimarcare il rilievo penale delle valutazioni estimative rispetto alla riformulazione delle fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621-2622 Cc.), anticipando purtuttavia un esito che, dopo un turbolento conflitto sincronico di giurisprudenza, ha trovato il sostegno delle Sezioni Unite (Cass. Sez. Unite, 31 marzo-27 maggio 2016, n. 22474, *Passarelli e altro*); in argomento, A. Manna, *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali (tra law in the books and law in action): cronaca di una discutibile riforma (artt. 2621-2622 c.c.)*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Torino 2017.

⁴⁵ La prevedibilità del diritto, non delle decisioni, dunque, come efficacemente osservato da F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979, 167 ss.

⁴⁶ Cfr. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 38.

⁴⁷ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, in *DPP* 2015, 12, 1562 ss., con nota di F. Rossi, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*; in www.penalecontemporaneo.it 14.9.2015, con nota di F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*. Sulla pronuncia si vedano, in particolare, le riflessioni di: L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *DPenCont* 2015, 2, 40 ss.; S. Manacorda, *La prescrizione delle frodi gravi, in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *AP* 2015, 3, 1 ss.; D. Falcinelli,

funzionamento dell'Unione europea (l'art. 325, comma 1, TFUE), ha esortato i giudici nazionali alla disapplicazione di talune disposizioni in materia di prescrizione del reato (artt. 160, ultimo comma, e 161 comma 2, Cp), allorché tale normativa impedisca al giudice interno “di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”⁴⁸.

La soluzione indicata dalla Corte di Lussemburgo ha in sé una clausola generale irrimediabilmente indeterminata, in quanto imperniata su un criterio valutativo quantitativo ambiguo, visto che non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del «numero considerevole dei casi», cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di giustizia.

La Corte costituzionale, paventando che la soluzione indicata dalla Corte di giustizia potesse determinare una violazione dell'art. 25 Cost., ha quindi proposto, con l'ordinanza n. 24 del 2017⁴⁹, un rinvio pregiudiziale alla Corte stessa, mirato a richiederne un responso in ordine alla compatibilità della regola tratta dalla sentenza – “regola Taricco” – con i principi costituzionali espressi dagli artt. 3, 11, 24, 25 secondo comma, 27, terzo comma e 101, secondo comma Cost., incentrando l'ordinanza in particolare sul possibile conflitto con il principio di legalità in materia penale. La Corte di Lussemburgo si è nuovamente pronunciata, caso *M. A. S. e M. B.*⁵⁰, riaffermando il dovere di disapplicare le disposizioni contrastanti con il diritto europeo, ma salvaguardando la possibilità per il giudice nazionale di svincolarsi da tale obbligo quando ciò comporta una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene.

La prescrizione e il coraggio dell'interpretazione. Punire il colpevole del reato, tra discrezionalità giudiziale e necessità di sistema, in *AP* 2016, 3, 654 ss.; A. Manna, *Il difficile dialogo tra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: il caso Taricco*, *ivi*, 673 ss.; D. Negri, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, *ivi*, 645 ss.

⁴⁸ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, cit., § 58.

⁴⁹ Corte costituzionale ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017. Sulla ordinanza si vedano i commenti di: A. Bernardi, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 1, 109 ss.; V. Manes, *La corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”. Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in *www.penalecontemporaneo.it* 13.2.2017; F. Viganò, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, *ivi*, 27.3.2017; D. Pulitanò, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, *ivi*, 19.4.2017; R. Sicurella, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, *ivi*; F. Giunchedi, *La Consulta, la “regola Taricco” ed il rapporto tra fonti europee*, in *www.archiviopenale.it* 2017, 1; G. Civello, *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, ricorre alla Corte di Giustizia UE: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo fra le corti”*, *ivi*; M. Di Florio, *Sul rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. operato dalla Corte costituzionale: un commento “a caldo”*, *ivi*; F. Palazzo, *La Consulta risponde alla “Taricco”: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *DPP* 2017, 3, 285 ss.

⁵⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, *M. A. S. e M. B.*

Alla pronuncia della Corte di giustizia ha fatto seguito la sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2018⁵¹, ove il nostro Giudice delle leggi, ha affermato che la “regola Taricco” è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale – consacrato dall’art. 25, secondo comma, Cost. – nella definizione del «numero considerevole di casi» in presenza dei quali può operare, poiché «il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita»; così pure risulta indeterminato l’art. 325 TFUE, «perché il suo testo non consente alla persona di prospettarsi la vigenza della “regola Taricco” »⁵².

Questo richiamo della Corte costituzionale alla necessità di un diritto prevedibile emerge anche dalla giurisprudenza della Corte EDU nel caso *Contrada*⁵³, che ha evidenziato in modo dirompente il tema della legalità giurisprudenziale. La sentenza *Contrada* è pervasa dall’idea di legalità che contraddistingue la giurisprudenza della Corte EDU⁵⁴ in cui, come ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 230

⁵¹ Corte costituzionale, sentenza 10 aprile 2018, n. 115, in www.archiviopenale.it 2018, 2, con nota di G. Civello, *La sentenza n. 115/2018 della Consulta alla luce della “Taricco-bis” della C.G.U.E.* Tra le letture di questa importante pronuncia, v., in particolare, M. Donini, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *DPenCont* 2018, 2, 225 ss.; M. Gambardella, *Inapplicabile senza eccezioni la “regola Taricco” nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte costituzionale?*, in *CP* 2018, 2786 ss.; D. Pulitanò, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, in *DPP* 2018, 10, 1289 ss. V., altresì, i contributi nel volume a cura di C. Amalfitano, *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano 2018, di: D. Gallo, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimite e implicita negazione dell’effetto diretto* (377 ss.); M. Caianiello, *Quel che resta del dialogo*, (391 ss.); V. Manes, *Taricco, finale di partita* (407 ss.).

⁵² Corte costituzionale, sentenza 10 aprile 2018, n. 115, cit., § 11.

⁵³ Corte EDU, sez. IV, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, *Contrada c. Italia*, cit.

⁵⁴ Per un quadro d’insieme, v. V. Zagrebelsky, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò, a cura di, *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano 2012, 65 s. V., altresì, V. Manes, *Commento all’art. 7*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova 2012, 258 ss. Sulla diversità dei fondamenti politici e culturali della legalità europea di cui all’art. 7 CEDU e della nostra legalità di cui all’art. 25 Cost., v. F. Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. Vassalli, a cura di, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 68 ss. Per approfondimenti, v. le riflessioni di: M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, cit., 49 ss., 63 ss.; O. Di Giovine, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *DPenCont* 2013, 1, 159 ss.; Id., *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in C.E. Paliero, S.Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, cit., 145 ss.; R. Bartoli, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, *ibidem*, 283 ss.; D. Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., 46 ss.; F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’?*, in www.penalecontemporaneo.it 5.4.2017. V. pure la Tavola rotonda dal titolo *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, in *Crim* 2013, 205 ss., con interventi di C. de Maglie, F. Fiandanese, V. Maiello, S. Riondato, A. Vallini.

del 2012⁵⁵, «il principio convenzionale di legalità penale risult[a] meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell’assetto interno – della riserva di legge, nell’accezione recepita dall’art. 25, secondo comma, Cost. »⁵⁶.

La pronuncia, disvelando le questioni che attraversano la legalità, conferisce un fondamentale apporto alla discussione sul diritto penale vivente in Italia: una esortazione all’attenzione che riguarda tutti gli aspetti della legalità, non un movimento verso una differente e meno comprensiva idea di legalità, che possa includere infrazioni di origine giurisprudenziale. La sentenza *Contrada* rappresenta “la prima vera “messa in mora” del sistema giuridico italiano” quanto all’irresponsabilità dell’interprete in materia penale⁵⁷, ponendo in luce l’esigenza di delineare dei doveri ermeneutici per il giudice penale, che costituiscano un efficace presidio per il garantismo penale nella fase interpretativa, una deontologia per il giudice penale dunque che riconosca che possono verificarsi illeciti interpretativi.

5. I nodi problematici delineati pongono in evidenza, da un lato, la dialettica tra la dimensione testuale della legge e la conformità ermeneutica dell’interpretazione e, d’altro lato, le reciproche interconnessioni tra la legalità della legge ed i diritti fondamentali che richiedono tutela nello specchio del rimprovero personale di colpevolezza.

Come visto, il baricentro del principio di legalità si è progressivamente spostato dall’esigenza di valorizzare il ruolo esclusivo della fonte legislativa e di delimitare il potere del giudice, all’esigenza di conoscibilità (accessibilità) e prevedibilità della legge e delle relative conseguenze sanzionatorie, in ragione del diritto fondamentale alla autodeterminazione della persona. Questione fondamentale è garantire alla persona non solamente la preventiva conoscibilità della legge penale, ma anche la prevedibilità degli orientamenti giurisprudenziali quanto al reato configurabile ed al relativo trattamento punitivo. L’esigenza è dunque quella di permettere ai consociati di

⁵⁵ Corte costituzionale sentenza 8 ottobre 2012, n. 230. Sulla sentenza v. il commento di V. Manes, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra “diritto giurisprudenziale” e “legge”*, in *Giur. Cost.* 2012, 5, 3474 ss. V., altresì, D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 36 ss., e anche O. Di Giovine, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, cit., 173 s.

⁵⁶ Corte cost., n. 230 del 2012, cit., § 7.

⁵⁷ M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., 347.

conoscere preventivamente i divieti penali, in modo da garantire loro una libertà di azione non preclusa da violazioni non prevedibili della legge penale.

Occorre dunque interrogarsi su quali presupposti di diritto e di fatto debbano ricorrere perché la prevedibilità sia effettivamente implementabile quale garanzia individuale.

Il principio di legalità evidenzia l'esigenza che l'esercizio di ciascun potere pubblico sia previsto e disciplinato dalla legge, che negli ordinamenti di *civil law* coincide con l'atto normativo di fonte parlamentare mentre in quelli di *common law* collima con il diritto obiettivo.

La legalità penale si traduce nel principio di determinatezza della legge penale, indirizzato sia al legislatore affinché formuli disposizioni chiare e precise allo scopo di ancorare vieppiù il giudice alla legge, sia al giudice al fine di inibirgli l'applicazione della norma a casi non espressamente previsti: la legalità, in quest'ultimo senso, come limite all'arbitrio del giudice.

Al pari del principio di irretroattività della legge penale, che costituisce la nervatura del principio di legalità, la determinatezza assume una specifica funzione di libertà, oltre che una natura *universale* molto diversa da quella storicizzata della riserva di legge.

Diversi fattori hanno concorso ad avviare un processo di progressiva dissoluzione del principio di legalità: il venir meno della centralità del Parlamento, nonché la sua aumentata difficoltà a rappresentare luogo istituzionale di esercizio di razionalità discorsiva; l'esorbitante ricorso a fonti normative di promanazione governativa; l'indebolirsi dell'attitudine progettuale e della capacità di innovare della politica, inidonea a comprendere i cambiamenti sociali e volta ad un uso demagogico del diritto penale⁵⁸.

Va inoltre ricordato che è in atto un processo di metamorfosi del diritto di produzione legislativa, la cui più evidente manifestazione risiede nell'impatto della normazione di fonte europea e nella relativa limitazione dello spazio di libertà della politica. Si è gradualmente affievolito, nel sistema penalistico, il monopolio legislativo delle determinazioni politico-criminali, in quanto l'attuazione precipuamente governativa degli impulsi normativi europei, la crescente concretizzazione giurisprudenziale della *regula iuris*, riducono considerevolmente la sfera decisionale dell'organo che costituisce la più alta espressione della sovranità popolare.

⁵⁸ In argomento, L. Ferrajoli, *Principia juris - Teoria del diritto e della democrazia*, 2. *Teoria della democrazia*, 3a ed., Bari 2013, 367 ss.

L'influenza del diritto europeo quanto alla materia penale è diventata sempre più determinante ed incisiva, sino a condizionare e 'vincolare' in diversi modi le scelte operate dai singoli ordinamenti nazionali ⁵⁹.

I vincoli connessi all'inserimento del nostro ordinamento nelle istituzioni europee, hanno attenuato il legame della legalità con la sovranità statale; decisioni quadro, direttive, regolamenti dell'Unione europea implicano vincoli talmente stretti da soverchiare la legge penale nazionale, o da ridimensionarla al rango di fonte sostanzialmente derivata, nelle materie interessate dalle fonti europee. Di più, come noto, oltre che alle fonti europee, l'interpretazione del diritto nazionale deve conformarsi anche alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ritenuta come vera e propria fonte di diritto.

In forza dell'orientamento della Corte costituzionale, costante a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 ⁶⁰, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali costituisce una fonte, seppure interposta (ex art. 117 Cost.), di rango sub-costituzionale e siccome la Convenzione EDU, come affermato dalla Corte costituzionale, vive nell'interpretazione della Corte EDU, ne discenderebbe che anche la giurisprudenza della Corte EDU rappresenta fonte sub-costituzionale, ex art. 117 Cost.

Al riguardo, la Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015 ⁶¹, ha stabilito che il giudice interno deve fondare il proprio processo interpretativo solamente su di una giurisprudenza "consolidata" della Corte di Strasburgo, mentre non sussiste alcun vincolo in ordine a pronunce non espressive di un orientamento diventato ormai definitivo ⁶².

⁵⁹ Cfr. G.A. De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, 2a ed., Torino 2011, 93.

⁶⁰ Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348 e Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 349, in *CG*, 2008, 2, 185 ss., con nota di M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*; ed altresì ivi R. Conti, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, 205 ss. Sulle differenze tra le due sentenze 'gemelle' v. V. Zagrebelsky, in Tavola rotonda sul tema: *Il 'dialogo' tra le Corti europee, la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione: punti fermi e visioni prospettiche*, in *GP* 2014, 4, 121 s. Quanto alla portata del vincolo di rispetto degli obblighi internazionali secondo le sentenze gemelle, v. N. Colacino, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in F. Giunchedi, a cura di, *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, cit., 51 ss.

⁶¹ Corte costituzionale, 26 marzo 2015, n. 49. Sulla sentenza v. i commenti di: D. Pulitanò, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *DPenCont* 2015, 2, 318 ss.; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, *ibidem*, 325 ss.; F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope*, *ibidem*, 333 ss. V. altresì N. Colacino, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, cit., 58 ss.

⁶² In assenza di una giurisprudenza consolidata, dunque, si appalesa una mitigazione di tale dovere di adeguamento, mentre a fronte dell'attestarsi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo su scelte sostanzialmente omogenee si disvela una legittimazione rafforzata di tale dovere; cfr. G.A. De Francesco, *Due*

Va tuttavia considerato che nella sentenza n. 230 del 2012 la Corte costituzionale ha stabilito come sia preclusa «una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della [...] equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale»⁶³.

Per quanto qui di interesse, particolare rilevanza assume la questione dei rapporti tra la legge e la giurisdizione, ove si consideri l'esigenza di delimitare la sfera dell'attività ermeneutica nei confronti della dimensione normativa che la legge deve delineare.

Il progressivo spostamento dalle *parole della legge* alle *ricostruzioni interpretative* che ne limitano la portata, amplia la pletora delle possibili letture e determina, da un lato, un aumento dei contrasti giurisprudenziali e, d'altro lato, l'indebolimento delle funzioni garantistiche del processo penale. Dal ruolo sempre più rilevante assunto dalla giurisprudenza è derivato l'invigorimento della funzione creativa dei giudici e la corrispondente attenuazione dell'impatto effettivo del principio di legalità quale riserva di legge, irretroattività dell'incriminazione, determinatezza del fatto punibile, interpretazione-applicazione tassativa delle fattispecie criminose, con conseguente divieto di analogia. Eppure, le articolazioni della legalità penale contribuiscono, secondo diversi profili, ad assolvere ad una duplice funzione di garanzia: tutelare i consociati da possibili abusi punitivi e permettere agli stessi di conoscere preventivamente i divieti penali, in modo da garantire loro una libertà di azione non inibita da violazioni imprevedibili della legge penale.

6. La determinatezza e precisione del precetto legale, l'intellegibilità, l'efficacia descrittiva dello stesso, sono strettamente connessi ai presupposti dell'osservanza della legge e del rimprovero di colpevolezza in caso di violazione.

La conoscibilità della legge penale da parte del consociato, il quale non può essere rimproverabile per la inosservanza di un precetto penale inconoscibile al tempo della condotta, la "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali, secondo quanto richiesto dal principio di legalità e postulato dal principio di colpevolezza, *secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità*, discende da talune condizioni, in particolare dall'adempimento dei doveri del legislatore concernenti la formulazione ed i contenuti delle norme penali, secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988⁶⁴.

temi controversi: lo sviluppo del 'diritto giurisprudenziale' ed i principi intertemporali della legge penale, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, cit., 277.

⁶³ Corte cost., n. 230 del 2012, cit., § 7.

⁶⁴ Corte costituzionale, sentenza 23-24 marzo 1988, n. 364, cit.

La riconoscibilità dei contenuti delle norme penali, implicata dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., rinvia per la Corte «alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da esser percepite anche in funzione di norme "extrapenali", di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare»⁶⁵.

Una norma penale ha valore come regolatrice della condotta non per quello che è, ma per quello che appare ai consociati; lo Stato deve quindi agevolare in massima misura la riconoscibilità sociale dell'effettivo contenuto precettivo delle norme penali.

Il nesso fra coscienza dell'illiceità e formulazione delle fattispecie⁶⁶ è questione che riguarda *in primis* il legislatore, che deve creare tipi di reato contraddistinti da un riconoscibile contenuto offensivo. Ciò che è necessario ed è sufficiente per fondare il rimprovero di colpevolezza è la possibilità di coscienza dell'illiceità.

Per quanto concerne la formulazione della legge, occorre garantire la certezza nelle scelte di comportamento, mediante precetti formulati in termini precisi, chiari e comprensibili per i consociati, in tal modo liberati dall'esigenza di guardare oltre le regole. L'osservanza della legge richiede che il legislatore utilizzi un linguaggio rigoroso, al fine di assicurare ai destinatari della norma la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato. Sul punto occorre rammentare come nella ordinanza n. 24 del gennaio 2017, la Corte costituzionale abbia stabilito che le disposizioni del diritto penale sostanziale debbono «essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice»⁶⁷.

La determinatezza della legge non si realizza solamente nel contesto della formulazione prettamente linguistica del precetto, bensì anche e principalmente in quello della compiuta definizione dei tipi criminosi. E invece, come visto, ci sono casi in cui un legislatore refrattario alla compiuta definizione dell'illecito utilizza sostanziali deleghe che si concretizzano in prodotti legislativi semi-lavorati o in linee-guida che richiedono un'integrazione da parte degli interpreti, o casi in cui la lettera della legge è demandata a clausole generali, concetti vaghi o indeterminati, definizioni tautologiche, fattori di vaghezza che rendono necessaria l'opera dell'interprete per la ricostruzione della fattispecie.

⁶⁵ Corte costituzionale, n. 364 del 1988, cit., § 17.

⁶⁶ In argomento v. D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976 (cfr., in particolare, 529 s.).

⁶⁷ Corte costituzionale ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017, cit., § 5.

Va notato che anche la Corte costituzionale ha contribuito ad affievolire la legalità della legge: è evidente la ritrosia della Corte a dichiarare l'incostituzionalità di disposizioni penali per insufficiente determinatezza; la Corte "ha colorato di tratti di assoluta eccezionalità il riscontro della sua violazione", mostrando di attribuire "all'interpretazione "tassativizzante" fornita dalla giurisprudenza la capacità di conformare al principio di determinatezza illeciti penali dai contorni slabbrati – talora addirittura eterei – nella descrizione normativa, alla sola condizione, assai poco selettiva, che l'operazione ermeneutica poggi su un "fondamento controllabile"”⁶⁸.

La sola pronuncia rilevante di accoglimento riguardante il principio di determinatezza è stata, per lungo tempo, la sentenza n. 96 del 1981⁶⁹, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione che configurava il delitto di plagio, ravvisando un contrasto fra l'art. 603 Cp e l'art. 25 Cost.

Fin dalla prima sentenza riguardante la determinatezza di una disposizione penale⁷⁰, la Corte ha pronunciato numerose sentenze di rigetto, anche ove la questione concernesse disposizioni di interpretazione e di applicazione controversa⁷¹, fondandosi sulla possibilità di precisazione delle fattispecie in sede di interpretazione giudiziale, con riguardo, per esempio, ad un «preciso significato tradizionale generalmente accettato»⁷². L'interprete ha dunque il compito di «attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare la inserzione di un caso in una fattispecie molto ampia e di non agevole delimitazione»⁷³.

Per la Corte, è sufficiente che «la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato», ovvero quando siffatta descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, supportato «da un fondamento ermeneutico controllabile» e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una «percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo»⁷⁴.

⁶⁸ V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, 112 s., e v. giurisprudenza *ivi* richiamata (nota 277).

⁶⁹ Corte costituzionale, sentenza 8 giugno 1981, n. 96, in *GC*, 1981, 806 ss., con nota di P.G. Grasso, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*.

⁷⁰ Corte costituzionale, sentenza 23 maggio 1961, n. 27, in *GC*, 1961, 537, con nota di C. Esposito.

⁷¹ Si vedano: Corte costituzionale, sentenza 10 dicembre 1970, n. 191, in materia di comune senso del pudore; sentenze 24 gennaio 1974, n. 20 e 27 giugno 1975, n. 188, in materia di vilipendio; sentenza 16 aprile 1982, n. 79, relativa all'art. 4 della l. 18 aprile 1975, n. 110, in materia di controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi.

⁷² Corte costituzionale, ordinanza 28 febbraio 1984, n. 57.

⁷³ Corte costituzionale, n. 27 del 1961, cit.

⁷⁴ Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 5, § 2.1.

Un importante chiarimento nei rapporti tra legge e giudice è però arrivato con la sentenza n. 327 del 2008, nella quale la Corte ha affermato che «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (orientamento ribadito dalla Corte nel 2019 con la sentenza n. 24⁷⁵). In caso contrario, sarebbero “tradite” le due funzioni del principio di determinatezza: quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della *regula iuris* verrebbe meno giacché la *regula* sarebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici; quella di assicurare al destinatario della norma penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato, verrebbe meno poiché tale garanzia deve essere assicurata sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non solamente nel momento, potenzialmente di molto successivo, in cui una determinata interpretazione, comunque sempre suscettibile di mutamenti, si sia consolidata in giurisprudenza.

La presenza di un orientamento giurisprudenziale costante può comunque diventare elemento di conferma «della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa»⁷⁶.

È con la sentenza n. 115 del 2018⁷⁷ che la Corte propugna una declinazione *forte* della determinatezza, che comporta, per il legislatore e per i giudici, un accentuato rigore definitorio ed ermeneutico. S'appalesa così la auspicata riappropriazione della determinatezza da parte della Consulta, nella cui giurisprudenza in materia alcuni autori avevano letto un inadempimento⁷⁸.

La Corte riafferma la duplice valenza del principio di determinatezza, il quale oltre che a garantire nei confronti del giudice la conformità a legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole compiutamente definite per essere applicate, assicura al destinatario della norma “una percezione sufficientemente chiara ed immediata” dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta⁷⁹.

Scopo del principio di determinatezza è evitare che il giudice eserciti una funzione creativa, sostituendosi al legislatore nel determinare il discrimine tra lecito e illecito – e ciò in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale – ed anche garantire la libera autodeterminazione

⁷⁵ Corte costituzionale, sentenza 24 gennaio 2019, n. 24, § 12.

⁷⁶ Corte costituzionale, sentenza 30 luglio 2008, n. 327, § 6.

⁷⁷ Corte costituzionale, sentenza 10 aprile 2018, n. 115, cit.

⁷⁸ Sul tema v., per tutti, S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001; G. Fiandaca, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *CP* 2017, 1, 19.

⁷⁹ Sul punto v. altresì Corte costituzionale, sentenza 30 luglio 2008, n. 327, cit., sentenza 13 gennaio 2004, n. 5, cit. ed altresì sentenza 13-22 aprile 1992, n. 185.

individuale, consentendo ai consociati di valutare preventivamente le conseguenze giuridico-penali delle proprie condotte ⁸⁰.

La determinatezza, «nata per gestire soprattutto le norme penali incriminatrici, e meno consona alle clausole generali, soprattutto a quelle della “parte generale” (causalità, colpa, dolo, tentativo, concorso di persone, pericolo, etc.)», può, nell’ora attuale, evolvere e “esigere anche diverse gestioni nella stessa parte generale» ⁸¹.

La prevedibilità del diritto è nata propriamente al fine di permettere l’evoluzione del diritto penale, limitandone gli effetti al futuro quanto ai mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* non prevedibili al tempo della condotta, non per cristallizzare tale evoluzione a quanto prevedibile al tempo della creazione della disposizione.

7. L’interpretazione è costituita da un’attività cognitiva che comporta l’individuazione, necessariamente discrezionale e quindi razionalmente argomentata, del significato ritenuto come maggiormente sostenibile tra quelli ascrivibili all’enunciato oggetto di interpretazione.

Il risalto anche nel contesto penalistico delle teorie dell’interpretazione di orientamento ermeneutico ⁸², porta a smitizzare la narrazione illuministica dell’assoluto primato della legge scritta e della riduttiva rappresentazione del giudice come una sorta di automa dedito alla meccanica applicazione della legge ⁸³.

⁸⁰ V. Corte costituzionale, sentenza 30 luglio 2008, n. 327, cit., sentenza 13-22 aprile 1992, n. 185, cit. e sentenza 23-24 marzo 1988, n. 364, cit. Questa impostazione è esplicitativa; in argomento v. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 138 ss., 170 ss.; Id., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, cit., 49 ss.

⁸¹ M. Donini, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, cit., 242.

⁸² Sul tema v., in particolare, G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *RIDPP* 2001, 353 ss.; Id., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, cit., 1722 ss.; M. Donini, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un “nuovo” ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, cit., 1165 ss.; O. Di Giovine, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, cit., 18 ss., cap. II, cap. III, 253 ss.; M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 693 ss.; M. Vogliotti, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, vol. XLIV, tomo I, Milano 2015, 131 ss.

⁸³ Come noto, Cesare Beccaria, al pari di altri pensatori illuministi, considerava i poteri del giudice in maniera così circoscritta da avversare qualunque potere di interpretazione: «Nemmeno l’autorità d’interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori. (...) Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de’ cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell’ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti (...)» (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § 4, *Interpretazione delle leggi*). Il divieto per il giudice di discostarsi dalla lettera della legge disvela l’idea dell’interpretazione come illecita creazione di nuove norme; noterà Pietro Verri: «il giudice, col pretesto d’interpretare la mente del legislatore, realmente fabbrica una nuova legge», «diventa legislatore»

Si è sostenuto che «il giudice in qualche modo e misura *crea* (ancorché rimanga impreciso il significato di questo ‘creare’), e crea persino quando interpreta e applica le norme penali»⁸⁴; il giudice diviene ‘creativo’ non già per deliberata volontà di artefare od eludere la legge, ma perché la figura dell’interprete fedelmente soggetto al legislatore-padrone assoluto del diritto è pura ideologia. L’obsoleto formalismo interpretativo, in forza del quale ogni disposizione ha solamente un significato corretto, che l’interprete ha il compito di cogliere, conserva tutt’al più una rilevanza ideologica priva di valenza conoscitiva.

Il significato delle parole non è un ‘dato’ precostituito, bensì il risultato di una valutazione fatta dall’interprete con riferimento al fatto storico da qualificare, cioè da ricomprendere o meno nel perimetro semantico di un dato enunciato legislativo. Essenza dell’attività ermeneutica è comporre le dimensioni del necessariamente astratto, la legge, e della realtà concreta, il fatto, che l’interprete deve valutare, e questo necessita ineludibilmente di uno spazio di discrezionalità.

Questione fondamentale è quella che riguarda l’estensione dei poteri del giudice. L’affermazione in forza della quale “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” (art. 101, comma 2, Cost.) è basata sul principio della divisione dei poteri. Il tema di fondo è quello che riguarda i rapporti tra legalità e discrezionalità. Il giudice media, e mediando interpreta; inoltre attribuisce significati ad espressioni che presentano spesso una notevole elasticità, tuttavia «si tratta, in fondo, di una discrezionalità impropria, che si identifica in un’operazione ermeneutica, se pure di tipo particolare»⁸⁵.

Se per scongiurare il pericolo di una libertà ermeneutica straripante occorre fissare quale limite quello per cui l’individuazione dei significati riferibili alla legge penale dovrebbe avvenire sempre dentro al perimetro semantico dell’enunciato, occorre peraltro considerare che l’individuazione dello spazio semantico del testo costituisce una attività valutativa complessa: la compatibilità testuale delle scelte

(P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, 1766, *Caffè*, 487): da tali considerazioni deriva la figura di un giudice “servo della lettera della legge” (*Caffè*, 488), ancorato ad una applicazione meramente meccanica della legge.

⁸⁴ G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, cit., 93. Rileva ancora G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, cit., 15, «l’interprete assume un ruolo ‘creativo’ nella misura in cui conforma o riempie ermeneuticamente le fattispecie penali nel diritto vivente, le integra, corregge, adatta, orienta ai casi concreti, ne propone interpretazioni restrittive o al contrario estensive (se non proprio analogiche ‘mascherate’) alla luce di valutazioni teleologiche non sempre univocamente desumibili dal testo scritto delle norme o dalla (non di rado polivalente) *ratio legis*». Da notare altresì il giusto richiamo dell’A., che propone di «distinguere (per dir così) tra diritto giurisprudenziale creativamente “legittimo” e prevedibile, in termini di ragionevole certezza, e diritto giurisprudenziale creativamente “abusivo” o capricciosamente anarchico» (G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, cit., 1724).

⁸⁵ P. Nuvolone, *Processo penale: legalità, giustizia e difesa sociale*, in *Trent’anni di diritto e procedura penale. Studi*, vol. I, Padova 1969, 447.

ermeneutiche deriva a sua volta da una attività interpretativa del giudice. Si crea così un circolo ermeneutico foriero, nella prassi, di criticità.

È importante ricordare che l'interpretazione in materia penale deve essere informata alla rigida osservanza del principio di frammentarietà⁸⁶, ed in tal senso orientata ad una concezione del 'tipo' criminoso che la renda esente da un uso troppo spregiudicato delle opzioni derivanti dal circolo ermeneutico⁸⁷.

La consapevolezza degli ambiti nei quali la discrezionalità interpretativa è 'inevitabile', sollecita un severo controllo critico dell'impostazione ermeneutica, dei profili dell'argomentare, oltre che delle logiche di cui si avvale la giurisprudenza nella prassi. Ciò che va scongiurato in particolare sono quelle impostazioni interpretative, che formalmente possono essere ricondotte al testo degli enunciati normativi – talvolta fatti oggetto financo di vere e proprie forzature lessicali – le quali più che scardinare la forma dell'incriminazione (la lettera della legge) ne alterano la sostanza, creando tipi criminosi non (ancora) contemplati dalla legge.

8. Quando l'interprete si avvicina ai testi normativi, la prospettiva dei valori affermati nella Costituzione deve costituire la sua precomprensione⁸⁸. Nelle norme e nei principi costituzionali sono ricompresi criteri assiologici, che possono valere anche come criteri di interpretazione sistematica e teleologica, nonché, naturalmente, come criteri di controllo e di possibile invalidazione delle leggi ordinarie.

L'interpretazione conforme a Costituzione si pone all'interno del criterio dell'interpretazione sistematica⁸⁹. Si tratta di uno strumento che consente di discernere fra i possibili significati delle disposizioni, avendo riguardo ad una superiore prospettiva di coerenza, mediante il quale la Costituzione entra nella funzione giurisdizionale ordinaria.

Orientata alle finalità della normativa, l'interpretazione teleologica valorizza gli interessi tutelati: il nesso con il bene giuridico contribuisce a delimitare l'ambito del penalmente rilevante. In questa prospettiva, nell'interpretazione di disposizioni incriminatrici sono da respingere opzioni interpretative che includano nella fattispecie fatti non offensivi dell'interesse tutelato.

In relazione ad esigenze di tutela percepite come significativamente rilevanti, peraltro, i giudici penali sono propensi a porre a fondamento di scelte interpretative

⁸⁶ Sul tema, v. T. Vormbaum, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *DPenCont* 2015, 1, 51 ss.

⁸⁷ Sul punto v. G.A. De Francesco, *Due temi controversi: lo sviluppo del 'diritto giurisprudenziale' ed i principi intertemporali della legge penale*, in C.E. Paliero, S.Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, cit., 272.

⁸⁸ G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., 98.

⁸⁹ R. Bin, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 2015, 1.

che comportino un intervento penale più ampio, cosicché il riferimento al bene giuridico funge da presupposto ad interpretazioni estensive.

Il procedimento ordinario di interpretazione assume priorità logica in ordine a possibili questioni di legittimità costituzionale⁹⁰; mediante la interpretazione del dettato normativo si perviene alla individuazione della norma che rappresenta il *prius* per valutare la conformità a Costituzione. Ove la disposizione sia passibile di interpretazioni diverse, fra cui ve ne sia taluna che attribuisca alla norma un significato non conforme a Costituzione, dal momento che non può essere dichiarata la illegittimità costituzionale di una disposizione solo perché è possibile darne una interpretazione non conforme a Costituzione, andrà scelta altra interpretazione, se coerente con il dettato normativo e con il sistema dell'ordinamento giuridico, che porti ad una norma conforme a Costituzione. Così, l'interpretazione conforme a Costituzione, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 356 del 1996, è posta a carico del giudice comune a pena di inammissibilità⁹¹.

Si è osservato che l'interpretazione conforme consacra «una sorta di rivoluzione copernicana sul piano della metodologia interpretativa»: interpretare «in conformità ad altra norma prevalente [...] significa che il procedimento interpretativo non è più incanalato, guidato, disciplinato e limitato da regole *modali* interpretative – giuste o sbagliate che esse siano», secondo l'«impostazione metodologica sottesa all'art. 12 disp. prel. e ancora in larga parte dominante»; significa, invece, «che il procedimento interpretativo deve essere orientato al raggiungimento di un *risultato* interpretativo, che diviene la bussola dell'attività ermeneutica a prescindere dalle regole, dagli strumenti, dagli “argomenti” tradizionalmente facenti parte dell'armamentario tecnico dell'interprete»⁹².

Ambiti e limiti dell'interpretazione conforme a Costituzione si disvelano nelle interrelazioni tra principi costituzionali specificamente penalistici e disposizioni di parte generale. Basti pensare ai criteri di imputazione personale⁹³.

⁹⁰ La Corte costituzionale ha espressamente affermato la priorità del procedimento ordinario di interpretazione fin dalla sentenza 23 maggio 1961, n. 27, cit., 537 s.

⁹¹ Corte costituzionale, sentenza 14-22 ottobre 1996, n. 356, ove si è affermato che “in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”.

⁹² F. Palazzo, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, cit., 87 s. Ampiamente, in argomento, v. l'articolata ed approfondita analisi di V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit.

⁹³ Al riguardo non si può non ricordare come la Corte costituzionale, con la sentenza n. 364 del 1988, cit., che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 Cp, abbia affermato la rilevanza costituzionale del principio di colpevolezza. Si era rivelato, invero, sostanzialmente iniquo il principio che un soggetto imputabile non potesse mai giustificarsi dimostrando che in buona fede non conosceva – e non potendosi ragionevolmente pretendere che conoscesse – la norma penale incriminatrice. La norma determinava, in parte, affermazioni di responsabilità in assenza di colpevolezza. In generale, istituti come dolo e colpa applicabili in modo generale ed

Possono avere valenza ermeneutica anche principi costituzionali non specificamente penalistici, come il principio di uguaglianza, presidio costituzionale della coerenza interna del sistema⁹⁴, principio che comporta criteri di proporzione riguardanti la costruzione del sistema dei delitti e delle pene. E invero, il principio di uguaglianza, insieme al principio di offensività, ricopre nella giurisprudenza costituzionale in materia penale un ruolo di rilievo come criterio di invalidazione in ordine a disposizioni sanzionatorie che comportano “uno stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco”⁹⁵.

È importante altresì notare che sussiste un potenziale conflitto tra il principio di uguaglianza e il diritto penale il quale, per il suo carattere frammentario, è anche disuguale. Invero, a fronte di fattispecie incriminatrici che conformano condotte tipiche, si presentano altre condotte ‘analoghe’, percepite come altrettanto lesive, non disciplinate dal legislatore, e relativamente alle quali non può essere invocata una tutela penale giudiziale, sostitutiva della legge. L'uguaglianza costituisce un valore della tutela penalistica soltanto in quanto vincola il legislatore. Se una censura per violazione dell'articolo 3 Cost. è sempre possibile, la Corte costituzionale stessa non può assolutamente introdurre fattispecie incriminatrici nuove allo scopo di eliminare una asserita disuguaglianza connessa ad una mancanza di disciplina legislativa. A maggior ragione il singolo giudice non può conseguire un risultato analogo attraverso

automatico assicurano l'ancoraggio della responsabilità ad un elemento soggettivo, per qualsivoglia reato. Proprio in forza di questo presupposto sono state rigettate le questioni di legittimità poste con riferimento alla responsabilità penale di soggetti apicali, in relazione al principio di colpevolezza (Corte cost. 12 luglio 1976, n. 173, in tema di omesso versamento dei contributi assicurativi e assistenziali a favore del personale dipendente, in *GP*, 1976, I, 297 s.; Corte cost. 18 novembre 1982, n. 198, in tema di responsabilità penale del direttore di un periodico, in *FI* 1983, I, c. 570 ss., con nota di G. Fiandaca, *È “ripartibile” la responsabilità penale del direttore di stampa periodica?*). Nella giurisprudenza ordinaria, la rilevanza costituzionale della questione della colpevolezza si evidenzia nella sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione sull'art. 586 Cp ove si è statuito che la responsabilità non può essere affermata in assenza di colpa, e l'interpretazione della colpa deve evitare di declinare verso una responsabilità oggettiva occulta (Cass. Sez. Unite, 22 gennaio 2009, n. 22676, *Ronci*, in *FI* 2009, II, 448, con nota di A. Tesauro, *Responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le Sezioni Unite optano per la colpa in concreto*).

⁹⁴ Va evidenziato che un sistema penale modellato su criteri di giustizia, ha nel principio di uguaglianza un fondamento che stabilisce vincoli di coerenza intrasistemica e di coerenza con i principi materiali del sistema dei reati e delle pene, fra i quali il principio di offensività, il principio di colpevolezza, la finalità della pena. Al riguardo, v. D. Pulitanò, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo ‘creativo’ del giudice*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano 2017, 72.

⁹⁵ Corte costituzionale, n. 26 del 1979, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 186, primo e secondo comma, del codice penale militare di pace, in ordine all'indiscriminata previsione della pena edittale dell'ergastolo per le fattispecie di omicidio consumato e tentato contro un superiore, marcatamente differenziate quanto ai loro elementi oggettivi e soggettivi, anteponendo la disciplina militare in tempo di pace, considerata nel senso riduttivo di obbedienza e di rispetto del subordinato nei confronti del superiore, al bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale che è il diritto alla vita.

l'interpretazione, se ne deriva una norma nuova che, in ultima analisi, richiederebbe necessariamente la riscrittura della disposizione di legge stessa.

Certo, l'interpretazione conforme a Costituzione rappresenta un criterio ermeneutico del tutto ragionevole, persino ovvio, qualora si tratti di individuare, in un novero di opzioni ermeneutiche possibili e plausibili, quella conforme a Costituzione, in quanto coerente con i suoi valori o capace di attuarne le garanzie nel modo più efficace; «l'interpretazione conforme costituisce oggi l'espressione più evidente della libertà costruttiva dell'interprete»⁹⁶.

Senonché, dissimulati dal velo dell'interpretazione conforme, si possono disvelare “approdi ermeneutici del tutto eccentrici rispetto ai limiti normativi, a torto o a ragione tracciati dal legislatore. In questo caso ciò che si prospetta è, puramente e semplicemente, la riformulazione delle norme ad opera del giudice”⁹⁷.

9. Ogni interpretazione, persino la più ardita, viene argomentata come coerente con il significato del dato testuale. Di più, nessuna questione di interpretazione di disposizioni penali è approcciata in palese contrasto con il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici, o di sfavore⁹⁸. Siccome un ragionamento analogico in *malam partem* chiaramente esplicitato è vietato, nessun interprete lo esprime, e quindi si appalesano, al più, analogie indirette, celate da interpretazioni sistematiche, estensive, evolutive.

Purtuttavia, talvolta il giudice penale, spingendosi sul labile confine fra interpretazione estensiva ed interpretazione analogica, indulge allo scostamento dal tenore letterale del testo della disposizione, che ritiene carente sotto il profilo della tutela. La questione dell'analogia è dunque sceverare quella occulta, propinata quale interpretazione estensiva o evolutiva⁹⁹, considerata suppletiva di ‘lacune di tutela’

⁹⁶ M. Donini, *Garantismo penale oggi*, in *disCrimen*, 16.12.2019, 9.

⁹⁷ Così, T. Padovani, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, cit., 17.

⁹⁸ In argomento, di particolare interesse: G. Vassalli, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano 1942; Id., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Novissimo Dig.*, I, Torino, 1957, 607 ss.; Id., voce *Analogia nel diritto penale*, in *DigDPen I*, Torino, 1987, 158 ss.; P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo 1947; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano 1965; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit.; M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino 1979; Id., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 693 ss.; G. Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *RIDPP* 1989, 1535 ss.; G. Marinucci, *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *RIDPP* 2007, 1254 ss.; F. Giunta - G. Carcaterra - O. Di Giovine - N. Mazzacuva - V. Velluzzi, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Crim* 2010, 347 ss.; M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2011; A. Manna, *“L'interpretazione analogica” nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale*, in A. Castaldo - V. De Francesco - MV. Del Tufo - S. Manacorda - L. Monaco, a cura di, *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2013, 219 ss.

⁹⁹ Al riguardo v., in particolare, G. Marinucci, *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie*

avvertite come oltremodo ingiuste. Peraltro, «lacune (nel senso di assenza di regolamentazione legislativa) non sono presenti nelle fattispecie penali; ciò che nel processo potrebbe apparire soggettivamente come lacuna di punibilità, è in verità uno spazio libero dal diritto penale»¹⁰⁰.

Affermare l'imprescindibilità del divieto di analogia¹⁰¹ significa porre in evidenza il principio di legalità come vincolo fondamentale per l'interprete. La questione non riguarda solamente il profilo della colpevolezza o dell'irretroattività della legge sfavorevole, ma investe la legalità in senso assoluto, sia dal punto di vista della *ratio* democratica che di quella liberal-garantista, la cui essenza risiede nella garanzia della prevedibilità del diritto.

La distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia, non sempre agevole, è nel sistema, oltre che nei concetti: l'interpretazione estensiva rappresenta l'esito della acquisizione, ad opera dell'interprete, che la formulazione testuale di una disposizione racchiude un contenuto più ampio, anche se non reso esplicito; l'analogia si sostanzia invece nel procedimento attraverso il quale si risale da una norma espressa ad un principio in essa contenuto e da cui è possibile pervenire alla enunciazione di una norma inespressa, che contiene la regola del caso "analogo" al caso espressamente disciplinato¹⁰².

Occorre notare che il fondamento del divieto di analogia in materia penale deve essere ricondotto più che al principio di riserva di legge (dato che la regola da applicare al caso non espressamente disciplinato è contemplata da una disposizione scritta), al principio di tassatività, che ha lo scopo di garantire la certezza del diritto – e la libertà individuale – scongiurando l'arbitrio del giudice¹⁰³.

Per definire puntualmente il significato dell'analogia, autorevole dottrina ha utilizzato il concetto della *integrazione*, che rende evidente la funzione di rimediare

penale”, cit., 1268; A. Manna, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Crim* 2013, 398; Id., *Introduzione alle problematiche relative all'interpretazione nella giustizia penale*, in Id., a cura di, *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa 2016, 26; D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit. 29 ss.; M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 13 ss.; G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 114 ss.; O. Di Giovine, «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *QuestG* 2018, 4, 55 s.

¹⁰⁰ Così G. Marinucci, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, cit., 1254, che cita il lavoro di K. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen 1969, 18.

¹⁰¹ Per tutti v., G. Marinucci, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, cit., 1254 ss., il quale in questo icastico contributo sul divieto di analogia, muove taglienti rilievi agli «spensierati teorici dell'interpretazione "sempre analogica e creativa", dimentichi che in Germania l'abolizione normativa del divieto di analogia fu uno dei tanti corollari della dittatura», rei di disintegrare «il *nullum crimen nulla poena sine lege*, assegnando al legislatore e ai giudici un ruolo paritario nella produzione delle norme penali» (1267 e 1255).

¹⁰² Cfr. G. Vassalli, voce *Analogia nel diritto penale*, cit., 159.

¹⁰³ Sul punto v. F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 297 ss.

alla impossibilità di decidere in base ad una determinata disposizione, di colmare una lacuna colmabile, di identificare una soluzione all'interno del sistema stesso del diritto positivo. Si tratta di quella specie di integrazione definita "autointegrazione" della legge: «una via di mezzo (come lo è quella – ulteriore – del ricorso ai principi generali dell'ordinamento) tra la ricognizione del contenuto d'una norma esistente e la creazione d'una norma nuova»¹⁰⁴.

Sotto il profilo strutturale, l'analogia non è mera interpretazione, se si ritiene che essa nasce dal fatto che dalla lettura delle disposizioni esistenti, si perviene a riconoscere l'impossibilità della sussunzione, e la necessità di creare una tipologia normativa generale nuova.

È vero che il ricorso all'analogia presuppone un procedimento interpretativo in senso stretto, mirato a determinare se una norma, nella quale sono contemplate ipotesi analoghe a quelle di cui si cerca la regolamentazione, costituisca il portato di un principio il quale attraverso la norma stessa è reso compiutamente o se, al contrario, la norma stessa rappresenti solo una delle espressioni di un principio il quale, riguardando anche altre norme, ha comunque trovato espressione solo in una o in alcune di esse, anche se dal medesimo sia possibile ricavare altre norme inesprese, applicabili a fattispecie "analoghe" a quelle dalla legge espressamente contemplate. Tuttavia, al termine del procedimento di interpretazione, allorché si procede all'applicazione della norma espressa alla fattispecie disciplinata dalla norma inespressa – che risale al principio comune – si giunge ad una integrazione della legge.

Comunque, sia che il ricorso all'analogia venga considerato una integrazione della legge, sia, invece, una mera forma di interpretazione, la distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia ha valore vincolante.

Occorre notare peraltro che, quantunque il discrimine tra interpretazione estensiva ed analogia sia concettualmente nitido, con riguardo ad alcune fattispecie elastiche esso diventa vago o indistinto.

Poiché le interpretazioni producono norme che conferiscono il vero contenuto al testo della disposizione, il quale può essere letto in diversi modi, la loro capacità creativa, costruttiva, o anche meramente innovativa, conduce all'analogia vietata ogniqualvolta, a cagione dell'operazione ermeneutica posta in essere, la disposizione dovrebbe essere riscritta.

Vi sono casi in cui la riscrittura è il mero portato dell'attività costruttiva (non creativa) dell'ermeneutica. Ne è esempio emblematico la concussione (art. 317 Cp): la norma attuale *riscrive* già la disposizione. In ragione della precisione del precetto

¹⁰⁴ G. Vassalli, voce *Analogia nel diritto penale*, cit., 159.

legale un legislatore accorto dovrebbe valutare che il costringere a *dare*, può anche essere un costringere a *fare* ¹⁰⁵.

Quindi, in ordine alla concussione, l'estensione in via ermeneutica rispetta il dettato legislativo; l'occorrenza di riscrivere la disposizione – o di leggerla come se fosse scritta in modo diverso – costituisce il risultato di una mera estensione della fattispecie attraverso i casi.

L'analogia non dà semplicemente luogo alla produzione di una norma, quindi ad un contenuto interpretativo tra quelli riconducibili alla disposizione, ma cambia la disposizione.

Anche la più certa delle leggi necessita di letture ed interpretazioni sistematiche, ma queste non si possono sostituire completamente alla *prævia lex scripta*, mediante la quale si vuole garantire ai destinatari dei precetti penali “la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione” ¹⁰⁶.

10. Ad affiancare l'interpretazione conforme a Costituzione è ormai il parallelo canone ermeneutico dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali (e quindi, come visto, anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU, quale vera e propria fonte di diritto) ¹⁰⁷, il che pone il problema di determinare le reciproche interferenze e le relative soluzioni.

Occorre preliminarmente rilevare che il giudice, sulla scorta della fonte considerata, della sua vincolatività e del tipo di intersezione con la norma penale interna, potrebbe dover disapplicare la norma penale nazionale, ovvero attivare il

¹⁰⁵ Un passaggio rilevante nel processo di consolidamento della concussione come costrizione a un *fare* e non solo a un *dare*, è rappresentato dalla sentenza della Corte di cassazione relativa al caso *Lonardo* (Cass., Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 33843, *Lonardo*, in *Mass. Uff.*, n. 240795) nella quale la Corte ha ribadito che “in tema di concussione l'espressione “altra utilità” di cui all'articolo 317 Cp ricomprende qualsiasi bene che costituisca per il pubblico ufficiale (o per un terzo) un vantaggio, non necessariamente economico, ma comunque giuridicamente apprezzabile; tale utilità quindi può consistere in un “dare”, in un “facere”, in un vantaggio di natura patrimoniale o non patrimoniale, purché sia ritenuto rilevante dalla consuetudine o dal comune convincimento”. Nella motivazione, si argomenta (al § 10.3) che: «Nell'ampiezza dell'accezione viene ricompreso anche il vantaggio di natura politica ed infatti si è ritenuta la concussione in un caso in cui l'agente aveva ottenuto di liberarsi di un proprio avversario politico, provocandone le dimissioni con la minaccia di farlo licenziare utilizzando la capacità d'induzione, connessa con la funzione pubblica esercitata (Sez. VI, 1° febbraio 2006, n. 21991, P.G. in proc. Plotino)».

¹⁰⁶ Corte costituzionale, sentenza 23-24 marzo 1988, n. 364, cit.

¹⁰⁷ Sul tema v., in particolare, F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. Corso, E. Zanetti, a cura di, *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza 2010, 617 ss.; V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., Cap. I; A. Bernardi, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *DPenCont* 2013, 3, 230 ss.; Id., a cura di, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli 2015; F. Palazzo, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, cit., 82 ss.

sindacato di legittimità costituzionale, ed eventualmente, qualora si renda necessario un ausilio interpretativo quanto al contrasto tra la norma nazionale e le fonti UE, operare un previo rinvio pregiudiziale d'interpretazione alla Corte di giustizia ¹⁰⁸.

Nell'ambito del sistema multilivello il giudice è talvolta diventato garante della diretta applicazione nel nostro Paese di norme sovranazionali e della relativa disapplicazione di norme interne in contrasto con queste. Presupposto dell'adeguamento interpretativo è una antinomia, una disarmonia tra la norma nazionale e le fonti sovranazionali che occorre comporre al fine di ridurre la divergenza tra i differenti livelli dell'ordinamento. Va ricordato che la Corte costituzionale ha stabilito con le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 ¹⁰⁹ che il giudice nazionale è tenuto a ricorrere all'interpretazione conforme al fine di armonizzare il diritto interno alla Convenzione EDU, sicché qualora si presenti un potenziale conflitto fra una norma di diritto interno ed una norma della Convenzione EDU, il giudice nazionale deve esperire un tentativo di soluzione in via interpretativa, scegliendo un significato della norma interna conforme al significato della norma della Convenzione, quale si desume dalla giurisprudenza della Corte EDU; viceversa, qualora il conflitto si riveli non componibile, quindi non sanabile attraverso l'attività ermeneutica, il giudice deve attivare il sindacato di legittimità costituzionale. Sulla scorta del ruolo di *norme interposte* ricoperto dalle norme convenzionali e dopo lo scrutinio in ordine alla compatibilità di queste con i principi costituzionali, il giudice costituzionale dichiarerà la incostituzionalità ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. della disposizione in contrasto con la Convenzione EDU ¹¹⁰.

A tale riguardo, occorre ricordare che con la sentenza n. 49 del 2015 ¹¹¹ la Corte costituzionale ha stabilito che il giudice interno deve fondare il processo interpretativo solo su di una giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo. I giudici comuni hanno dunque l'impervio compito di distinguere tra giurisprudenza consolidata o non consolidata.

¹⁰⁸ Occorre qui ricordare concetti noti: nel nostro sistema si distinguono fonti internazionali – la CEDU *in primis* – cui è necessario conformarsi ai sensi dell'art. 117 Cost., e fonti sovranazionali in senso stretto – il diritto UE – cui è necessario conformarsi ai sensi dell'art. 11 Cost. In ordine alle prime, in ogni caso ricollegabili al concetto di sovranazionalità in senso ampio, nei casi di non conformità – o dubbia conformità – delle norme penali nazionali, l'organo giudicante deve sollevare questione di legittimità costituzionale. Per le seconde, invece, i casi di non conformità danno luogo a due procedure distinte: qualora le fonti UE siano *self executing*, il giudice disapplicherà la norma penale interna e, in caso di dubbio quanto al contrasto tra la norma penale e le fonti UE, potrà rivolgersi alla Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale; diversamente, qualora le fonti UE non siano *self executing*, il giudice, dopo un eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale.

¹⁰⁹ Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348 e Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 349, cit.

¹¹⁰ Cfr. F. Palazzo, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *DPP* 2011, 6, 657 ss.

¹¹¹ Corte costituzionale, 26 marzo 2015, n. 49, cit.

La stessa Corte costituzionale, ribadendo che il giudice comune deve fondare il proprio processo interpretativo sulla giurisprudenza consolidata, in modo da rispettare la “sostanza di quella giurisprudenza”, atteso “il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro”, ha riconosciuto che non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della Convenzione EDU abbia raggiunto nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo un “adeguato consolidamento”, in particolare con riferimento a pronunce concernenti casi peculiari, e comunque che si sono formate in relazione all’impatto prodotto dalla Convenzione EDU su ordinamenti giuridici diversi da quello italiano. Ciononostante, la Corte prospetta alcuni indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel percorso di discernimento, ovvero la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinzione, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzianti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che la pronuncia promani da una sezione semplice, e non abbia ottenuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non abbia avuto la possibilità di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati membri che, in relazione a quei tratti, si disvelano invece poco confacenti al caso italiano.

L’idea che ispira questa importante pronuncia pare «costituire il perno per un’evoluzione della giurisprudenza penale in grado di superare [...] i motivi di maggiore incertezza», instaurando, sempre in ossequio della Costituzione, «una tendenziale uniformità di indirizzi e di pratiche interpretative»¹¹². Si tratta di un richiamo che si attaglia alle diverse istanze giurisdizionali, nella prospettiva di favorire percorsi e metodi utili ad una maggior coerenza ed omogeneità degli orientamenti interpretativi, allo scopo di scongiurare il perdurare di quella disfunzione nella risposta all’illecito che potrebbe degradare, oltre al rapporto tra legge e giudice, anche quello tra scelte repressive e garanzie individuali di libertà.

I percorsi dell’interpretazione conforme in materia penale sono segnati da limiti che, in base ad una distinzione oramai consolidata¹¹³ possono essere suddivisi in limiti logici, o ontologici e limiti assiologici.

L’adesione al tenore letterale (ovvero lessicale) della disposizione, che non permette esiti ermeneutici *contra legem*, è un limite logico che contraddistingue tutti i tipi di interpretazione conforme, ed è ormai un portato per il diritto UE, come

¹¹² Così G.A. De Francesco, *Legislatore e giudice: a ciascuno il suo*, cit., 8.

¹¹³ V., in particolare, F. Viganò, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, cit., 649 ss.; V. Manes, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in A. Bernardi, a cura di, *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, cit., 407.

affermato sia dalla Corte di giustizia ¹¹⁴ che dalla Corte costituzionale ¹¹⁵ che lo ha stabilito anche riguardo la Convenzione EDU ¹¹⁶.

Qualora l'interpretazione conforme trovi il limite del rispetto dell'univoco tenore letterale del testo, la disarmonia tra la disposizione nazionale e la fonte sovranazionale, al di là dei casi di disapplicazione della fonte nazionale, si potrà comporre attraverso l'attivazione del sindacato di legittimità costituzionale, al pari di quanto si verifica nel caso di disposizioni nazionali rispetto alle quali un'interpretazione adeguatrice sovvertirebbe la lettera della legge; viceversa, ci troveremmo dinnanzi ad una trasformazione dell'interpretazione conforme in riscrittura delle disposizioni da parte del giudice.

Per quanto concerne i limiti assiologici, si delinea il distinguo fra interpretazione conforme alle fonti sovranazionali che implichi effetti in *malam partem* ed interpretazione conforme alle fonti sovranazionali che implichi effetti in *bonam partem*. Racchiusi in questa distinzione sono i limiti che delincono i confini delle altre possibili opzioni, ovvero la disapplicazione della norma penale nazionale o l'intervento della Corte costituzionale.

L'ammissibilità o meno della interpretazione estensiva in *malam partem* di una norma penale nazionale in ordine a forme di interpretazione sistematica a fonti UE è stata oggetto di divergenze dottrinali ¹¹⁷.

¹¹⁴ In particolare, con riferimento alle decisioni quadro, v. Corte Giust. CE, sentenza 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, in *DPP* 2005, 1178 ss. La Corte ha stabilito che applicando il diritto nazionale il giudice del rinvio lo deve interpretare sulla scorta della lettera e dello scopo della decisione quadro per pervenire alla finalità da questa ricercata. Restano fermi, tuttavia, sia il divieto di determinare o aggravare la responsabilità penale dell'imputato, sia il limite alla interpretazione conforme, che non può pervenire ad una interpretazione *contra legem* del diritto interno. La Corte afferma, invero, che "L'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una decisione quadro nell'interpretazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale cessa quando quest'ultimo non può ricevere un'applicazione tale da sfociare in un risultato compatibile con quello perseguito da tale decisione quadro". Relativamente alla pronuncia, v. la lettura di F. Viganò, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *DPP* 2005, 1437 ss.

¹¹⁵ Corte costituzionale, sentenza 28 gennaio 2010, n. 28, in *RIDPP* 2011, 1134 ss., con nota di A. M. Maugeri, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 17 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, nella quale si afferma che l'interpretazione conforme non è plausibile quando "contraddice ciò che chiaramente emerge dal testo della disposizione censurata", (§ 4 del *Considerato in diritto*).

¹¹⁶ La Corte ha riaffermato che «in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa», giacché solo «ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale», la Corte potrà essere chiamata a pronunciarsi in ordine alla questione della asserita incostituzionalità della disposizione di legge; così, sentenza 16 luglio 2009, n. 239, (§ 3 del *Considerato in diritto*) e sentenza 26 maggio 2010, n. 196, (§ 2 del *Considerato in diritto*).

¹¹⁷ Quanto all'orientamento teso ad ammettere tali interpretazioni v., in particolare, G. Vassalli, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *DigDPen* vol. VIII, Torino, 1994, 317; C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio*

Come stabilito dalla Corte costituzionale, l'efficacia diretta di una direttiva è consentita soltanto ove «dalla stessa derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente»¹¹⁸; gli effetti diretti, invece, devono «ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale»¹¹⁹. Da una direttiva, quindi, pur se la sua portata, in altro contesto, possa essere considerata *self executing*, non può farsi derivare la disapplicazione di una norma interna più favorevole, in coerenza con l'assunto in forza del quale «l'ordinamento statale non si apre incondizionatamente alla normazione comunitaria giacché in ogni caso vige il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana»¹²⁰.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha stabilito i limiti dell'interpretazione conforme, relativamente alle direttive, ai regolamenti ed alle decisioni-quadro, identificandoli nei principi generali del diritto, che sono parte del diritto dell'Unione europea, ed in particolare la certezza del diritto e la irretroattività¹²¹.

sul sistema penale europeo vigente, Milano 2007, 291 ss.; F. Viganò, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti, a cura di, *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli 2011, 2645 ss.; A. Bernardi, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *RTDPE*, 2012, 46 ss. Il divieto di interpretazioni penali in *malam partem* su impulso europeo è stato sostenuto, segnatamente, da G. Insolera, V. Manes, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *CP* 2005, 2775; V. Manes, *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *CP* 2006, 3, 1150 ss.; Id., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., Cap. III; Id., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., 410 ss.

¹¹⁸ Corte costituzionale, sentenza 28 gennaio 2010, n. 28, cit., § 5.

¹¹⁹ *Ex plurimis*, Corte di giustizia, ordinanza 24 ottobre 2002, in causa C-233/01, *RAS*; sentenza 29 aprile 2004, in causa C-102/02, *Beuttenmüller*; sentenza 3 maggio 2005, in cause C-387/02, 391/02, 403/02, *Berlusconi e altri*, *Racc.*, 2005, I - 3624; Cass. pen., sez. III, 7 novembre 2008, n. 41839, *Righi*, *Rv.* 241422.

¹²⁰ Corte costituzionale, sentenza 8-18 aprile 1991, n. 168.

¹²¹ Paradigmatica la sentenza Corte Giust., 8 ottobre 1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, ove la Corte ha stabilito che le disposizioni non recepite di una direttiva non possono, di per se stesse e indipendentemente da una legge interna adottata da uno Stato membro per la sua attuazione, avere l'effetto di determinare o aggravare la responsabilità penale di quanti violano le disposizioni di tale direttiva (punti 12 e 13). Inoltre, la Corte con sentenza 7 gennaio 2004, C-60/02, *X*, ha stabilito che il principio di interpretazione conforme in materia penale «trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, che fanno parte integrante del diritto comunitario, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di irretroattività» (punto 61). In argomento la Corte ha affermato in diverse occasioni che una direttiva non può avere l'effetto, indipendentemente da una legge interna di attuazione di uno Stato membro, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione di tali disposizioni; v., segnatamente, Corte di giustizia, 11 giugno 1987, C-14/86, *Pretore di Salò* punto 20; 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro*, punto 37; 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *X*, punto 24. V. anche, Corte Giust. CE, sentenza 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, cit., ove si stabilisce che «l'obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione quadro quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività» (punto 44). Questi principi impediscono in particolare «che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione

Ed altresì la Corte di cassazione a Sezioni Unite ha affermato il divieto di interpretazioni in *malam partem* su impulso europeo della norma penale interna ¹²².

Quanto all'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali che implichi effetti in *bonam partem*, poiché non si presentano le esigenze garantistiche connesse al *nullum crimen* ed ai suoi corollari, non sussistono limiti, se non di carattere logico.

In ordine alle interpretazioni con effetti in *bonam partem*, una importante prospettiva è data dalla giurisprudenza della Corte EDU, in particolare con riferimento alla dimensione assiologica delle garanzie in materia penale. Tuttavia, quanto all'utilizzo dei precedenti della Corte di Strasburgo, possono sorgere criticità, segnatamente in relazione al necessario riscontro dei possibili punti di contatto fra il precedente specifico della Corte EDU e il caso al vaglio del giudice interno ¹²³, oltre che, come detto, in relazione al formarsi di un orientamento consolidato, in ordine al posizionamento della giurisprudenza della Corte EDU su scelte sostanzialmente omogenee ¹²⁴.

Contro indirizzi interpretativi volti ad accostare alla legge la rilevanza della giurisprudenza e del mutamento giurisprudenziale, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 230 del 2012, è intervenuta dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 673 Cpp «nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna [...] in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato», sollevata in riferimento agli articoli 3, 13, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione ¹²⁵.

Avverso un orientamento che considerava di poter desumere dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo la retroattività del mutamento giurisprudenziale in senso favorevole al reo, la Consulta riafferma nella motivazione della sentenza il modello di legalità fondato sulla riserva di legge. La Corte costituzionale, respingendo la richiesta di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum*

delle sue disposizioni" (punto 45).

¹²² Cass. pen., Sez. unite., 25 giugno 2009, n. 38691, in *CP* 2010, I, 90, con nota di V. Manes, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, 101 ss. Quanto alla pronuncia v. anche: V. Maiello, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *DPP* 2010, 440 ss.; A. M. Maugeri, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *RIDPP* 2011, 791 ss.

¹²³ Sul punto v. Corte costituzionale, 16 luglio 2009, n. 239, cit., in cui si afferma che «la Corte remittente, per giustificare l'estrapolazione, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un principio di diritto che potesse costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità, avrebbe dovuto argomentare in modo plausibile la analogia fra quel caso specifico e quello, non necessariamente identico, su cui era chiamata a giudicare» (§ 3 del *Considerato in diritto*).

¹²⁴ Corte costituzionale, 26 marzo 2015, n. 49, cit.

¹²⁵ Corte costituzionale, 8 ottobre 2012, n. 230, cit.

dell'organo della nomofilachia, ha ribadito fermamente il discrimine tra mutamento legislativo e mutamento giurisprudenziale.

Siccome nel nostro ordinamento costituzionale, l'unica fonte legittimata ad effettuare scelte di incriminazione è la legge, l'attività di precisazione del contenuto precettivo della disposizione realizzata dalla giurisprudenza deve essere sempre compatibile con la legge, alla quale il giudice è soggetto, come sancito dall'art. 101, secondo comma, Cost.¹²⁶.

La Corte EDU, nel riconoscere alla giurisprudenza penale dei singoli Stati la possibilità di contribuire, attraverso le proprie decisioni, a determinare la portata del precetto penale, lega la prevedibilità della norma penale allo stato della giurisprudenza al momento in cui il fatto è stato commesso, deducendone l'esclusione della prevedibilità della condanna ove questa, pur compatibile con il dato legislativo, non sia prevedibile in base alla giurisprudenza conoscibile all'agente al tempo della commissione del fatto. In tale ipotesi, la condanna deriverebbe dalla applicazione di una norma (come risultato dell'interpretazione della disposizione da parte della giurisprudenza) in sé legittima, ma non sostanziata in modo definito al momento della commissione del fatto e quindi applicata retroattivamente.

11. Particolare rilevanza, per quanto qui di interesse, assume la elaborazione della Corte EDU, che pone in risalto l'interpretazione della nozione di "diritto", di cui all'art. 7 della Convenzione EDU, così da ricomprendersi il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale; ciò diversamente dalla nostra concezione del principio di legalità, che prevede una riserva di legge in materia penale, riservando al Parlamento la determinazione delle condotte da considerare penalmente rilevanti e dunque dei precetti e delle sanzioni penali. Si è osservato che «la legalità convenzionale, indubbiamente ispirata al potenziamento delle garanzie individuali, dà però per scontato un assetto delle fonti difficilmente compatibile con la legalità costituzionale in materia penale»¹²⁷. La concezione convenzionale della legalità penale è fondata sul canone della qualità delle norme che stabiliscono i precetti e le sanzioni penali, mentre la concezione costituzionale della legalità penale è imperniata sulla riserva di legge, e dunque sulla tipologia della fonte dalla quale le norme promanano. La riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., non è tra i corollari dell'art. 7 della

¹²⁶ Circa il nesso fra riserva di legge in materia penale e soggezione del giudice alla legge ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., v. D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 37, che rileva come la sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012 abbia «bloccato una deriva verso una sovversione di sistema, che sarebbe andata ben oltre la pretesa di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum* reso dalle Sezioni Unite in un altro processo: sarebbe stata una sovversione del rapporto di soggezione del giudice *soltanto alla legge*».

¹²⁷ F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1061.

Convenzione EDU. Inoltre, anche ove la responsabilità penale si fondi su di una legge parlamentare, la Corte di Strasburgo riconosce alla giurisprudenza penale di ciascuno Stato la possibilità di concorrere, con le proprie decisioni, a determinare la portata del precetto penale, pur sempre nel rispetto del divieto di analogia. Nella prospettiva della Corte di Strasburgo, la fonte della norma penale non deve necessariamente essere una legge in senso stretto, come atto normativo di promanazione parlamentare, mentre si predilige una idea di legalità penale che dà rilievo in particolare alla accessibilità ed alla prevedibilità delle norme penali e che, pertanto, significa l'esigenza che i destinatari dei precetti siano preventivamente posti nelle condizioni di cogliere il discrimine tra lecito e illecito.

L'articolo 7 della Convenzione EDU riconosce una garanzia ulteriore, ossia quella in forza della quale, rispetto ad una norma di legge, il soggetto, al momento di decidere se agire, può fare legittimo affidamento sulla interpretazione data dai giudici interni della norma stessa, in virtù del diritto a non essere sorpreso *ex post* da estensioni interpretative non prevedibili *ex ante*. Questo a prescindere dalla compatibilità di tali estensioni interpretative con il dato letterale della norma; quello che conta, sotto il profilo della garanzia *ex* articolo 7 della Convenzione EDU, è solamente la ragionevole prevedibilità di tale estensione, sulla scorta degli orientamenti della giurisprudenza al tempo della commissione del fatto.

Si disvela dunque l'esigenza di coniugare la prevedibilità delle norme penali con le necessità evolutive della giurisprudenza, cioè di considerare i mutamenti di giurisprudenza, scongiurando contemporaneamente la violazione del principio di legalità e del divieto di retroattività. Sia la legge formale che il suo formante giurisprudenziale, che la rende più tassativa, debbono essere prevedibili e quindi antecedenti la commissione dei fatti di reato previsti o sanzionati. Ne deriva che una giurisprudenza nuova incriminante o peggiorativa, che si sia consolidata, non può essere retroattiva allorché la sua evoluzione non fosse prevedibile *ex ante*.

Non si può peraltro escludere che la prevedibilità possa giocare in *malam partem*, allorché, in virtù della diffusione, cognita e risaputa, di cambiamenti nel costume e nelle relative valutazioni sociali, si pervenga ad ammettere la punizione rispetto a fatti precedentemente ritenuti leciti, sulla scorta dello stesso diritto giurisprudenziale; ciò è avvenuto quando la Corte EDU ha avallato la decisione dei giudici del Regno Unito, condizionata dai cambiamenti della coscienza sociale, di affermare l'illiceità penale della violenza sessuale nell'ambito dei rapporti coniugali, in precedenza ritenuto non punibile proprio dalla giurisprudenza in materia ¹²⁸.

¹²⁸ V. le sentenze della Corte EDU del 22 novembre 1995, *S. W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92, e *C. R. c. Regno Unito*, ric. n. 20190/92. La Corte di Strasburgo ha rilevato che la natura intrinsecamente umiliante dello stupro è così evidente che il risultato delle decisioni dei giudici britannici – secondo le quali un soggetto potrebbe essere

Deve sottolinearsi, peraltro, che la disponibilità dell'interprete ad una assidua attenzione alle trasformazioni sociali può comportare il rischio di un'applicazione analogica della fattispecie incriminatrice. Al riguardo, la Corte di Strasburgo, pur senza richiamare l'impervia distinzione tra interpretazione estensiva ed applicazione analogica, si avvale di un particolare criterio interpretativo per il giudice: «l'articolo 7 della Convenzione non vieta la chiarificazione graduale delle regole della responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza dell'infrazione e ragionevolmente prevedibile»¹²⁹. Occorre peraltro notare che il canone della "sostanza dell'infrazione", da cui, in ultima analisi, discende la determinatezza della fattispecie, risulta oltremodo valutativo e di ardua concretizzazione.

L'essenza della tutela insita nell'articolo 7 della Convenzione EDU risiede, peculiarmente, nell'interesse del consociato ad essere tutelato dall'esercizio di un potere punitivo da lui non prevedibile e calcolabile, sia nell'*an* che nel *quantum*, sia circa il tipo di reato in cui può incorrere tenendo una certa condotta, che circa il tipo di conseguenze penali cui può essere sottoposto. Accessibilità – conoscibilità – e prevedibilità costituiscono concetti cardine nella giurisprudenza della Corte EDU in materia, che considera il *nullum crimen, nulla poena sine lege* quale diritto dell'individuo e non quale principio dell'ordinamento funzionale alla tutela di interessi pubblici.

La giurisprudenza di Strasburgo declina accessibilità e prevedibilità riferendosi non solamente alla disposizione, bensì alla giurisprudenza nazionale che in sede applicativa ne precisa il significato, mediante la formazione di precedenti che costituiscono un orientamento per la giurisprudenza successiva, e sulla scorta dei quali il consociato deve orientare le proprie scelte di azione.

La Corte EDU attribuisce alla giurisprudenza penale nazionale la responsabilità di orientare i comportamenti dei consociati, che hanno il diritto di fare affidamento sull'interpretazione del precetto elaborata dalla giurisprudenza, e di determinare in conseguenza le proprie scelte di azione, evitando il rischio di incorrere in una interpretazione – e dunque applicazione – a proprio danno della norma, non prevedibile.

Il principio di legalità penale, considerato nella prospettiva convenzionale, non si limita ad esigere dal legislatore la descrizione chiara di fattispecie penali generali e

ritenuto colpevole di stupro indipendentemente dal suo rapporto con la vittima – doveva essere considerata prevedibile ed in particolare conforme agli obiettivi fondamentali della Convenzione EDU, «la cui essenza stessa è il rispetto della dignità umana e della libertà», *S. W. c. Regno Unito*, § 44; così anche *C. R. c. Regno Unito*, § 42.

¹²⁹ Corte EDU, 30 marzo 2004, *Radio France et altri c. Francia*, § 20. Si vedano anche Corte EDU (GC), 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Germania*, cit., § 50; Corte EDU (GC), 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 101.

astratte, così da garantirne la previa conoscibilità da parte dei consociati; superando il piano delle disposizioni scritte in sé considerate, tale principio estende la garanzia della libertà individuale quale autodeterminazione, ricomprendendo, nella preventiva conoscibilità del rischio penale, anche la prevedibilità dei concreti orientamenti giurisprudenziali, in relazione al reato configurabile, nonché al relativo trattamento punitivo. Talché, quanto alla garanzia della *certezza di libere scelte d'azione*, la legalità penale convenzionale assume un contenuto garantistico più pieno e articolato rispetto a quella nazionale.

Il concetto di prevedibilità è da intendersi non quale alternativa alla riserva di legge bensì quale integrazione. Secondo l'articolo 53 della Convenzione EDU, “[n]essuna delle disposizioni della [...] Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente”, prima tra tutte la Costituzione. Le garanzie della Convenzione EDU, dunque, non sono sostitutive delle corrispondenti garanzie previste dalle Costituzioni nazionali, ma le integrano, sulla scorta della filosofia, che impronta gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani¹³⁰, della massimizzazione delle garanzie: la prevedibilità quale integrazione garantista.

Ne deriva, per quanto qui di interesse, che, in una prospettiva di tutela integrata fondata su Costituzione e Convenzione EDU insieme, la riserva di legge continuerà a costituire un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale italiano, nel quale seguiranno a non essere ammissibili reati di pura creazione giurisprudenziale; e tale garanzia si affiancherà a quelle contemplate dall'articolo 7 della Convenzione EDU, così da includere nel ventaglio delle garanzie assicurate dal principio di legalità, oltre alla conoscibilità del precetto penale, la prevedibilità delle concrete conseguenze penali derivanti dalla commissione di un reato.

Occorre dunque ragionare su quali presupposti di diritto e di fatto siano necessari affinché la prevedibilità sia effettivamente implementabile quale ulteriore garanzia individuale.

Come visto, il succedersi di orientamenti giurisprudenziali tra loro divergenti, rende difficile per i destinatari dei precetti penali la valutazione in ordine alla illiceità o meno dei propri comportamenti e ne limita pertanto la libertà nelle scelte di azione. Basti pensare alle criticità che derivano dalla nutrita presenza di contrasti sincronici di

¹³⁰ Si veda l'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove si afferma che: «[n]essuna disposizione della [...] Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono Parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri».

giurisprudenza, anche perduranti per anni. L'inadeguata considerazione dei rischi di imprevedibilità del mutamento del diritto e inaccessibilità della *regula iuris* in presenza di tali contrasti, lasciano i consociati privi di tutela di fronte all'indefinitezza del tipo.

Diversa prospettiva è quella che si disvela dinnanzi ad una soluzione giurisprudenziale completamente innovativa rispetto ad un precedente orientamento, apparentemente consolidato. Al riguardo va richiamato un rilevante indirizzo della Corte di cassazione ¹³¹, secondo il quale ove il risultato interpretativo non fosse ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa, si dovrebbe escludere che la soluzione adottata possa andare a detrimento dell'agente, poiché altrimenti ne risulterebbe violato – anche – l'articolo 7 della Convenzione EDU. Si ripropone così il tema del *vincolo* rispetto al precedente giudiziario, nonché rispetto ai limiti entro i quali possa valere per l'imputato un mutamento di indirizzo sfavorevole.

12. La rarefatta centralità della legge, quanto al suo ruolo nell'orientamento dei consociati e nel formarsi delle decisioni giudiziarie, comporta la necessità di costruire strumenti (inediti o meno) di garanzia. La legalità penale – oggi ancora – non può restare circoscritta alla dimensione statica della normatività, ma deve estendersi anche al momento dinamico dell'applicazione giudiziale per garantire ai destinatari non solo la previa conoscibilità delle leggi scritte ma, altresì, la prevedibilità degli orientamenti interpretativi con cui la giurisprudenza le applica ai casi concreti.

Logico ed impreteribile sviluppo di questo diritto fondamentale è la predisposizione di un insieme di strumenti utili a realizzare effettivamente la funzione di nomofilachia della Corte di cassazione – oggi implementata dalla previsione dell'art. 618, comma 1 *bis*, Cpp – attraverso il riconoscimento di un valore anche formalmente stabilizzante delle sue decisioni. Appare, poi, necessario determinare meccanismi garantistici di chiusura, in grado di tutelare la persona da eventuali *overruling* della giurisprudenza, sfavorevoli.

Deve osservarsi, nondimeno, che soltanto dopo aver determinato le condizioni di accettabilità e di autorevolezza prima di tutto della giurisprudenza di merito, vera e propria pietra angolare della nomofilachia, e così predisponendo un idoneo substrato per le pronunce della Corte di cassazione, potrà essere affrontata la questione della calcolabilità e prevedibilità del diritto penale. Altrimenti, nel permanere della situazione attuale, «così come un giudice tra molte leggi è, in fin dei conti, un giudice senza legge – una interpretazione tra molte interpretazioni possibili è arbitrio, e un

¹³¹ Si veda, tra le altre, Cass. pen. sez. II, 18 febbraio 2016, n. 21596, *Tronchetti Provera*, in *C.E.D. Cass.*, n. 267164.

“precedente” tra mille precedenti eterogenei e multidirezionali è semplicemente un’opinione», e dunque un «non precedente»¹³².

Si disvela, dunque, l’esigenza di stabilire doveri ermeneutici per il giudice penale, che rappresentino un presidio efficace per il garantismo penale nella fase interpretativa, una deontologia per il giudice penale che riconosca che possono realizzarsi illeciti interpretativi.

Se è vero che in ambito penale può essere ammessa solamente l’evoluzione interpretativa prevedibile, si dovrebbe convergere sulla impostazione in forza della quale i mutamenti giurisprudenziali in senso estensivo, innovatori rispetto ad un orientamento giurisprudenziale consolidato, debbano in ogni caso sottostare al divieto di retroattività, anche nel caso di interpretazione estensiva ammessa. Naturalmente un’evoluzione prevedibile non rende legittima la norma se analogica *in malam partem*. Tant’è che, tornando all’esempio delle cosiddette malattie-infortunio, dal momento in cui si è iniziato ad applicare loro l’articolo 437 Cp, evidentemente risultò prevedibile l’ampliarsi di quella giurisprudenza; purtroppo, il reiterarsi dell’analogia non la sana rispetto all’art. 25, comma 2, Cost. La legge formale e il formante giurisprudenziale che la rende più tassativa debbono essere prevedibili e quindi precedenti la commissione del fatto di reato. La formazione di una nuova giurisprudenza peggiorativa o incriminante, consolidatasi solamente da una determinata data, non potrà essere retroattiva allorché la sua evoluzione non fosse prevedibile *ex ante*. Ebbene, deve sottolinearsi, a tale riguardo, che «la prevedibilità *ex ante* è un giudizio di fatto, ma l’irretroattività è una regola di diritto, tale da sanzionare ogni applicazione retroattiva come illecito interpretativo»¹³³.

Certo, diverse concretizzazioni sono comprese come del tutto logiche e ragionevoli, nel quadro della disposizione originaria, soltanto in un significativo arco di tempo. Il giudice in tali casi potrà sostenere la legittima costruzione di un diritto nuovo che non riscrive la disposizione (nel qual caso non sarebbe legittimo) limitandosi a regolare la nuova casistica, e operando al contempo affinché i primi indagati e imputati «possano *beneficiare della scusante* dell’ignoranza inevitabile della legge *per ragioni più obiettive di inaccessibilità, che soggettivo-personali*»¹³⁴. Ove si abbia riguardo al *diritto concretizzazione* di casi nuovi ma indiscutibilmente rientranti nel tipo, il destinatario della legge potrà del pari beneficiare della scusante dell’art. 5 Cp, in tal caso solamente per ragioni soggettivo-personali inerenti la sua impossibilità di conoscere quei mutamenti che la disposizione certamente ammette, ancorché non

¹³² Così, V. Manes, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, cit., 26.

¹³³ M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, cit., 22 s.

¹³⁴ M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, cit., 32.

risultino acclarati in precedenti noti. E così anche nell'ipotesi in cui il giudice modifichi, solamente nei casi eccezionali, ove se ne ravvisi la necessità, un orientamento consolidato, in senso sfavorevole al soggetto, il quale abbia commesso il fatto contando, senza propria colpa, sulla liceità della propria condotta sulla scorta dell'affidamento suscitato proprio da tale orientamento consolidato. L'articolo 5 Cp, nella versione derivante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, costituisce dunque uno strumento che permette al giudice di formulare, o se del caso riformulare, una nuova regola di giudizio astrattamente sfavorevole all'imputato, evitando al contempo di applicare retroattivamente la nuova regola all'imputato stesso¹³⁵. Un più ampio utilizzo da parte dei giudici dell'errore sul precetto, quale causa di esclusione della colpevolezza, incrementerebbe senza dubbio il livello di tutela della certezza soggettiva; tale strumento potrebbe supplire «alle deficienze della legalità effettuale senza però creare cortocircuiti con la legalità della legge»¹³⁶.

Con lo sguardo rivolto al futuro, ai giudici spetterebbe l'incombenza di ideare ogni sentenza quale potenziale precedente che possa concorrere alla graduale costruzione del diritto penale vivente¹³⁷. In questa prospettiva, quindi, i giudici non

¹³⁵ Se l'idea sottesa alla sentenza n. 364 del 1988, cit., è quella in forza della quale la pena ha quale presupposto un rimprovero personale nei confronti dell'autore per avere compiuto un fatto tipico e antigiuridico, logico corollario è la necessaria conoscibilità della norma penale quale presupposto della responsabilità penale, e la correlativa esclusione del rimprovero in caso di ignoranza inevitabile circa il contenuto della legge stessa. Appare evidente dalla casistica considerata nella sentenza, come la Corte pensasse ad una ignoranza inevitabile della legge penale non solamente in casi particolari (come la mancata pubblicazione della legge sulla Gazzetta Ufficiale), bensì anche e soprattutto in situazioni nelle quali – a cagione, per esempio, dell'oscurità o contraddittorietà del testo legislativo, o di contrasti giurisprudenziali – il soggetto non potesse, al momento di decidere se compiere o meno una certa condotta, prevedere se questa sarebbe stata successivamente considerata come penalmente rilevante.

¹³⁶ F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 7.

¹³⁷ Nella dottrina penalistica, da tempo vi è chi sostiene l'esigenza di un nuovo pensiero in ordine alle valenze garantistiche della legalità penale, finalizzato all'introduzione di dispositivi e strumenti utili a conferire effettività alla certezza giuridica – quanto alla concreta applicazione delle norme – ed in particolare dello strumento del valore vincolante del precedente. Al riguardo, il riferimento è, in primo luogo, ad Alberto Cadoppi, e segnatamente a *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit. Anche Francesco Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 213 ss., nel valorizzare le direttrici di fondo che contraddistinguono tale dottrina, traccia un insieme di proposte mirate ad implementare il principio di prevedibilità. Vi è peraltro chi ritiene che il valore vincolante del precedente introdurrebbe taluni elementi di contraddizione in quanto, allorché si riconosca e in qualche misura si formalizzi il protagonismo della giurisprudenza, parallelamente il vincolo del precedente irrigidirebbe “il processo autopoietico dell'esperienza giuridica deprimendo il vitalismo del formante giurisprudenziale” (così, F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 10 s.). L'A., pur convenendo che in tal guisa verrebbe conseguito un considerevole recupero del valore della certezza, paventa rischi insiti nell'efficacia vincolante del precedente, che “potrebbe contribuire non solo a bloccare processi interpretativi evolutivi, ma anche a veicolare la diffusione e il consolidamento di interpretazioni sbagliate o addirittura antilegitarie”. Di più, per l'A., con l'introduzione del valore vincolante del precedente, i tipi criminosi diventerebbero *ufficialmente* quelli costruiti dalla giurisprudenza; l'avversione per il vincolo potrebbe allora determinare una artificiosa frammentazione del tipo

dovrebbero solamente enunciare il principio di diritto o la *regula iuris* che sostiene la decisione in termini generali e astratti bensì, anche, descriverne i tratti essenziali in maniera il più possibile precisa. In tal modo, le *regulae iuris* così concepite, dopo essere state avvalorate dalla giurisprudenza di legittimità, e dunque diventate diritto vivente, potrebbero costituire un orientamento sicuro, e quindi prevedibile, per la futura attività giurisdizionale. Nel novero delle possibili letture di una norma incriminatrice «il giudice dovrebbe privilegiare quella idonea a conferire alla legge in questione contorni applicativi precisi, e per questo facilmente prevedibili per il destinatario»¹³⁸.

Detto questo, non può peraltro negarsi che la precisione di una regola giurisprudenziale non può rappresentare l'unico criterio per determinare la validità della regola stessa, giacché, a titolo esemplificativo, in linea teorica questa può essere precisa, ma al contempo incompatibile con la lettera della legge, oppure con l'ordinamento giuridico complessivo. Una regola giurisprudenziale imprecisa, peraltro, contrasta con la certezza nell'applicazione del diritto penale, favorendone, al contrario, applicazioni non prevedibili.

Compito della giurisprudenza di legittimità sarebbe, in particolare, quello di costruire casi tipologici (o sottofattispecie) – ipotesi paradigmatiche concepite muovendo da elementi specifici comuni, suscettibili di generalizzazione e che in forza di ciò possano includere tutti i singoli casi che evidenzino le stesse proprietà – tanto da farne le principali coordinate nella formazione delle *rationes* decisorie. Questo comporta lo sviluppo di una cultura del precedente, orientata anche alla costruzione

e l'obnubilamento del tipo *legale* di riferimento. In questa prospettiva, appare centrale il rilievo che la tipicità rappresenta "l'anima più profonda della legalità, in cui non viene espressa soltanto una garanzia, ma la cifra essenziale del precetto penale stesso, ove è racchiusa una sintesi di legalità della legge e legalità effettuale, poiché il tipo, solamente delineato dalla legge, è concretizzato dal giudice al contatto con il fatto. E proprio in tale arduo equilibrio risiederebbe il «miracolo del buon funzionamento del diritto penale». Osserva come la qualifica di "precedente" sia «funzione dell'autorevolezza della decisione, non una qualità ontologica della decisione», V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, cit., 25, per il quale talune sentenze (tra le quali *Franzese* o *Thyssen*) sono e restano "precedenti" in quanto autorevoli, non solamente in quanto pronunce della Cassazione o delle sue Sezioni Unite.

¹³⁸ F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. Paliero, S.Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, cit., 245. Si veda anche F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit. 5 s., che delinea, pur con alcune riserve, la possibile adozione di una regola interpretativa mediante la quale il giudice, tra le varie possibili opzioni, debba scegliere quella che implica il più elevato livello di determinatezza concettuale, oltre alla più sicura verificabilità processuale della fattispecie. Proprio questo è il criterio adottato dalla Corte di cassazione nella sentenza a Sezioni Unite *Maldera*, in ordine alla questione della distinzione tra concussione e induzione indebita a dare o promettere una utilità, dopo la riforma dei reati contro la pubblica amministrazione di cui alla legge n. 190 del 2012 (Cass. pen., Sez. unite, 24 ottobre 2013, *Maldera*, in www.penalecontemporaneo.it 17.3.2014, con nota di G.L. Gatta, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*). Questa regola interpretativa appare riconducibile all'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione, in particolare al principio di determinatezza, considerato nel suo riflettersi verso il giudice (legalità effettuale).

dei casi paradigmatici, con lo scopo di rispondere all'esigenza di prevedibilità ed uniformità delle decisioni penali. È solamente con la cristallizzazione, naturalmente nei limiti fissati dalla sua compatibilità con il dato legislativo, di una *regula iuris* giurisprudenziale chiara, a rendere *prevedibile* l'applicazione della legge penale anche in quelle zone d'ombra che il legislatore non ha previsto *ex ante*, e che la prassi ha fatto emergere. Ove la regola giurisprudenziale continui a fondarsi sulla – e a derivare la propria legittimazione dalla – disposizione penale così interpretata, la riserva di legge in materia penale verrà salvaguardata; tuttavia, al contempo, la sussistenza della regola giurisprudenziale a livello di diritto 'vivente' assicurerà la salvaguardia del principio di prevedibilità.

È proprio nel diritto penale 'in azione', quindi nella prevedibilità anche degli orientamenti della giurisprudenza, che devono acquisire concretezza le garanzie derivanti dal principio di riserva di legge. Si tratta di contemperare pluralismo ermeneutico e prevedibilità delle opzioni interpretative, consci che ciò cui si deve tendere è la prevedibilità del diritto, sia quale formante legislativo che giurisprudenziale, piuttosto che la prevedibilità delle decisioni in sé, le quali possono derivare da diverse variabili.

Certo, il riappropriarsi, da parte della legge, della posizione attribuitale dall'ordine costituzionale, potrebbe determinare una riduzione della notevole complessità del diritto delle Corti disvelata dalla cospicua presenza di contrasti sincronici di giurisprudenza¹³⁹, talvolta perduranti per anni.

Ma non basta. Ricollegandoci ai rilievi svolti, va osservato come debbano contemperarsi: la ritrovata centralità della legge penale, in particolare della sua dimensione linguistico-testuale; la correlata riprensione di disposizioni legislative «caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione»¹⁴⁰, e di fattori di vaghezza che affievoliscono la prevedibilità della norma penale; una attività ermeneutica del giudice penale rivolta ad individuare «il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo»¹⁴¹ – tenendo presente che se tale elemento vale per le evoluzioni giurisprudenziali *in malam partem* non prevedibili al tempo della condotta, diversamente ciò non può dirsi per i mutamenti non prevedibili al tempo della creazione della disposizione.

¹³⁹ Ritiene che sarebbe opportuno rivolgere l'attenzione alla presenza di *indirizzi sbagliati*, accanto ad *indirizzi corretti*, D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 38, per il quale una efficace nomofilachia non sarebbe da considerarsi quale panacea soltanto per il contrasto di giurisprudenza, bensì specialmente per il *giudizio erroneo*.

¹⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza 24 gennaio 2019, n. 24, cit., § 12.

¹⁴¹ Corte costituzionale, sentenza 10 aprile 2018, n. 115, cit., § 11.

Occorre promuovere una vera e propria rigenerazione culturale e metodologica dei rispettivi ruoli del legislatore e della giurisprudenza. Dinnanzi al primo vi è la prospettiva di riappropriarsi di un ruolo effettivamente di primo piano nel dare forma alla materia penale. In particolare appare di rilevante importanza la dismissione di quei meccanismi di sostanziale delega che si concretizzano in prodotti legislativi semi-lavorati o in linee-guida necessariamente bisognose di essere integrate dagli interpreti ovvero in formule onnicomprensive inani a configurare dal punto di vista concettuale e rappresentare, oltre che il c.d. “alone marginale” del significato semantico, anche il suo “nucleo centrale”¹⁴².

Deve osservarsi come non possano non rientrare in tale impostazione politiche di diritto penale informate ai principi di *ultima ratio* e di *offensività* che limitino sensibilmente lo spazio dei reati, i quali dovrebbero essere forgiati secondo i principi fondamentali di garanzia, rispetto ai quali il legislatore è *deontologicamente* vincolato.

Da tale impostazione potrebbe derivare il rafforzamento di una cultura giudiziaria della legalità penale, sia in quanto la determinatezza e precisione del precetto legale, l'intelligibilità, l'efficacia descrittiva dello stesso – strettamente connessi ai presupposti dell'osservanza della legge e del rimprovero di colpevolezza in caso di violazione – potrebbero limitare il rischio di creazionismo giudiziario, sia in quanto un diritto penale caratterizzato da spiccati connotati di razionalità politico-criminale e di qualità tecnica favorisce l'assimilazione da parte della magistratura di una vera e propria *cultura del limite*.

Per questo è indispensabile un rinnovamento culturale all'interno della magistratura. E invece persiste tra i giudici una idea della propria identità di ruolo scevra da una visione dell'attività giurisdizionale come impresa collettiva, e improntata viceversa al principio della soggezione del giudice alla sola legge (art. 101, comma 2, Cost.) come canone di legittimazione del solipsismo decisorio, elevato a valore preponderante.

Non possono inoltre trascurarsi i ricorrenti moniti degli studiosi¹⁴³ circa il disagio nel riconoscere l'esistenza stessa di un codice penale adeguato. Attraversato da una legislazione ‘novellistica’ disarmonica ed avulsa da logiche sistematiche, fonte perenne di antinomie, il testo normativo fondamentale ha visto profondamente degradata la sua funzione “ordinante” oltre alla sua idoneità ad ispirare indirizzi improntati ai criteri di razionalità e proporzione sanzionatoria¹⁴⁴. Al fine di scongiurare il reiterarsi

¹⁴² Sul punto v. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 5a ed. agg., Bologna 2008, 122, che citano la nota distinzione di Hart. Per la teoria di Hart, v. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, trad. it., Torino 1965, 148 ss.

¹⁴³ V., per tutti, G.A. De Francesco, *Legislatore e giudice: a ciascuno il suo*, cit., 8 s.

¹⁴⁴ Anche se, come efficacemente osservato, «nessuna legge può costringere il legislatore ad avere un disegno, una grammatica e un lessico che devono ancora essere inventati», così M. Donini, *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in *SP* 21.9.2020, 16.

di siffatte criticità, s'appalesa l'occorrenza di una radicale revisione degli assetti della parte speciale – e non solo con riferimento al codice, bensì anche alla legislazione penale speciale, debitamente sfrondata e ridisegnata – che ne riallinei il baricentro ai valori costituzionali, oltre che alle integrazioni garantiste derivanti dalle fonti sovranazionali.

In questo scenario, sarebbe davvero lontano dalla realtà, financo illusorio, considerare quale soluzione l'attribuzione di una specie di ruolo *sostitutivo* alla giurisprudenza, ancorché *indirizzata* dallo scrutinio di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale.

Dunque legge e giurisprudenza, considerate non come monadi a sé stanti ma in un equilibrato ed armonico connubio, secondo un approccio più adeguato alle complessità dell'ora attuale, costituiscono la via d'elezione per ripristinare la funzione del sistema penale a beneficio di ciascun individuo e della collettività.

