

DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E IRRETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE SCRITTA. COMPATIBILITÀ E LIMITI DI UN BINOMIO ANTITETICO

di Ilaria Giugni

(Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata")

SOMMARIO: 1. Il problema sul tappeto: l'efficacia retroattiva dell'*overruling in malam partem*. – 2. Un passo indietro: gli ostacoli costituzionali alla configurabilità del diritto giurisprudenziale. – 3. *In action*: l'interpretazione come via d'accesso al crezionismo giudiziario. – 4. L'estensione delle garanzie intertemporali del *nullum crimen* al diritto di matrice giudiziaria. – 4.1. L'apertura sovranazionale. – 4.2. Le risposte non univoche dell'ordinamento interno. – 4.2.1. *La Corte costituzionale*. – 4.2.2. *Il legislatore*. – 4.2.3. *La giurisprudenza*. – 5. Rilievi incidentali sullo 'stato' della riserva di legge. – 6. Considerazioni conclusive su irretroattività e diritto giurisprudenziale.

1. Com'è noto, sempre più spesso negli ultimi anni la giurisprudenza ha assunto un ruolo creativo non secondario anche in ambito penale, o perché chiamata a rimediare all'inerzia del legislatore, o perché impegnata spontaneamente a correggere il tiro di riforme legislative non sempre appaganti. In questa attività di supplenza o di co-definizione del prodotto normativo, i giudici si sono fatti sovente interpreti della diffusa e pressante richiesta di repressione dei più vari fenomeni criminali e di inasprimento della risposta punitiva a fronte di effettive o percepite emergenze¹.

Gli interventi giudiziari, pertanto, non di rado hanno ampliato l'area del penalmente rilevante, allargando le maglie dell'ordito normativo o, più raramente, tipizzando figure criminose nuove a legislazione invariata. Tale tendenza, che si avrà modo di analizzare partitamente più avanti, pone non solo seri dubbi di compatibilità con il principio di legalità, ancorato, nel nostro ordinamento, al corollario della riserva

¹ Sulla sempre più diffusa intolleranza nei confronti di ogni tipo di deviazione dalle norme vigenti D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano 2018, *passim*. Quanto alle soluzioni offerte all'unisono dalla giurisprudenza, si è osservato come spesso si registrino «ecedenze interpretative sempre più invasive, "populistische" o "di lotta"», V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *CP* 2018, 2226.

di legge e alla sottesa separazione dei poteri, ma comporta anche non secondarie difficoltà sul piano intertemporale che meritano di essere indagate approfonditamente.

Dinnanzi ad ogni mutamento interpretativo (o pronuncia creativa) *contra reum*, infatti, resta il problema di circoscriverne, o meglio, limitarne gli effetti, individuando i possibili argini ad una applicazione retroattiva di cambi di rotta interpretativi sfavorevoli, a partire dalla verifica della duttilità del divieto di irretroattività, della possibilità, cioè, d'includere nel suo perimetro applicativo non solo il diritto di produzione legislativa, ma anche quello di matrice giudiziaria.

Tale questione, di mai sopito interesse ed attualità, è tornata alla ribalta all'indomani di una recente pronuncia della Corte di Cassazione in tema di accesso abusivo al sistema informatico qualificato *ex art. 615 ter, co. 2, n. 1, c.p.*², che ripercorre le alterne vicende del cd. abuso soggettivo del titolo di legittimazione da parte di un soggetto con qualifica pubblicistica, trovandosi a vagliare la correttezza dell'applicazione della fattispecie ad un fatto commesso proprio a cavallo fra le due sentenze di segno opposto rese recentemente dalle Sezioni Unite in argomento³.

Sembra, dunque, opportuno provare a tirare le fila di un discorso ancora in divenire e fare il punto sulle potenzialità operative già dischiuse e ancora da scoprire del principio di irretroattività rispetto ai mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, saggiando la possibilità di mutuarne le ripetute applicazioni offerte dalla Corte di Strasburgo ed esaminando le reticenze e le diverse opzioni offerte all'interno del nostro ordinamento.

2. Un'indagine sulla estensibilità delle garanzie del *nullum crimen sine lege* al diritto giurisprudenziale, ovvero sugli altri rimedi attivabili a garanzia dei cittadini in caso di *overruling* sfavorevole, non può, però, prescindere da una previa verifica della possibilità di annoverare i *dicta* giudiziari fra le fonti del diritto penale.

Recte: una tale indagine non può prescindere dalla riaffermazione delle perduranti ragioni che – *in astratto* – osterebbero all'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di una giurisprudenza creativa, nonostante – *nella dimensione agita del*

² Cass. sez. V 14.10.2020, n. 37524.

³ Come meglio si vedrà in prosieguo, infatti, se le Sezioni Unite Casani del 2012 (Cass. S.U. 17.10.2011, Casani, in CP 2012, con nota di C. Pecorella, *L'attesa pronuncia delle Sezioni Unite sull'accesso abusivo a un sistema informatico: un passo avanti non risolutivo*, 3692 ss.) avevano escluso la rilevanza *ex art. 615 ter c.p.* della condotta dei pubblici funzionari che utilizzassero per fini personali le credenziali ricevute per ragioni d'ufficio, un successivo approdo dello stesso massimo organo nomofilattico – le Sezioni Unite Savarese (Cass. S.U. 18.5.2017, Savarese, in GI 2018, con nota di A. Galante, *L'overruling delle Sezioni unite in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico*, 735 ss.) – aveva invece ratificato un diverso indirizzo di legittimità, affermandone la responsabilità per accesso abusivo aggravato ai sensi del capoverso.

diritto – si assiste da tempo alla fucinatura di fattispecie nuove o distanti dal tipo da parte dei giudici.

Il richiamo è alle immutate norme previste in Costituzione a presidio della divisione dei poteri e che definiscono garanzie e confini certi all'azione della giurisprudenza, escludendone un potere di produzione normativa: gli artt. 25, co. 2, 101, co. 2, e 107, co. 3, Cost.

In primis, il principio di legalità *sub specie* riserva di legge, che, nell'individuare le possibili fonti dei precetti penali, restringe il campo alla sola legge ordinaria, ponendo, invero, una riserva di organo piuttosto che di forma legislativa, attribuendo, cioè, il monopolio della politica criminale al Parlamento. Tale corollario, infatti, mira soprattutto a garantire la concentrazione delle scelte incidenti sulle libertà fondamentali dei cittadini nelle mani dell'organo che li rappresenta, assicurando così che lo strumento penale sia utilizzato per presidiare soltanto beni giuridici rilevanti per l'intera collettività e che le opzioni di criminalizzazione siano vagilate anche dalle minoranze presenti nell'assemblea parlamentare.

L'art. 25, co. 2, Cost., dunque, riserva il monopolio nomopoietico in materia penale all'unico organo democraticamente eletto e rappresentativo di tutte le forze politiche, il Parlamento, sottraendo una medesima funzione di produzione legislativa al Governo – nonostante si assista da tempo ad un abuso della decretazione d'urgenza e della delega legislativa anche in ambito penale⁴ – e ai giudici, che all'evidenza non godono neppure della parziale rappresentatività (delle sole forze di maggioranza) di cui gode l'Esecutivo. Così facendo, il principio di legalità *sub specie* riserva di legge finisce per costituire la proiezione ‘fisiologica’ del principio della separazione dei poteri di matrice illuministica, impedendo possibili abusi sia da parte del potere esecutivo, sia da parte di quello giudiziario⁵.

Escludendo ogni organo diverso dal Parlamento, il corollario della riserva di legge consente di assolvere alla duplice funzione del principio di legalità, alla *ratio democratica* del *nullum crimen*⁶, oltre che a quella di garanzia⁷. E' fuor di dubbio, infatti, che la funzione liberal-garantista della legalità penale sarebbe soddisfatta

⁴ In argomento C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012, *passim*.

⁵ Così G. Amarelli, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in www.criminaljusticenetwork.eu 16.11.2018.

⁶ Diffusamente sulla *ratio democratica* della legalità penale G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in *QuadFior* 2007, 1250 ss.

⁷ Distingue, invece, tre diverse istanze sottese al principio di legalità – *una di matrice liberale*, che riconosce il monopolio della produzione del diritto all'organo rappresentativo; *una di matrice costituzionale*, che pone al centro la necessità di salvaguardia dei diritti fondamentali; ed *una sostanziale partecipativa*, che mira a costruire una consensualità sociale ampia e diffusa a fondamento del diritto punitivo – F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu 29.1.2016, 3.

anche non attribuendo le scelte di criminalizzazione in via esclusiva ad un organo, dal momento che la calcolabilità delle conseguenze sanzionatorie del proprio agire e, quindi, la libera e consapevole autodeterminazione potrebbero essere garantite da una fonte normativa qualsiasi, anche di rango inferiore, oppure da un diritto di matrice giudiziaria di cui fosse assicurata la stabilità. Solo la concentrazione della funzione legislativa alle Camere, però, consente, come evidenziato, di garantire una più forte legittimazione politica delle scelte punitive statuali, oltre all'utilizzo dello strumento penale a tutela solo e soltanto di beni giuridici rilevanti per la comunità tutta e ad un sindacato delle minoranze sulle scelte di criminalizzazione operate.

D'altra parte, anche a voler sacrificare l'insacrificabile, vale a dire la *ratio democratica* sottesa al principio di legalità, ad escludere il diritto giurisprudenziale dal novero delle fonti legittime dei precetti penali resterebbero gli artt. 101, co. 2, e 107, co. 3, Cost. Tali disposizioni, infatti, sancendo la soggezione del giudice solo alla legge e la distinzione dei magistrati soltanto per funzioni, escludono la possibilità di ammettere meccanismi di stabilizzazione delle decisioni giudiziarie, impedendo dunque una standardizzazione degli esiti processuali e quindi l'assolvimento almeno della *ratio liberal-garantista* della legalità. Ostacolo di cui è consapevole il legislatore, che, nel predisporre il rimedio di cui al comma 1 bis dell'art. 618 del codice di rito di cui si dirà in seguito, escogita scientemente un congegno imperfetto, di cui non è sanzionabile la mancata attivazione.

3. Pur a fronte dell'assetto costituzionale appena delineato, che relega la magistratura alla applicazione del diritto e non alla sua produzione, si assiste da anni ad un'evoluzione della legalità, che pare disancorarsi dal suo paradigma tradizionale per lasciare sempre più spazio all'interprete. Negli ultimi anni, sempre più spesso, è il giudice a co-definire il tipo o addirittura a definirlo *preter contra legem*, a fronte della trascuratezza o della inerzia del legislatore⁸. Un potere autenticamente normativo, infatti, finisce per essere esercitato dai giudici non solo ogni volta che il legislatore abdica alla sua funzione, ma anche ogni volta che la esercita in maniera maldestra, fornendo alla giurisprudenza un semilavorato, un tipo impreciso od indeterminato, che necessita di essere riempito di significato.

In primo luogo, dunque, la giurisprudenza ha offerto soluzioni creative dinnanzi alla ritrazione del legislatore, tutte quelle volte, cioè, che le Camere non

⁸ Osserva, difatti, come "tradimenti della legalità" siano stati perpetrati dal legislatore, prima ancora che dai giudici, alludendo in particolare alla sua incapacità di attuare il principio di precisione linguistica, prediligendo una esasperata tipizzazione casistica o l'utilizzo di clausole onnicomprensive, F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *DPenCont* 2016, 5.

hanno legiferato o si sono limitate ad offrire all'interprete una fattispecie assolutamente imprecisa.

Un intervento suppletivo *praeter legem* si è verificato, ad esempio, nel caso del cd. concorso esterno in associazione di tipo mafioso⁹. Avvertita la necessità di punire i collusi, la cd. zona grigia, la giurisprudenza ha forgiato uno strumento nuovo, celando dietro il rassicurante simulacro di una forma di manifestazione concorsuale del reato di cui all'art. 416 bis c.p. Se, infatti, viene in gioco il combinato disposto *ex artt. 110 e 416 bis c.p.*, il concorso esterno, così come tipizzato dalle Sezioni Unite a partire dalla sentenza Demitry del 1994, lungi dal rappresentare il risultato di una comune operazione d'innesto dell'art. 110 c.p. su una fattispecie di parte speciale, configura un reato nuovo, monosoggettivo d'evento, nella misura in cui il concorrente esterno non è punito in virtù del contributo agevolativo prestato alla condotta del partecipe, ma per aver fornito un contributo eziologicamente rilevante rispetto alla vita dell'intera associazione¹⁰, cagionandone, alternativamente, il mantenimento in vita¹¹ ovvero il rafforzamento.

Operazione ermeneutica mirabile nella parte in cui si garantisce una parificazione *quoad poenam* con il reato di partecipazione *ex art. 416 bis c.p.* ragionevole, recuperando cioè in termini di disvalore di evento quello che manca sul piano del disvalore di azione (*i.e.* l'*affectio societatis*), ma comunque eversiva del *nullum crimen*.

Sempre rimanendo nell'ambito della legislazione antimafia, laboratorio da sempre, insieme a quella antiterrorismo, di compressione dei principi di marca costituzionale del diritto penale¹², un ruolo di co-definizione del tipo è stato giocato

⁹ In argomento, *ex multis*, G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma 2017; V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino 2014; G. Fiandaca, C. Visconti, *Il concorso esterno come persistente istituto polemogeno*, in AP 2012; T. Padovani, *Note sul cd. concorso esterno*, in AP 2012; P.G. Morosini, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*, in DPP 2006, p. 588 ss.; C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003; e, volendo, I. Giugni, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in www.penalecontemporaneo.it 6.10.2017.

¹⁰ Mette in evidenza la necessità di tipizzare la condotta di concorso esterno, non ancorandola all'associazione intesa come entità naturalistica *sub specie* di evento, ma valorizzandone la strumentalità rispetto al perseguimento degli scopi del sodalizio e valutandone la destinazione in una prospettiva *ex ante*, G. De Francesco, *Il concorso esterno in bilico tra pretese garantistiche e ricerca di un percorso razionale*, in www.lalegislazionepenale.eu 20.2.2017, 6.

¹¹ Mette in luce la rivisicenza del paradigma del cd. "stato di fibrillazione" del sodalizio, quale requisito situazionale del contributo salvifico del concorrente esterno, tipizzato dalle Sezioni Unite Demitry e successivamente espunto dalle Sezioni Unite Carnevale, in alcune recenti pronunce di legittimità, V. Maiello, *Il cantiere sempre aperto del concorso esterno*, in www.sistemapenale.it 22.2.2021.

¹² In argomento, fra i tanti, M. Donini, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in www.discrimen.it La legislazione penale

dalla giurisprudenza anche nella descrizione della nozione di partecipazione associativa penalmente rilevante. Anche in questo caso, a fronte di un referente legislativo assolutamente impreciso ed indeterminato, si è registrata una pluralità disorientante di indirizzi ermeneutici, costruiti sulla scorta della quantità e qualità del materiale probatorio a disposizione, secondo il fenomeno della cd. processualizzazione delle categorie penali¹³.

La nozione di partecipazione penalmente rilevante è divenuta, nel tempo, addirittura duplice: dovendo fare fronte all'evoluzione delle mafie tradizionali, alla gemmazione delle loro filiali nel settentrione e all'emersione di mafie autoctone¹⁴, la giurisprudenza ha modificato in via ermeneutica il tipo *ex art. 416 bis c.p.*, reputando, ad esempio, in alcuni arresti, che per le cd. filiali della casa madre al Nord non fosse necessaria l'esteriorizzazione del metodo mafioso, potendosi ritenere integrato il reato sulla scorta della sussistenza del collegamento con la casa madre e della mutuazione dei suoi riti e caratteristiche. Od ancora, nella nota vicenda di Mafia capitale, la Corte di Appello di Roma¹⁵, poi prontamente smentita dalla Corte di Cassazione¹⁶, aveva riconosciuto, in riforma della sentenza di primo grado¹⁷, la natura mafiosa dell'associazione di Buzzi e Carminati, sostenendo che l'uso episodico di forme di violenza o minaccia da parte di alcuni dei membri del gruppo di Corso Francia per il recupero di crediti usurai e la fama criminale di uno dei suoi capi, sommati alle capacità di condizionamento delle imprese concorrenti nel settore degli appalti

30.5.2019; R. Bartoli, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *DPubbl* 2010, 329 ss.; S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1995.

¹³ Sulla pluralità di orientamenti ermeneutici registrati in materia di partecipazione *ex art. 416 bis c.p.*, sia consentito, I. Giugni, *La nozione di partecipazione associativa penalmente rilevante tra legalità penale e disorientamenti ermeneutici*, in www.archiviopenale.it 3.10.2018.

¹⁴ In argomento G. Amarelli, *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *RIDPP* 2019, 1197 ss.; I. Merenda, C. Visconti, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis tra teoria e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it 24.1.2019; F. Serraino, *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416 bis c.p.*, in *RIDPP* 2016, 264 ss.; A. Balsamo, S. Recchione, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in www.penalecontemporaneo.it 18.10.2013; R.M. Sparagna, *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, ivi 10.11.2015.

¹⁵ App. Roma sez. III 11.9.2018, n. 10010, in www.penalecontemporaneo.it 14.5.2019, con nota di E. Cipani, *La pronuncia della Corte d'appello di Roma nel processo cd. mafia capitale: la questione dell'applicabilità dell'art. 416bis c.p. alle mafie "atipiche"*.

¹⁶ Cass. sez. VI 22.10.2019, Buzzi e altri, in www.sistemapenale.it 18.6.2020, con nota di G. Amarelli, C. Visconti, *Da 'mafia capitale' a 'capitale corrotta'. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*.

¹⁷ T. Roma 20.7.2017, n. 11730, in *FI* 2018, con nota di G. Fiandaca, *Esiste a Roma la mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*, 176 ss., e in *GI* 2018, con nota di G. Amarelli, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, 956 ss.

pubblici di altri componenti del ‘Mondo di sopra’, integrassero il metodo mafioso di cui all’art. 416 bis, comma 3, c.p.

Una tendenza creativa della giurisprudenza, però, non è si è registrata solo dinnanzi alla scelta del legislatore di abdicare alla propria funzione, ma anche a fronte di un intervento – più o meno efficace – di quest’ultimo, quasi a voler correggere o porre nel nulla la scelta di politica criminale espressa dalle Camere¹⁸.

A tal proposito, due esempi possono essere utilmente tratti dalle interpretazioni – riduttive se non neutralizzatrici – offerte dalla giurisprudenza all’indomani delle riforme di alcune fattispecie contenute nel Titolo II della Parte speciale, forse a conferma della elezione della corruzione e della criminalità amministrativa come nuovo terreno dell’emergenza da parte della giurisprudenza ancor prima che del legislatore¹⁹.

In primis, le pronunce successive alla novella dell’abuso d’ufficio del 1997 (e del 2020). Nonostante l’intervenuta modifica dell’art. 323 c.p., la cui tipicità veniva in quell’occasione espressamente rimpolpata dal legislatore tramite il richiamo alla «*violazione di legge o di regolamento*», non sono mancati, sul piano interpretativo, vari tentativi volti a (ri)estendere l’ambito della punibilità²⁰. In non poche pronunce, infatti, ignorando l’intento perseguito dalla riforma – i.e. la sottrazione dell’eccesso e

¹⁸ Osserva come la giurisprudenza si sia auto-assegnata una peculiare funzione di supplenza giurisdizionale, esprimendo una sorta di “*autoritarismo bene intenzionato*” o cercando di colmare il *deficit* genetico di determinatezza del prodotto normativo, G. Caruso, *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, in www.sistemapenale.it 20.4.2021, 2.

A tale atteggiamento della giurisprudenza, peraltro, ha talvolta fatto seguito la scelta legislativa di ratifica proprio degli orientamenti interpretativi *preter legem*, si pensi, a titolo esemplificativo alla giurisprudenza in tema di corruzione per esercizio della funzione poi confluita nell’odierno art. 318 c.p. Parla di “*autolesionismo*” del legislatore nel prevedere obblighi di conformazione ad indirizzi giurisprudenziali o a singole sentenze delle corti M. Luciani, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in ED, Annali IX 2016, 396.

¹⁹ Gli orientamenti ermeneutici poco garantistici di cui si dirà, infatti, anticipano di qualche tempo le successive riforme di segno repressivo che hanno ritoccato il Titolo II – le leggi Severino e cd. Spazzacorrotti –; di quest’ultima, in particolare, si è sottolineata l’opzione di fondo di assimilare lo strumentario punitivo avverso i reati contro la P.A. a quello elaborato negli anni contro la criminalità organizzata. In argomento, G. Spangher, *L’anticorruzione “imita” il modello crimine organizzato*, in GD 2019 (7), 6 ss; V. Mongillo, *Crimine organizzato e corruzione: dall’attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in DPenCont 2019, 1, 162 ss.; G. Di Vetta, *Il nido del cuculo. La tendenza ad assimilare criminalità amministrativa e criminalità organizzata*, in www.archiviopenale.it 20.7.2020, 1.

²⁰ Per una compiuta disamina dell’evoluzione storica della fattispecie ex art. 323 c.p. si vedano, tra i molti, AA. VV., *Il “nuovo” abuso di ufficio*, Pisa 2021; A. Merlo, *L’abuso d’ufficio. Tra legge e giudice*, Torino 2020; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano 2019, 349 ss.; S. Fiore, *Abuso d’ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di S. Fiore, G. Amarelli, Milano 2018, 223 ss.; C. Benussi, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova 2016, 411 ss.; M. Catenacci, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e l’amministrazione della giustizia*, a cura di M. Catenacci, in *Trattato teorico-pratico di Diritto penale*, diretto da F.C. Palazzo e C.E. Paliero, Torino 2016, 131 ss.

dello sviamento di potere dal controllo del giudice penale –, la giurisprudenza ha eluso la nuova *littera legis* individuando nell'art. 97 Cost. il parametro legislativo violato dai pubblici funzionari in caso di deviazione dalle finalità istituzionali e, dunque, di cattivo uso del potere discrezionale. Tale indirizzo ermeneutico, dunque, nonostante la conferma della piena compatibilità a Costituzione della riforma del 1997 da parte della Corte costituzionale²¹, ha finito per recuperare proprio l'area di sindacabilità della discrezionalità amministrativa espunta dal legislatore facendo perno su una norma meramente programmatica e sui due parametri in essa contenuti – l'imparzialità e il buon andamento – eccessivamente generici.

Una tale tendenza neutralizzatrice pare trovare nuovo vigore oggi, all'indomani dell'ultimo rimaneggiamento dell'abuso d'ufficio posto in essere con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, poi convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120²².

La recentissima riforma ha modificato la descrizione della condotta punita ex art. 323 c.p. prevedendo che non debba più consistere in una «*violazione di legge o regolamento*», ma concretizzarsi nella violazione «*di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*». Ratio dell'intervento legislativo, anche in questo caso, è quello di rimediare al *deficit* congenito di precisione della fattispecie di abuso d'ufficio e, per tale via, di chiudere definitivamente ogni spazio ad interpretazioni giudiziarie creative che invadano l'area di discrezionalità amministrativa. Ciononostante, una recente pronuncia di legittimità sembra preparare il campo ad una riconquista in via ermeneutica dell'area di punibilità che il legislatore ha nuovamente cercato di sottrarre al sindacato del giudice penale²³.

4. Preso atto del ruolo creativo assunto negli anni dalla nostra giurisprudenza, nonostante le preclusioni contenute nella Carta costituzionale, si pone il problema di

²¹ C. cost., 27.10.1998, n. 447, in *GCos 1998*, con nota di S. Preziosi, *Norma di favore e controllo di costituzionalità nel nuovo abuso d'ufficio*, 351 ss. In quella occasione, la Corte costituzionale ha ritenuto che la nuova formulazione dell'art. 323 c.p. non violasse gli artt. 3 e 97 Cost., evidenziando come spetti al legislatore, nell'esercizio delle proprie prerogative costituzionali, stabilire quali beni giuridici meritino di essere tutelati tramite lo strumento del diritto penale e quali condotte incriminare, non essendo ammissibile ex art. 25, co. 2, Cost. un intervento additivo di tipo sostitutivo della Corte rispetto ai comportamenti espunti dall'area del penalmente rilevante dalle Camere.

²² Sulla recentissima riforma del 2020, A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in www.lalegislazionepenale.eu 23.10.2020; G.L. Gatta, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura": il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in www.sistemapenale.it 17.7.2020; A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, ivi 20.11.2020.

²³ Il riferimento è a Cass. sez. VI 9.12.2020, n. 442, in www.sistemapenale.it 1.4.2021, con nota di A. Alberico, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*. In argomento, A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, ivi 1.3.2021, 7 ss.

individuare quali strumenti possano tutelare i cittadini dinnanzi al mutare degli orientamenti giudiziari, non di rado sfavorevoli al reo. Tutte le *judge-made laws* richiamate, infatti, a prescindere dalla loro fucinatura *praeter* o *contra legem*, sono state spesso il frutto di rimeditazioni estemporanee occasionate dal caso posto all'attenzione dei giudici e prontamente applicate nel processo in corso, all'evidenza, dunque, a fatti commessi antecedentemente.

Una soluzione immediata sembrerebbe quella di ricorrere ad una garanzia già prevista nel nostro ordinamento – il divieto di irretroattività della legge penale sfavorevole – estendendone l'applicazione anche al diritto di produzione giudiziaria. Tale accomodamento, come si vedrà, è accolto dalla giurisprudenza sovranazionale, per la quale, invero, non rappresenta un aggiustamento del principio di legalità quanto una sua fisiologica declinazione, mentre incontra qualche rigidità all'interno dell'ordinamento.

4.1. La ricomprensione nell'ambito applicativo del principio d'irretroattività del diritto di matrice giurisprudenziale è stata più volte ribadita dalla Corte EDU, anche in una notissima vicenda che ha visto il nostro paese parte in causa, il caso *Contrada c. Italia*.

Nella discussa sentenza del 2015²⁴, la Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso proposto dall'ex capo di gabinetto dell'alto commissariato per la lotta alla mafia e vicedirettore del Sisde, Bruno Contrada, affermando che l'Italia, condannandolo per concorso esterno per fatti commessi prima del 1994, abbia violato l'articolo 7 della Carta Edu. A parere dei giudici europei, infatti, essendo il concorso esterno una fattispecie di creazione giudiziaria, espressione di un'evoluzione ermeneutica assestatasi solamente con la prima pronuncia delle Sezioni Unite in materia, all'epoca dei fatti (1979-1988) «il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile

²⁴ C. eur., 14.4.2015, *Contrada c. Italia*. Per l'analisi di tale pronuncia e delle possibili ripercussioni sull'ordinamento penale italiano si rinvia, *ex multis*, a S. Bernardi, *Continuano i "tormenti" dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte d'Appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente d'esecuzione proposto in attuazione del "giudicato europeo"*, in www.penalecontemporaneo.it 24.1.2017; A. Centonze, *Il concorso eventuale nei reati associativi fra vecchi dubbi e nuove conferme giurisprudenziali*, ivi 12.12.2016; G. De Francesco, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *CP* 2016, 12 ss.; M. Donini, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in www.lalegislazionepenale.eu 13.1.2017; Id., *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; V. Maiello, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *DPP* 2015, 1022 ss.; A. Manna, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in www.penalecontemporaneo.it 4.10.2016; F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *DPP* 2015, 1061 ss.; D. Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *DPenCont* 2015, 46 ss.; F. Viganò, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it 26.4.2016.

per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui».

Se di tale pronuncia, pur a mente fredda, rimangono non condivisibili le conclusioni, vista la prevedibilità della condanna inflitta in concreto a Contrada²⁵ – che, difatti, ha generato una sorta di ritrosia della giurisprudenza interna a dare applicazione al *dictum* della Corte Edu²⁶ –, restano la conferma della natura giurisprudenziale del reato di concorso esterno e una riprova, l'ennesima, dell'applicabilità del principio d'irretroattività *ex art. 7* Cedu anche al diritto di matrice giudiziaria. L'uno e l'altro riscontro, però, pur destando stupore nel nostro paese, specie laddove finalmente si riconosceva l'origine *sui generis* del concorso esterno che la dottrina denunciava da tempo, risultano tutt'altro che straordinari se letti con le lenti dei giudici di Strasburgo.

Non v'è dubbio, infatti, che la legalità convenzionale sia solo parzialmente sovrapponibile a quella nostrana, presentando dei profili di garanzia ulteriori, ma anche diversi per sottrazione²⁷. La nozione europea del *nullum crimen*, difatti, si presenta come sostanziale ed effettuale: si disinteressa della fonte del precetto penale

²⁵ La non condivisibilità dell'approdo di Strasburgo, infatti, può pesarsi declinando la nozione di prevedibilità sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo (in argomento, S. De Blasis, Oggettivo, soggettivo ed evolutivo *nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *DPenCont* 2017, 128 ss.). Quanto al primo, vale la pena rammentare che, all'epoca dei fatti contestati a Contrada, non solo si dibatteva in giurisprudenza circa la configurabilità o meno del concorso esterno, di talché l'imputato poteva ragionevolmente prefigurarsi la prevalenza dell'orientamento sfavorevole, ma addirittura si riteneva, secondo un paradigma cd. causale di partecipazione associativa, che un unico apporto eziologicamente rilevante alla vita dell'associazione integrasse il reato previsto all'art. 416 bis, co. 1, c.p. Sull'altro versante, quello della nozione cd. soggettiva di prevedibilità, irragionevolmente non valorizzato dalla Corte Edu nel caso Contrada, la qualifica soggettiva rivestita dall'imputato avrebbe certamente potuto incidere sulla possibilità di presagire l'esito del processo.

²⁶ Soltanto dopo due anni e un tentativo infruttuoso di revisione (dinnanzi al Tribunale di Caltanissetta), la sentenza di condanna inflitta a Bruno Contrada è stata dichiarata ineseguibile ed improduttiva di effetti dalla Corte di Cassazione, chiamata a vagliare il ricorso avverso l'ordinanza di rigetto resa dalla Corte d'appello di Palermo sull'incidente di esecuzione proposto dal ricorrente vittorioso a Strasburgo (Cass. sez. I 6.7.2017, n. 43112). In argomento, F. Viganò, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, in *DPenCont* 2017, 173 ss., che evidenzia come, in casi analoghi di concorso esterno *ante S.U. Demitry* – eccettuata la specifica vicenda di Bruno Contrada, nella quale non rimaneva che conformarsi alle indicazioni della Corte Edu –, i giudici potrebbero argomentare il proprio dissenso valorizzando l'anomala declinazione del concetto di prevedibilità proposta nella sentenza del 2015 nello stesso panorama giudiziario europeo, in questa maniera contribuendo ad un ripensamento della posizione assunta dalla Corte di Strasburgo nella vicenda dell'ex vice del Sisde.

²⁷ In argomento, *ex multis*, G. Amarelli, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, cit.; R. Bartoli, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli 2016, 293 ss.; A. Di Martino, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Crim* 2014, 93 ss; V. Manes, "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *CP* 2017, 955 ss.; F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu 18.3.2016; F. Viganò, *Il nullum crimen contesto: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in www.penalecontemporaneo.it 5.4.2017.

e si focalizza sulla *qualità* della norma che stabilisce il divieto e la sanzione²⁸, mirando a garantire l'interesse del singolo all'esercizio di un potere punitivo prevedibile dalle conseguenze calcolabili²⁹. All'evidenza, manca dunque fra i suoi corollari la riserva di legge, vista la sottoscrizione della Convenzione da parte di paesi di *common law* e di altri che prevedono la tipizzazione di figure criminose in atti regolamentari dell'Esecutivo, ma il suo ambito di applicazione è più ampio: attiene a tutto ciò che può qualificarsi come penale nella sostanza utilizzando i cd. *Engel criteria*; appronta una tutela dei diritti individuali tanto di fronte al diritto di fonte legislativa, tanto a quello di matrice giudiziaria, come testimonia la scelta del lemma onnicomprensivo "*droit*" nella versione francofona dell'art. 7 Cedu; contiene il corollario della retroattività *in mitius*, ricondotto nel nostro ordinamento all'art. 3 Cost.; si declina in *accessibilità* del precetto da parte del suo destinatario e *prevedibilità*, nell'*an* e nel *quantum*, della risposta sanzionatoria.

I profili peculiari della legalità convenzionale appena evidenziati chiariscono come le affermazioni contenute nella sentenza resa nel caso Contrada c. Italia non avessero, nell'intenzione dei giudici di Strasburgo, alcunché di *extra ordinem* o rivoluzionario, esplicitando unicamente quanto rientra pacificamente nelle coordinate del *nullum crimen* europeo: la configurabilità di un diritto penale di matrice giurisprudenziale e l'applicazione del corollario della irretroattività della legge penale sfavorevole anche a quest'ultimo.

Dunque, ritornando all'interrogativo iniziale, vale a dire quali i rimedi utilizzabili per limitare le conseguenze pregiudizievoli in caso di *revirements contra reum*, la risposta della Cedu – nonostante le non poco problematiche oscillazioni della giurisprudenza della stessa Corte circa la nozione di prevedibilità adottata in concreto³⁰ – pare essere univoca: (fisiologica) applicazione dell'art. 7 Cedu, *sub specie* irretroattività della legge penale sfavorevole, anche al diritto dei giudici.

²⁸ Così F. Viganò, *Il nullum crimen conteso*, cit., 2.

²⁹ F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it 19.12.2016, 12 ss., che prosegue osservando che «il nullum crimen convenzionale è diritto individuale al quale fa da pendant il correlativo dovere a carico di tutti gli organi e poteri dello Stato che esercitano lo ius puniendi di fissare in modo chiaro e agevolmente comprensibile dai loro destinatari i contenuti dei precetti penalmente sanzionati ciascuno nell'ambito delle relative competenze: legislatore, dunque, e giudici, sui quali pure incombe la responsabilità di rendere agevolmente riconoscibili i contorni del precetto penale che il consociato è tenuto ad osservare, così come – in negativo – di evitare di disorientare il consociato medesimo attraverso interpretazioni gravemente discordanti».

³⁰ In argomento, recentemente, A. Santangelo, *Ai confini fra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in RIDPP 2019, 333 ss. Ad esempio, sul recupero della nozione soggettiva di prevedibilità fondata sulla qualifica professionale degli imputati, messa da parte proprio nel caso Contrada c. Italia, in una recente pronuncia della Corte (C. eur., 28.5.2020, *Georgouleas e Nestoras c. Grecia*), C. Pagella, *La Corte EDU esclude la violazione dell'art. 7 in ragione della qualifica professionale dell'imputato: imprevedibilità delle pronunce in materia di prevedibilità soggettiva?*, ivi 2020, 1628 ss.

Tale opzione, tuttavia, a prescindere dalle soluzioni formulate all'interno del nostro ordinamento di cui si dirà tra breve, non pare in ogni caso attagliarsi perfettamente alle peculiarità del sistema italiano, non tenendo debitamente conto del ruolo in esso attribuito al dibattito giurisprudenziale, cui è affidata la funzione di consentire l'evoluzione del diritto, l'abbandono di indirizzi ormai obsolescenti e la valutazione di casi nuovi³¹. Se, dunque, nella sua *fisiologia*, il contrasto giudiziario può condurre a mutamenti interpretativi – *pro o contra reum* – che non pongono particolari problemi in termini di prevedibilità, in ragione della possibilità di prefigurarsi, pendente il conflitto esegetico, il prevalere dell'uno o dell'altro orientamento, diversa è invece la questione in *ipotesi patologiche* di controversie ermeneutiche, e, segnatamente, di crezionismo giudiziario e di *overruling* sfavorevole assolutamente imprevedibile. Come si avrà modo di precisare anche in seguito, soltanto in questi ultimi casi, quando, cioè, i giudici esercitano un potere autenticamente normativo o ribaltano in senso sfavorevole una consolidata giurisprudenza senza che ve ne fosse alcuna avvisaglia, sembrerebbero potersi cogliere le medesime esigenze di garanzia scaturenti dinanzi ad una nuova incriminazione di matrice legislativa e, di conseguenza, accogliere le indicazioni sovranazionali circa l'estensione del *nullum crimen* anche al diritto giudiziario.

Occorre peraltro tenere presente un ulteriore profilo di tensione o non perfetta sovrapponibilità fra la legalità convenzionale e quella costituzionale, le possibili frizioni, cioè, fra la garanzia della prevedibilità, così come declinata nel tempo dalla Corte di Strasburgo, e il corollario previsto dall'art. 25, co. 2, Cost. della determinatezza della legge penale. Se è vero, infatti, che la prevedibilità mira ad assicurare che l'individuo possa calcolare *ex ante* le conseguenze del proprio agire in caso di violazione della norma penale, appuntandone la prefigurabilità tanto al testo legislativo, quanto alla interpretazione fornitanee dalla giurisprudenza, non pare tuttavia esaurire l'istanza garantistica sottesa al richiamato corollario della legalità costituzionale. Il principio di precisione, infatti, attiene al momento genetico della legge penale, definendo le caratteristiche che quest'ultima deve presentare sin dalla sua gestazione. Un eventuale *deficit* congenito di chiarezza non dovrebbe, nel nostro ordinamento, poter essere sanato in divenire attraverso l'attività interpretativa della giurisprudenza³², anche se, a ben vedere, la stessa Corte costituzionale, sino a poco fa, si era prestata a correggere, attraverso lo strumento delle sentenze interpretative,

³¹ Sul punto, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino 2014, 165 ss.

³² Osserva, infatti, come il presupposto essenziale di ogni attività interpretativa, specie in materia penale, sia «la sussistenza di un quadro di riferimento in grado di assurgere ad un livello di sufficiente determinatezza» G. De Francesco, *Legislatore e giudice: a ciascuno in suo*, in www.lalegislazionepenale.eu 19.3.2020, 3.

eventuali difetti di determinatezza del prodotto normativo³³. Una disposizione vaga non dovrebbe, dunque, poter essere definita in corso d'opera dalla giurisprudenza, non valendo l'acquisita prevedibilità delle conseguenze sul piano sanzionatorio a sanare il *vulnus* originario.

Allo stesso modo, la nostra legalità *sub specie* determinatezza non sembra appagare compiutamente la *ratio garantistica* della prevedibilità europea: anche una fattispecie caratterizzata da un certo grado di precisione potrebbe essere, nel tempo, piegata da interpretazioni di diverso segno, finendo per inficiare la possibilità che il cittadino possa calcolare in anticipo le conseguenze sanzionatorie della propria condotta. Ove, tuttavia, tutti gli elementi descrittivi e normativi della disposizione fossero monosemici, un tale rischio risulterebbe remoto, salvo indirizzi ermeneutici completamente sganciati dal testo.

4.2. Una minore apertura e risposte non sempre univoche si registrano, invece, all'interno del nostro ordinamento, dove una mancata scelta di campo circa la rilevanza del formante giurisprudenziale, o meglio una mancata revisione di quella fatta a monte circa la sua non classificabilità quale fonte del diritto³⁴, sembra, in qualche modo, inficiare la possibilità di individuare in maniera chiara le tutele di cui gode il cittadino di fronte a repentina cambi di passo nelle aule di giustizia. Da questo nodo non sciolto sembrano infatti derivare gli atteggiamenti non sempre lineari e convergenti degli attori istituzionali: *la Corte costituzionale, il legislatore e la stessa giurisprudenza*.

4.2.1. Sulla parificazione fra diritto di matrice legislativa e diritto di marca giudiziaria la Corte costituzionale ha preso una posizione netta nella sentenza n. 230 del 2012³⁵, con la quale ha rigettato i dubbi di legittimità costituzionale sulla mancata ricomprensione fra le cause di revoca della sentenza di condanna, all'art. 673 c.p.p., del mutamento interpretativo favorevole operato dalle Sezioni Unite³⁶.

Tale pronuncia – nella quale, invero, si discuteva circa l'applicabilità ai *dicta* giudiziari non del principio d'irretroattività della legge penale sfavorevole, ma del

³³ Paradigmatica è, in tal senso, la decisione della Corte costituzionale sul delitto di *stalking*, C. cost., 11.6.2014 n. 172, in *GCos* 2014, con nota di F. Giunta, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, 2738 ss.

³⁴ Ritiene, invece, che basterebbe *storicizzare* il *nullum crimen*, dal momento che la legalità penale, in quanto categoria culturale, è meramente relativa e non assoluta, M. Vogliotti, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in www.sistemapenale.it 5.3.2020, 45 s.

³⁵ C. cost., 8.10.2012 n. 230, in *GCos* 2012, con nota di V. Manes, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, 3474 ss.

³⁶ Rispetto al principio di legalità, anche nella sua declinazione europea, ex artt. 25, co. 2, e 117 Cost. in relazione all'art. 7 Cedu; a quello di uguaglianza ex art. 3 Cost.; alle esigenze di tutela della libertà personale sancita all'art. 13 Cost. e al principio rieducativo della pena ex art. 27, co. 3, Cost.

diverso corollario della retroattività della *lex mitior* – è stata l'occasione per la Corte per escludere ogni equiparazione fra il diritto legislativo e il formante giurisprudenziale, anche in riferimento alle pronunce del massimo organo nomofilattico. Secondo la Corte, infatti, i *revirements in melius* non possono in alcun caso parificarsi agli altri due casi di revoca contemplati dall'art. 673 c.p.p. – l'abrogazione legislativa e la declaratoria d'illegittimità costituzionale – proprio per le peculiarità del nostro ordinamento, nel quale è al solo legislatore che spettano le scelte di politica criminale, anche di segno favorevole, secondo il principio *eius abrogare cuius est condere*, e i giudici hanno solo la facoltà e non l'obbligo di conformarsi agli orientamenti vigenti³⁷.

In quella occasione, la Corte ha dunque ribadito l'assenza di ogni vincolatività dei precedenti nel nostro ordinamento, sottolineando come l'intervento manipolativo richiesto sull'art. 673 c.p.p. avrebbe comportato «una vera e propria sovversione “di sistema”, venendo a creare un generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni unite e i giudici dell'esecuzione, al di fuori del giudizio di rinvio: con risultati, peraltro, marcatamente disarmonici, stante la estraneità della regola dello stare decisis alle coordinate generali dell'ordinamento», con il paradosso, inoltre, che «il giudice della cognizione, il quale si trovasse a giudicare ex novo un fatto analogo, non avrebbe il medesimo obbligo, e potrebbe quindi disattendere – sia pure sulla base di adeguata motivazione – la soluzione adottata dall'organo della nomofilachia»³⁸.

A prescindere da questa posizione piuttosto netta sull'equivalenza con il formante legislativo, espressa nel 2012, e dunque prima della modifica dell'art. 618 c.p.p. di cui si dirà tra breve, la Corte costituzionale sembra prestare grande attenzione all'elaborazione giurisprudenziale, spostando via via il fuoco del giudizio di legittimità

³⁷ Posizione poi ribadita dalla Corte costituzionale in materia di misure di prevenzione, nella sentenza n. 25/2019, nella quale, non ritenendo sufficiente l'interpretazione abrogatrice offerta dalle Sezioni Unite Paternò del 2017, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 75, commi 1 e 2, d.lgs. 159/2011, nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi», e nella parte in cui prevede una fattispecie contravvenzionale nel caso di violazione dei medesimi obblighi da parte del sorvegliato speciale senza obbligo o divieto di soggiorno. Si è osservato che le due sentenze della Corte appena richiamate – nn. 230/2012 e 25/2019 – possano intendersi quali positive ripercussioni della penetrazione della nozione di legalità convenzionale nel nostro ordinamento, dal momento che proprio quest'ultima ha offerto l'occasione per ribadire l'intangibilità della riserva di legge in materia penale e per rivedere talune posizioni del giudice delle leggi, V. Maiello, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli 2020, 34.

³⁸ Criticamente su questa e sulle altre argomentazioni poste dalla Corte costituzionale a fondamento della sentenza n. 230 del 2012 M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *QuadFior* 2015, 168 ss.

dalla disposizione in sé considerata alla disposizione così come interpretata dai giudici³⁹.

Il rilievo riconosciuto al diritto vivente nella definizione dell'oggetto della questione di legittimità costituzionale è particolarmente evidente nella nota pronuncia n. 32 del 2020⁴⁰, con la quale la Corte è intervenuta sul regime intertemporale delle modifiche apportate all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3, cd. Spazzacorrotti, dichiarandone illegittimo, per contrasto con l'art. 25, co. 2, Cost., l'art. 1, co. 6, lett. b), così come interpretato dalla giurisprudenza, vale a dire, nel senso che, in assenza di espresse disposizioni transitorie, l'estensione delle preclusioni previste dall'art. 4 bis o.p. ad alcuni reati contro la P.A. si applicasse anche ai condannati per fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

Se, infatti, la legge cd. Spazzacorrotti nulla prevedeva circa il regime intertemporale del ritocco operato, la Corte ha ritenuto di prevenirne l'interpretazione secondo i canoni fissati dal diritto vivente per le modifiche delle norme in materia di esecuzione, sottoposte, per giurisprudenza costante, al principio *tempus regit actum*, osservando che altrimenti non si sarebbero operate «mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato». Per evitare un esito interpretativo *contra reum* scontato, la Corte costituzionale è intervenuta sullo stesso diritto vivente dichiarando incostituzionale il *novum* legislativo così come interpretato ed applicato dalla giurisprudenza, riproponendo un dispositivo utilizzato recentemente nelle pronunce nn. 78 del 2007, 305 del 2008 e 293 del 2013⁴¹.

Una tale scelta non è stata invece adottata nella sentenza n. 193 del 2020⁴², resa sulla possibile applicazione retroattiva delle preclusioni previste dall'art. 4 bis o.p. questa volta al reato di favoreggiamento della immigrazione clandestina, introdotto nel novero dei reati cd. ostativi ad opera del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7.

³⁹ Così F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in www.sistemapenale.it 19.1.2021, 9 ss.

⁴⁰ C. cost., 12.2.2020 n. 32, in GCos 2020, con nota di A. Gargani, *L'estensione 'selettiva' del principio di irretroattività alle modifiche 'in pejus' in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione 'storica'*, 263 ss.

⁴¹ Rispettivamente C. cost., 5.3.2007 n. 78, in GCos 2007, con nota di F. Della Casa, *Sconfessata in nome dell'art. 27 comma 3 Cost. una 'debordante' interpretazione della normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, ivi, 756 ss.; C. cost., 29.7.2008 n. 305, ivi 2008, con nota di A. Tripodi, *Una decisione "interpretativa di accoglimento" in un caso particolare di dissonanza fra diritto vivente "punto di diritto" nel giudizio di rinvio*, ivi, 3322 ss.; C. cost., 2.12.2013 n. 293, in CP 2014, con nota di E. Aprile, *Sulla portata applicativa della "contestazione a catena"*, ivi, 798 ss.

⁴² C. cost., n. 193/2020, in DPP 2020, con nota di G.M. Pavarin, *Diritto penitenziario: breve viaggio nel labirinto delle preclusioni. Il filo di Arianna*, 1481 ss.

Nonostante la questione oggetto di scrutinio fosse sostanzialmente la medesima, la Corte questa volta ha optato per una sentenza interpretativa di rigetto, facendo perno sulla propria precedente pronuncia n. 32 e valorizzandone il ruolo di vero e proprio spartiacque. Osservando, infatti, che «*tale declaratoria di incostituzionalità ha modificato il principio espresso dal diritto vivente relativo al regime intertemporale delle modifiche normative che inseriscano nuovi reati nel catalogo dell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit.*», la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità evidenziando come il denunciato pericolo dell'applicazione retroattiva delle modifiche peggiorative legate all'ampliamento dell'art. 4 bis o.p. non sussistesse più all'indomani della pronuncia del febbraio 2020: «*nessun ostacolo si oppone più a che il giudice a quo adotti, rispetto a tali reati, l'unica interpretazione della disposizione censurata compatibile con il principio di legalità della pena di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., così come declinato da questa Corte nella sentenza n. 32 del 2020*».

Quest'ultima decisione avrebbe avuto, dunque, a parere della Corte, la capacità d'incidere sul diritto vivente, modificandolo, tanto da rendere non solo inopportuno il ricorso al medesimo tipo di pronuncia nel caso successivo, ma addirittura impossibile: se, infatti, la decisione n. 32 ha eliso l'orientamento costante della giurisprudenza circa l'applicazione del *tempus regit actum* alle modifiche in materia di esecuzione ove incidano sulla qualità della pena⁴³, non sarebbe stato più possibile optare per un dispositivo (interpretativo) di accoglimento per carenza d'oggetto. Il ragionamento della Corte, tuttavia, non convince pienamente: non pare, infatti, del tutto persuasivo l'assunto di fondo che la giurisprudenza costituzionale sia in grado di incidere così profondamente sul diritto vivente, tanto più attraverso pronunce interpretative, sia pure di accoglimento. *In primis*, la determinazione dei propri orientamenti così come il riallineamento ai principi costituzionali e alle indicazioni ermeneutiche della Corte spetta comunque agli stessi giudici di merito e di legittimità. D'altra parte, se questo è vero in teoria, non bisogna dimenticare che la stessa giurisprudenza non sempre si conforma perfettamente ai dettami ricevuti dalla Corte⁴⁴, di talché, forse, sarebbe stato più opportuno propendere anche in questo secondo caso per un dispositivo di accoglimento interpretativo, al fine di rafforzare, agli occhi dei giudici, il nuovo principio di diritto espresso.

⁴³ Chiaramente, in proposito, il redattore delle due sentenze osserva che «*il diritto vivente oggetto della precedente sentenza di illegittimità costituzionale sia ormai venuto meno, proprio per effetto di quella pronuncia*», F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 11.

⁴⁴ Si pensi, a titolo d'esempio, alla già richiamata giurisprudenza "neutralizzatrice" della riforma del reato di abuso d'ufficio del 1997 nonostante le rassicurazioni precedentemente espresse dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 447 del 1998, oppure agli svilamenti dalle scelte interpretative suggerite dalla Corte in materia di reati di opinione (in argomento, v. P. Cirillo, *Istigazione e apologia nei recenti (dis)orientamenti giurisprudenziali*, in *DPP* 2019, 1297).

A prescindere da queste notazioni, l'avvicendarsi delle sentenze nn. 32 e 193, e, soprattutto, la diversa soluzione offerta nella seconda in ragione della previa adozione della prima, danno conto di come la Corte costituzionale, pur ferma nella posizione espressa nel 2012 circa il valore del diritto giudiziario, tenga comunque bene a mente il ruolo con-formativo svolto dalla giurisprudenza, dalla propria, oltre che da quella di merito e di legittimità⁴⁵.

Recentemente, peraltro, la Corte pare aver fornito qualche preziosa indicazione circa l'esercizio dell'importantissima funzione riservata ai giudici e, soprattutto, sui suoi limiti. Nella sentenza n. 98 del 2021⁴⁶, nella quale si conclude di non poter vagliare nel merito la dogianza prospettata dal rimettente – i.e. la mancata previsione all'art. 521 c.p.p. della facoltà di chiedere al giudice del dibattimento di proseguire nelle forme del rito abbreviato a seguito della riqualificazione giuridica *in peius* del fatto contestato –, la Corte ha colto l'occasione per formulare alcune precisazioni sull'attività interpretativa rimessa alla giurisprudenza⁴⁷.

I giudici costituzionali, infatti, hanno appuntato il difetto di rilevanza della questione di legittimità sollevata sulla possibile violazione del divieto di analogia *in malam partem* ad opera dell'indirizzo ermeneutico accolto dal rimettente in sede di modifica peggiorativa dell'imputazione. A parere della Corte, l'asserita sussumibilità dei fatti di causa nel reato di maltrattamenti ai danni di familiari e conviventi, in luogo di quello di atti persecutori, sulla scorta del rilievo che basterebbe l'assidua frequentazione della casa familiare da parte della persona offesa per classificarla come «*persona della famiglia*» o «*persona comunque (...) convivente*», risulterebbe difficilmente compatibile con il principio di legalità. Secondo la Corte, difatti, l'intento meritorio preso di mira dal giudice *a quo*, quello, cioè, «*di assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili, vittime di condotte abusive nell'ambito di rapporti affettivi dai quali esse hanno difficoltà a sottrarsi*», mancherebbe di confrontarsi con il dato testuale dell'art. 572 c.p., unica bussola di cui l'interprete dovrebbe servirsi. In questa occasione, dunque, la Corte costituzionale ha tenuto a ribadire che è «*il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore*», così ammonendo i

⁴⁵ Così F. Vigano, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 8 ss.

⁴⁶ C. cost., 14.5.2021 n. 98, in www.sistemapenale.it 14.5.2021 (cfr. L. Risicato, *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *disCrimen* 16.7.2021).

⁴⁷ Per uno sguardo dietro la giurisprudenza processuale della Corte costituzionale, che dà conto del contenuto talvolta di merito delle decisioni d'inammissibilità, A. Pugiotto, *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti fra Corte e giudici comuni*, in *QuadCos* 2016, 158 s.

giudici da ogni interpretazione sganciata dal tipo, pur in vista di obiettivi di tutela ritenuti particolarmente importanti.

4.2.2. Quanto, invece, al legislatore, di fronte agli inconvenienti di decisioni non sempre prevedibili, non sembra aver scommesso sui propri buoni propositi, ripromettendosi cioè di offrire all'interprete un prodotto normativo preciso e determinato, quanto piuttosto aver puntato sul tentativo d'incanalare il lavoro dei giudici, introducendo un meccanismo di stabilizzazione degli orientamenti interpretativi a mezzo di un *iter* formalizzato per sovvertire i precedenti consolidati. Con la l. 23 giugno 2017, n. 103, cd. Riforma Orlando, infatti, ha inserito un nuovo comma 1 *bis* all'art. 618 del codice di rito, che stabilisce che, ove una sezione della Suprema Corte ritenga di distaccarsi da un principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, debba rimettere a queste ultime la decisione del ricorso⁴⁸.

La modifica apportata al c.p.p. mira ad evitare le oscillazioni ermeneutiche e il superamento dei principi di diritto espressi dalla Corte di Cassazione nella sua più autorevole composizione, accentrandone proprio nelle mani del massimo organo nomofilattico il potere di rivedere i propri orientamenti. Il nuovo meccanismo previsto nel comma 1 *bis* ha, per un verso, la funzione di proceduralizzare il dissenso e, dall'altro, di neutralizzarne o generalizzarne gli effetti: è chiaro, infatti, che, se ai giudici di legittimità resta consentita la possibilità di dissentire dalle Sezioni Unite e, anzi, gli si offre la possibilità di contribuire alla revisione del precedente attraverso l'esposizione della propria opinione dissidente all'interno dell'ordinanza di rimessione⁴⁹, il nuovo art. 618 c.p.p. impedisce loro di darvi immediata applicazione, dovendo attendere il previo *placet* della Corte riunita.

Il congegno ideato dal legislatore suscita, però, a ben vedere, qualche dubbio di compatibilità con i principi costituzionali, oltre che alcune perplessità sul piano dell'effettività. Da un lato, l'introduzione nel nostro ordinamento del principio dello *stare dictis*⁵⁰ ad opera della riforma Orlando risulta scarsamente conciliabile con i già

⁴⁸ Sul nuovo comma 1 *bis* dell'art. 618 c.p.p. si rinvia a R. Bartoli, *Le garanzie della nuova legalità*, in www.sistemapenale.it 5.3.2020, 167 ss.; G. De Amicis, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite penali della Corte di cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it 4.2.2019; G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, ivi 29.1.2018; G. Insolera, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in www.archivioopenale.it 17.5.2018.

⁴⁹ In questo senso, valorizza l'ordinanza di rimessione quale strumento delle sezioni semplici per *dialogare* con le Sezioni Unite e per rafforzarne il contributo nomofilattico, osservando come il nuovo art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p. non vada inteso come «un meccanismo burocratico, bensì come un momento di dialogo paritario tra sezioni della Corte di cassazione nella costruzione, condivisa, del precedente» G. Fidelbo, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *QuestG* 2018.

⁵⁰ Sulla differenza fra *stare decisis* e *stare dictis*, O. Mazza, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in www.archivioopenale.it 14.5.2018, *passim*.

richiamati artt. 101 e 107 Cost., nella parte in cui prevedono la soggezione dei giudici soltanto alla legge e il loro distinguersi solamente per funzioni, criteri che chiuderebbero, almeno in teoria, alla possibilità di configurare vincoli gerarchici o interpretativi.

Dall'altro, il rimedio proposto potrebbe non rivelarsi perfettamente idoneo a raggiungere lo scopo prefisso. Innanzitutto, perché l'art. 618, co. 1 bis, c.p.p., così come ideato dal legislatore, si presenta come un meccanismo imperfetto: non è prevista alcuna sanzione in caso di omessa attivazione da parte delle sezioni semplici dissidenti, poggiando dunque unicamente sulla buona volontà dei giudici⁵¹. Nessun anticorpo è stato predisposto rispetto al fenomeno della cd. fedeltà apparente ai *dicta* delle Sezioni unite, alla diffusa tendenza, cioè, della giurisprudenza a mascherare prese di posizioni antitetiche o comunque distanti dai precedenti attraverso una previa dichiarazione di ossequio solamente formale agli orientamenti che successivamente si disattendono⁵².

L'art. 618, co. 1 bis, c.p.p., peraltro, rischia di non riuscire ad appianare del tutto i contrasti giudiziari, dal momento che il meccanismo di composizione del dissenso ivi contenuto si rivolge ad un ristretto novero di destinatari: i giudici di legittimità. Se è vero che quelli di merito dovrebbero conformarsi ai principi di diritto espressi dalla Corte di Cassazione, che svolge, anche a sezioni semplici, la funzione nomofilattica, di fatto, non è detto che tutti si adeguino alle linee tracciate dalla giurisprudenza di legittimità, come spesso già avvenuto.

La soluzione proposta dal legislatore, in definitiva, risulta depotenziata *ab origine* dalla stessa consapevolezza dei vincoli previsti in Costituzione: consci dell'impossibilità di importare nel nostro ordinamento la regola dello *stare decisis*, s'introduce un rimedio per limitare le discrasie ermeneutiche senza assicurarne, attraverso opportuni accorgimenti, l'effettività. La scelta più appropriata, forse, sarebbe stata quella scartata a monte dal legislatore, vale a dire quella di investire più seriamente sul proprio contributo ad esiti giudiziari più prevedibili, tipizzando fattispecie precise e determinate, dalle quali residuino esigui spazi per un'interpretazione creativa.

⁵¹ Contra G. Fidelbo, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici*, cit., il quale osserva che l'eventuale previsione di sanzioni, di natura tanto processuale quanto disciplinare, sarebbe stata contraria al sistema, oltre che all'idea sottesa al nuovo meccanismo di dialogo fra sezioni semplici ed unite.

⁵² A titolo d'esempio, basti pensare alle numerose pronunce, di legittimità e di merito, successive alle già richiamate Sezioni Unite Mannino del 2005, nelle quali si è registrata la rinuncia ad un rigido giudizio esplicativo *ex post*, sostituito da una verifica idoneativa *ex ante*, tradendo l'impostazione causale sancita dal massimo organo nomofilattico (cfr. Cass. sez. VI 13.6.2007, Patriarca; Cass. sez. II 17.5.2012, Di Bella e altri; Cass. sez. I 9.1.2013, Ferraro; *amplius*, sul punto, G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 241 ss.; nonché, volendo, I. Giugni, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, cit., 31 ss.).

4.2.3. Quanto alla nostra giurisprudenza, come messo precedentemente in evidenza, sovente sembra esercitare non solo un'attività di concretizzazione del tipo, ma anche una funzione di vera e propria produzione del diritto⁵³.

Se questa ultima attività creativa non è stata accompagnata da una parificazione generale ed esplicita a quella riservata in materia penale al Parlamento, in una pronuncia non risalente, le Sezioni Unite Beschi del 2010⁵⁴, gli stessi giudici di legittimità si sono comunque spinti a riconoscere un caso di equiparabilità tra mutamento giurisprudenziale e novità legislativa. In particolare, il massimo organo nomofilattico ha qualificato l'*overruling* favorevole operato in una propria pronuncia, la sentenza Napoletano⁵⁵, con la quale si era affermata l'applicabilità dell'indulto ai condannati all'estero che scontano la pena in Italia, come nuovo elemento di diritto idoneo a riproporre *ex art. 666, co. 2, c.p.p.* la richiesta di applicazione del beneficio in sede esecutiva. A parere delle Sezioni Unite, infatti, tale *revirement* autorevole costituiva *ius novum* assimilabile a una modifica legislativa, tenendo conto della necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona⁵⁶ e della nozione onnicomprensiva di diritto accolta nell'art. 7 della Carta Edu e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Quanto, invece, all'attività interpretativa *in malam partem*, la giurisprudenza non ha provato ad avanzare nel riconoscimento di un proprio ruolo creativo e, d'altro canto, non è parsa sempre sensibile al problema delle possibili conseguenze sfavorevoli dell'applicazione retroattiva delle proprie svolte interpretative, probabilmente in ragione della spinta ad assicurare giustizia nel singolo caso concreto.

Paradigmatico, a tal proposito, è lo stesso esordio del meccanismo di rimessione obbligatoria alle Sezioni Unite *ex art. 618, co. 1 bis, c.p.p.*, attivato per la

⁵³ Distingue fra 'diritto-concretizzazione' e 'diritto-fonte' M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *DPenCont* 2016, *passim* e spec. 18 ss. Secondo l'Autore, infatti, alla prima categoria potrebbe ascriversi quella produzione giurisprudenziale di prevalente significato conoscitivo della legge, che ha la funzione di individualizzare ciò che la legge tipizza sul piano generale ed astratto; alla seconda, invece, ogni pronuncia che «a) presenta capacità innovativa rispetto al diritto preesistente, di portata generalizzante, e che b) avendo quel carattere innovativo, non ha contenuto puramente conoscitivo della legge, ma estensivo per effetto di un atto decisivo, e c) è caratterizzata da profili formali di vincolatività».

⁵⁴ Cass. S.U. 21.1.2010, n. 18288, Beschi, in *CP* 2011, 17 ss., con nota di R. Russo, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*.

⁵⁵ Cass. S.U. 10.7.2008, n. 36527, Napoletano, in *DPP* 2009, 51 ss., con nota di V. Maiello, *È applicabile l'indulto ai condannati all'estero trasferiti in Italia*.

⁵⁶ Proprio perché le S.U. Beschi, lungi dall'affermare una piena equiparazione fra legge e giurisprudenza, si sono invece limitate a riconoscere la possibile rilevanza del mutamento giudiziario sotto uno specifico profilo garantista, si è osservato che è possibile non leggere la successiva sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale, analizzata *supra*, come un tradimento del *decisum* delle Sezioni Unite, v. D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *RIDPP* 2015, 37.

prima volta in tema di pedopornografia. Poco dopo la riforma del codice di rito, infatti, la terza sezione della Corte di Cassazione ha ritenuto di investire il massimo organo nomofilattico della questione dei rapporti fra i reati di detenzione e produzione di materiale pedopornografico, al fine di ottenere una revisione della precedente posizione assunta dalle stesse S.U. Bove del 2000⁵⁷, che avevano ritenuto configurabile la fattispecie più grave *ex art. 600 ter c.p.* solo ove presente un concreto "pericolo di diffusione" del materiale prodotto.

Le Sezioni Unite, con la sentenza Mordinò del 2018⁵⁸, hanno accolto l'opinione proposta dai rimettenti, espungendo il requisito introdotto in via ermeneutica qualche anno prima: secondo la Corte nella sua più autorevole composizione, la condotta di produzione di materiale pedopornografico integra sempre il più grave reato *ex art. 600 ter c.p.*, non residuando più eventuali spazi di configurabilità della fattispecie di detenzione di cui al successivo *art. 600 quater c.p.* nel caso di captazioni finalizzate al solo uso personale non suscettive di essere diffuse. Nella odierna società iperconnessa, a parere della Corte, l'elemento costitutivo introdotto dalla giurisprudenza nel 2000 non ha più senso di esistere, dal momento che il pericolo di diffusione delle immagini pornografiche ritraenti minori può considerarsi ormai *in re ipsa*.

Le Sezioni Unite Mordinò, dunque, hanno ampliato il perimetro applicativo della fattispecie punita più gravemente di cui all'*art. 600 ter c.p.* – pur qualificandola, al contempo, quale reato di danno e non più di pericolo⁵⁹ –, offrendo una soluzione *contra reum* certamente non presagibile stante la giurisprudenza adesiva al *dictum* delle S.U. Bove quasi ventennale, che riconosceva uno spazio di applicabilità al reato di mera detenzione anche in caso di immagini autoprodotte⁶⁰. Eppure, nonostante il pacifico cambio di rotta assolutamente imprevedibile, rispetto al caso oggetto di scrutinio, all'evidenza commesso sotto la vigenza del più favorevole ed incontrastato orientamento giurisprudenziale, nelle S.U. Mordinò si osserva soltanto apoditticamente che «*il problema dell'overruling in malam partem non viene comunque in rilievo, essendo ormai generalizzato – come visto – il pericolo di diffusione del materiale realizzato utilizzando minorenni; con la conseguenza che l'esclusione di tale pericolo quale presupposto per la sussistenza del reato non determina in concreto un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie penale, essendo completamente mutato il quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo*

⁵⁷ Cass. S.U. 31.5.2000 n. 13, Bove.

⁵⁸ Cass. S.U. 15.11.2018, Mordinò, in *GI* 2019, 1206 ss., con nota di G. Amarelli, *Pornografia minorile: le Sezioni unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, ivi, 1207 ss.

⁵⁹ Evidenzia il paradosso G. Amarelli, *Pornografia minorile*, cit., 1212 ss.

⁶⁰ Tenuto conto dei suoi contenuti innovativi e della rimessione al massimo organo nomofilattico ai sensi dell'*art. 618, co. 1 bis, c.p.p.*, la sentenza Mordinò del 2018 sembrerebbe potersi qualificare come ipotesi di 'giurisprudenza-fondate' (v. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., *passim*).

parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale». Di fatto, dunque, complice probabilmente la gravità dei fatti accertati⁶¹, si finisce per applicare retroattivamente un nuovo indirizzo sfavorevole frutto di un *revirement* assolutamente imprevedibile.

Una ricostruzione sbrigativa e non perfettamente fedele alla sostanza delle posizioni interpretative delle Sezioni Unite, tale da alterare le conseguenze giuridiche del proprio agire calcolate dall'imputato al momento del fatto, si riscontra, invece, nella recentissima sentenza in tema di cd. abuso soggettivo del titolo di legittimazione da parte di un soggetto con qualifica pubblicistica richiamata in apertura di queste riflessioni. Nella sentenza n. 37524 del 2020⁶², infatti, trovandosi a vagliare le doglianze in punto di prevedibilità di una condanna emessa nei confronti di un pubblico ufficiale che abusivamente si tratteneva nel sistema informatico e telematico in uso al Ministero dell'Interno al fine di effettuare ricerche sul proprio nominativo, nell'arco temporale fra le Sezioni Unite Casani del 2012 e le Sezioni Unite Savarese del 2017, la quinta sezione della Corte di Cassazione ha schivato la questione offrendo una lettura conciliante delle due pronunce di segno opposto delle Sezioni Unite.

E' bene ricordare che, nel 2012 e nel 2017, la Corte di Cassazione nella sua più autorevole composizione aveva variamente risolto la questione. Nel 2012, nella sentenza Casani, aveva ritenuto dirimente, ai fini della configurazione del reato ex art. 615 ter, co. 2, n. 1, c.p., non «gli scopi e le finalità che soggettivamente hanno motivato l'ingresso al sistema», quanto piuttosto la contrarietà del titolare del sistema al solo «dato oggettivo della permanenza», concludendo che la fattispecie risultasse integrata in caso di superamento abusivo delle barriere di accesso oppure di abuso del titolo solo ove vi fosse violazione di disposizioni regolamentari od organizzative del titolare del sistema o il compimento di operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle autorizzate⁶³. Viceversa, nel 2017, dinanzi ad un nuovo contrasto interpretativo fra un indirizzo più fedele alla soluzione prospettata in precedenza ed un orientamento estensivo, le stesse Sezioni Unite, con la sentenza Savarese, avevano ritenuto configurato il reato di accesso abusivo anche nel caso di permanenza non autorizzata all'interno del sistema da parte del pubblico funzionario legittimato ad introdurvisi, osservando che in questo caso si verificasse «uno sviamento di potere, un uso del potere in violazione dei doveri di fedeltà che ne devono indirizzare l'azione nell'assolvimento degli specifici compiti di natura pubblicistica a lui demandati»⁶⁴.

⁶¹ Si trattava, infatti, di condotte di produzione di materiale pedopornografico aggravate ex art. 61, co. 1, n. 9, c.p. perché commesse, insieme ad abusi sessuali su minori, da un sacerdote nella parrocchia affidatagli.

⁶² Cass. sez. V 14.10.2020, n. 37524, cit.

⁶³ *Amplius* C. Pecorella, op. cit., *passim*.

⁶⁴ Sull'overruling sfavorevole operato dalle S.U. Savarese del 2017, A. Galante, op. cit., *passim*.

Eppure, nonostante l'evidente cambio di passo del massimo organo nomofilattico, rimarcato dalla difesa dell'imputato, autore di più accessi abusivi commessi fra il 2006 e il 2014, e, dunque, all'indomani delle Sezioni Unite Casani, la quinta sezione della Corte ha liquidato la questione dell'applicazione retroattiva dell'*overruling* sfavorevole operato dalla sentenza Savarese, annacquando le differenze fra le due decisioni ed asserendo che già nella prima pronuncia la Corte avesse ritenuto che la fattispecie *ex art. 615 ter, co. 2, n. 1, c.p.* potesse essere integrata «*anche dalla condotta del soggetto che, pur essendo abilitato ad accedere al sistema informatico o telematico, vi si fosse introdotto con la password di servizio per raccogliere dati protetti per finalità estranee alle ragioni di istituto ed agli scopi sottostanti alla protezione dell'archivio informatico, utilizzando sostanzialmente il sistema per finalità diverse da quelle consentite*».

5. La vicenda del cd. abuso soggettivo del titolo di legittimazione all'accesso a sistemi informatici, richiamata in apertura e a conclusione di queste riflessioni, rende chiaro come la giurisprudenza sempre più spesso partecipi alla delimitazione dell'ambito del penalmente rilevante, non di rado propendendo per un ampliamento dell'area della punibilità, stretta dalla necessità di rispondere alla domanda di giustizia rivolta dalle vittime nel processo e amplificata dai *mass media*⁶⁵.

Dinnanzi a cambi di rotta sovente sfavorevoli al reo, ci si è chiesti quali rimedi siano attivabili a tutela del cittadino, soffermando l'attenzione sulle soluzioni proposte dentro e fuori dal nostro ordinamento. Un giudice pare esserci a Strasburgo, dove la garanzia dell'irretroattività si applica al diritto punitivo globalmente considerato, qualsiasi ne sia la fonte, attribuendo un diritto incomprimibile al singolo cui è assicurata la possibilità di calcolare in anticipo le conseguenze giuridiche delle proprie azioni.

Diversa pare essere l'antifona all'interno dell'ordinamento nazionale, dove la Corte costituzionale, nonostante la scelta forte di non equiparare il diritto di matrice giudiziaria a quello di marca legislativa, sembra comunque riconoscere il ruolo svolto dalla giurisprudenza nella precisazione dei contorni dell'illecito penale; il legislatore pare in qualche modo deresponsabilizzarsi, avendo puntato su un meccanismo, quello previsto dall'*art. 618, co. 1 bis, c.p.p.*, che mira a stabilizzare le determinazioni dei giudici, piuttosto che sul voto di fare di più e meglio nell'esercizio della funzione legislativa che gli sarebbe riservata in materia penale; e la giurisprudenza non sempre

⁶⁵ Valuta criticamente l'attuale e persistente '*autoritarismo bene intenzionato*' della giurisprudenza, riscontrandone le ricadute non solo sul piano dell'interpretazione estensiva di talune fattispecie di parte speciale, ma anche in alcune ricostruzioni di istituti di parte generale offerte in giurisprudenza, D. Pulitanò, *Crisi della legalità*, cit., *passim* e spec. 42 ss.

si mostra sensibile al problema della prevedibilità degli esiti delle proprie decisioni od animata da una cultura del precedente.

Cosa fare, dunque? Cedere all'opzione indicata dalla Cedu, accettando una indiretta rimodulazione della legalità penale in termini più liquidi ed elastici, e rinunciare a quella costituzionale, imperniata sulla riserva di legge e irrimediabilmente in crisi⁶⁶?

Da tempo e da più parti, senza dubbio, di questa crisi si individuano le molteplici cause: dal ridimensionamento della centralità del Parlamento in favore dell'attività legislativa anche in materia penale del Governo alla caduta della partecipazione dei cittadini⁶⁷, dalla attuale complessità della realtà sociale alle conseguenti moltiplicazione delle fonti normative ed incapacità del dato normativo di contenere tutte le possibili manifestazioni fattuali della vita sociale⁶⁸, passando per la crisi della rappresentanza politica, ormai dislocata dalle sedi istituzionali proprie – le aule parlamentari – a quelle private delle *lobbies* e dei gruppi di pressione⁶⁹. Senza dimenticare le *colpe commissive* ed *omissive* di chi dovrebbe essere il primo fautore della nostra legalità: il legislatore⁷⁰.

Eppure, nonostante i sicuri fattori di crisi della declinazione nostrana del *nullum crimen*, resta il fatto che anche la scelta di cedere incondizionatamente a quella convenzionale non pare risolutiva e del tutto appagante. Se è vero che certamente ci consentirebbe di garantire l'individuo, il singolo, dinanzi al potere punitivo, che si esplichi in atti legislativi o in provvedimenti giudiziari, d'altra parte lascerebbe invece

⁶⁶ Osserva, ad esempio, che vi sia un insanabile squilibrio fra asse del diritto penale legislativo ed asse del diritto penale giudiziario, offrendo pertanto due possibili soluzioni entrambe sul secondo versante: valorizzazione della nomofilachia e valorizzazione delle regole interpretative, F. Palazzo, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in RIDPP 2020, 1253 ss.

Allo stesso modo, rileva come sia ormai avvenuto il passaggio da un sistema giuridico basato sulla forma delle fonti ad uno fondato sulla forza della interpretazione, ritenendo pertanto necessario, per il futuro, concentrarsi sui meccanismi e sui condizionamenti della conoscenza, O. Di Giovine, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in AA.VV., *La crisi della legalità, il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli 2016, *passim* e spec. 185 ss.

⁶⁷ Così G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1255 ss. Sulla neutralizzazione della politica e sulla crisi degli stessi rappresentati, M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon, F. Biondi, Milano 2001, 109 ss.

⁶⁸ F. Palazzo, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, cit., 1251.

⁶⁹ A. Gargani, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Crim* 2011, 102 ss.

⁷⁰ Così F. Palazzo, *Scienza della legislazione e buone intenzioni legislative*, in *DPP* 2021, 285 ss. Basti pensare, quanto a quelle commissive, alla tipizzazione di norme imprecise ed indeterminate, alla proliferazione incontrollata di norme anche *extra codicem*, all'infittirsi di logiche repressive separate per tipo d'autore, segnalate da G. De Francesco, *Legislatore e giudice*, cit., 2 ss.; e, sul piano omissivo, all'accidia o all'ipocrisia del legislatore, denunciate da G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in RIDPP 2018, 1418 ss.

sguarnita di tutela la dimensione democratica del principio di legalità e, dunque, il cittadino come rappresentato, compartecipe delle scelte legislative.

Questa esigenza sottesa al principio di legalità non pare in alcun modo sacrificabile, trattandosi dell'unica strada che porta ad un diritto penale condiviso, da utilizzarsi come *extrema ratio*, solo quando lo ritenga necessario la comunità tutta a mezzo delle sue assemblee politiche elettive. Poco importa la sfiducia nel legislatore storico, la deprecabilità della sua scelta di dare corso agli istinti più smaccatamente giustizialisti di chi rappresenta (condivisi, peraltro, da una parte della giurisprudenza) e di utilizzare, senza distinzioni di colore politico, il diritto penale come strumento di propaganda perché a costo zero⁷¹.

A prescindere dalla sfiducia nei confronti dei rappresentanti e, a dirla tutta, anche dei rappresentati – che pure hanno deciso di tagliare il numero di coloro i quali democraticamente eleggono e mediante i quali sono presenti nell'assemblea parlamentare, riducendo così il pluralismo democratico nella dialettica discorsiva interna alle Camere⁷² –, resta il meccanismo procedurale garantito dalla riserva di legge, che non è affatto poca cosa, assicurando il controllo anche delle minoranze sulle scelte di politica criminale e costringendo le forze politiche al confronto⁷³. Tanto basterebbe a rifiutare di delegare alla legalità convenzionale la tutela dei diritti dell'individuo, che solo perché partecipa per il tramite dei propri rappresentanti al procedimento legislativo è cittadino.

Non è possibile, difatti, accettare come irreversibile lo sbilanciamento verso il polo giudiziario per il semplice fatto che, se è vero che la giurisdizione è una delle componenti della democrazia⁷⁴, e che i giudici recentemente hanno contribuito e continuano a contribuire ad una estensione dei diritti, com'è stato acutamente

⁷¹ Sulla recente tendenza ad utilizzare il diritto penale come strumento di ricerca del consenso e sulla falsa credenza che la legislazione penale sia a costo zero, A. Gargani, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *RIDPP* 2018, 1494 s.

⁷² L'esito del referendum del 2020, infatti, pare essere stato animato da una «cultura da sudditi, cioè orientata verso gli output del sistema, cioè verso i benefici che l'elettore spera di trarre dal sistema politico», piuttosto che da una «cultura partecipante, cioè orientata verso gli input, che è propria degli elettori che si considerano potenzialmente impegnati nell'articolazione delle domande e nella formazione delle decisioni». Per una tale distinzione, N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino 1984, 20.

⁷³ Una rivendicazione della rilevanza dell'aspetto procedurale della riserva di legge in materia penale pare cogliersi anche in alcune recenti pronunce della Corte costituzionale, le sentenze nn. 5 e 32 del 2014. Cfr. C. Cupelli, Equivoci trionfalisticci e letture correttive. *Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità in malam partem*, in *Crim* 2014, 521 ss.

⁷⁴ Osserva come, in uno stato democratico, «la giustizia penale, pur procedendo dalla scelta politica di qualificare un certo fatto come reato, è ben altro: un condensato di garanzie e principi legittimanti, che, controbilanciando la spinta liberticida insita nella categoria della punizione, elevano lo ius puniendi a valore condiviso, a strumento di tutela da utilizzarsi nella misura strettamente necessaria» F. Giunta, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *GP* 2011, 260.

osservato⁷⁵, è altrettanto vero che, in materia penale, proprio a tutela di questi diritti, tendono a farsi protagonisti di un accrescimento del potere punitivo⁷⁶.

La soluzione, pertanto, lungi dal rinvenirsi nell'assecondare lo squilibrio creatosi, potrebbe invece rintracciarsi nel tentativo di pareggiarlo, riconducendo ai rispettivi ruoli il giudice e il legislatore. Un tale intento, però, non può che rimettersi proprio a questi ultimi, che dovrebbero perseguirolo facendo sfoggio, ad un tempo, di *attivismo* e di *self restraint*. *Attivismo* del giudice, esclusivamente *in bonam partem* s'intende, nel continuare a vegliare sulla produzione legislativa e sulla sua compatibilità a Costituzione, sollevando questione di legittimità costituzionale ogni volta che vi siano dubbi; *self restraint* dinnanzi alle ambiguità residue, optando per astenersi da ogni interpretazione analogica i cui risultati siano sfavorevoli al reo⁷⁷. E parimenti *attivismo* del legislatore nel non sottrarsi all'esercizio della funzione nomopoietica, specie ove sollecitato dalla Corte costituzionale⁷⁸ e anche a fronte di

⁷⁵ Così F. Palazzo, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, cit., 1263 ss.

⁷⁶ Pur ammettendo che la giurisprudenza tende sovente ad esprimere una forza espansiva, osserva che «la forza espansiva che deve essere censurata, non è tanto quella che si fa coerentemente portatrice di istanze sociali, ma quella che impiega scopi di tutela differenti per perseguire le esigenze espansive che emergono nel singolo caso concreto», R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in RIDPP 2015, 1789.

⁷⁷ Fa riferimento al brocardo "in dubio pro analogia et abstine" V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., 2226.

Non pare tuttavia potersi condividere una soluzione ermeneutica recentemente registrata nella giurisprudenza di legittimità, vale a dire la scelta di estendere analogicamente la causa di esclusione della punibilità prevista dall'art. 384 c.p. ai conviventi *more uxorio* (Cass. S.U. 26.11.2020, Fiavola; criticamente in argomento S. Fiore, *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in www.archiviopenale.it 19.5.2021). Pur trattandosi di un'operazione interpretativa favorevole al reo, permangono, infatti, dubbi circa l'estensibilità analogica delle scusanti, il cui catalogo è certamente tassativo, oltre che il problema di possibili futuri sviamenti dal *dictum* delle Sezioni Unite, evitabile solo delegando la decisione alla Corte costituzionale. *Contra* F. Palazzo, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in www.sistemapenale.it 22.3.2021, che valorizza l'analogia quale «strumento di giustizia» e ritiene la sentenza richiamata «un caso prototipico di esercizio della funzione nomofilattica» da intendersi come «funzione para-legislativa» di cui sarebbero comunque garantiti effetti sostanzialmente *erga omnes*.

A questa presa di posizione delle Sezioni Unite ha fatto seguito la sentenza n. 98 del 2021 della Corte costituzionale (*v. supra*), che, pur appuntandosi su una diversa questione, ha censurato l'attività interpretativa della giurisprudenza oltre il testo della legge, rinvigorendo il limite del divieto di analogia in materia penale.

⁷⁸ Il riferimento è ovviamente alla scelta di non scegliere operata dal legislatore all'indomani dell'ordinanza n. 207 del 2017 resa dalla Corte costituzionale nell'ormai celebre caso Cappato (nell'ampia bibliografia in argomento, si rinvia *ex multis* ai contributi nel volume curato da F.S. Marini e C. Cupelli, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli 2019; C. Cupelli, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in www.sistemapenale.it 4.12.2019), ma anche al termine scaduto inutilmente per il ritocco della comminatoria della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa (C. cost., 9.6.2020 n. 132, cfr. G.L. Gatta, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema-Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in www.sistemapenale.it 9.6.2020; M.C. Ubiali, *Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva: la Corte costituzionale dà un anno di tempo al Parlamento per trovare un punto di equilibrio tra La legislazione penale*

temi etici, divisivi o scarsamente redditizi in termini elettorali, ma anche *self restraint* nell'esercitare la stessa funzione riservatagli in Costituzione, rispettando, cioè, i principi fondamentali formali e sostanziali ivi contenuti.

6. In attesa, però, che i giudici ed il legislatore ritornino ai rispettivi ruoli tratteggiati in Costituzione e si riduca, di conseguenza, l'apporto creativo della giurisprudenza alla materia penale, è bene tracciare alcuni punti fermi sull'applicabilità del principio d'irretroattività ai mutamenti giudiziari *in malam partem*. Precisare, cioè, se e a quali condizioni, pur non rinunciando alla nostra nozione di legalità penale, fondata sulla riserva di legge, sia possibile assicurarne la portata garantistica sul piano intertemporale anche dinanzi a cambi interpretativi repentini effettuati a legislazione invariata.

Il divieto di applicazione retroattiva – anche a volerne ammettere l'operatività oltre l'ambito circoscritto della *lex parlamentaria* – non pare invero suscettivo di una estensione senza limiti alle pronunce giudiziarie. Anche mettendo fra parentesi la necessità di concentrare nelle mani del Parlamento il potere di compiere le scelte di politica criminale e di ridurre al minimo gli spazi di manovra riconosciuti ai giudici, il principio d'irretroattività non sembra potersi applicare al diritto di fonte giudiziaria unitariamente inteso, ma unicamente all'ipotesi di *overruling* sfavorevole caratterizzato da assoluta ed oggettiva imprevedibilità⁷⁹.

Di fronte ai perduranti contrasti che fisiologicamente si registrano in giurisprudenza a causa della natura spesso polisenso del dato normativo, non pare porsi, infatti, la medesima esigenza di garanzia sottesa al principio di legalità *sub specie* irretroattività della legge penale sfavorevole. Se coesistono diversi orientamenti giudiziari, ciascuno è in grado di presagire che a prevalere in futuro sia l'indirizzo più estensivo e, dunque, di orientare di conseguenza le proprie scelte d'azione.

Altro è quando un unico e pacifico orientamento sia improvvisamente ribaltato da una decisione di segno opposto *contra reum*, caso in cui si rende necessario assicurare un equilibrio fra istanze di repressione ed individual-garantistiche. Pur a voler ammettere, cioè, che, a fronte dei mutamenti del contesto sociale, siano i giudici ad elaborare la risposta punitiva offrendo, a scapito del reo, una nuova lettura normativa consentita dal dato testuale, occorre tutelare chi abbia posto in essere la

libertà di espressione e tutela della reputazione individuale, in linea con i principi costituzionali e convenzionali, in RIDPP 2020, 1476 ss.), oltre che a quello da poco fissato per la revisione dell'ergastolo ostativo, la cui incompatibilità con la Costituzione è stata solamente accertata ma non ancora dichiarata (C. cost., 11.5.2021, n. 97, cfr. E. Dolcini, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in www.sistemapenale.it 25.5.2021).

⁷⁹ Critica la sovrapposizione fra prevedibilità e mancanza di assoluta imprevedibilità, sostenendo che sia necessario intendere la prima in prospettiva positiva come *ragionevole prevedibilità*, G. Caruso, op. cit., 27 ss.

propria condotta sotto la vigenza del precedente orientamento più restrittivo, proprio confidando sulla costante iterazione giurisprudenziale.

Solamente in questa circostanza, senza una revisione esplicita del sistema e dell'impianto della nostra legalità, sembra possibile avvicinare il diritto di fonte legislativa e quello di matrice giudiziaria, poiché, soltanto in questo caso, effettivamente l'innovazione operata in via ermeneutica pare in qualche modo assimilabile *quoad effectum* all'introduzione per via legislativa di una nuova fattispecie incriminatrice o ad una sua riforma *in peius*.

Se queste sembrano le coordinate entro cui muoversi, in attesa del ripristino della legalità intesa in senso forte, perché più saldamente agganciata al principio della separazione dei poteri, la giurisprudenza non pare sempre orientarsi correttamente. Come evidenziato passando in rassegna le vicende dei reati di pedopornografia e del cd. abuso soggettivo del titolo di legittimazione all'accesso al sistema informatico, i giudici tendono, talvolta, a minimizzare le manipolazioni del tipo, mediante aggiunta o specificazione, compiute nel tempo, cimentandosi piuttosto nel tentativo di rendere sempre coerente la trasfigurazione delle figure criminose compiuta alla bisogna.

Ancora una volta, la soluzione non può che rimettersi tanto al legislatore, quanto all'interprete. Il primo dovrebbe formulare incriminazioni chiare e precise – seguendo la strada della declinazione forte del principio di determinatezza indicata dalla Corte costituzionale nelle pronunce rese nel celebre caso Taricco⁸⁰ –, così riducendo ad uno il possibile significato di cui potrebbe valersi, in ogni tempo, la giurisprudenza⁸¹. Il secondo, da par suo, dovrebbe spedire alla Corte costituzionale

⁸⁰ Il riferimento è alle argomentazioni contenute nell'ordinanza n. 24 del 2017 e nella sentenza n. 115 del 2018 (cfr. rispettivamente, tra i molti, C. Cupelli, *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di un dialogo a senso unico*, in *RIDPP* 2017, 266 ss.; 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 www.penalecontemporaneo.it 11.7.2018).

D'altra parte, andando oltre il *casus belli* delle presunte insufficienze della disciplina della prescrizione, è stato evidenziato come la vera posta in gioco della saga Taricco fosse il rapporto tra potere giudiziario e potere legislativo in materia penale. Nonostante la Corte costituzionale abbia scelto strategicamente di utilizzare il corollario della determinatezza, l'obiettivo era quello di garantire la divisione dei poteri, requisito sotteso ad un altro corollario del principio di legalità, quello della riserva di legge, maggiormente divisivo nella dimensione sovranazionale del *nullum crimen*. La Corte costituzionale, infatti, com'è stato acutamente osservato, mirava (ed è riuscita) ad impedire la trasformazione del giudice comune in un '*giudice di scopo*', cui possano rimettersi, cioè, obiettivi di politica criminale da perseguire, L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *DPenCont* 2015, 40 ss. Nello stesso senso, D. Pulitanò, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *DPenCont* 2016, 228 ss.; C. Cupelli, *La pareidolia del caso Taricco. La reale posta in gioco, l'attivazione 'indiretta' dei controlimiti e i possibili scenari 'costituzionali' del diritto penale europeo*, in *RIDPP* 2020, 1821 ss.

⁸¹ In questo senso, osserva come, per recuperare il suo ruolo, la legge dovrebbe proporsi quale modello capace di accogliere un novero di ipotesi puntualmente riconducibili al suo progetto finalistico, oltre che risultare indirizzata verso il futuro, emancipandosi dalle logiche di una risposta puramente contingente, G. De Francesco, *La legislazione penale*

ogni prodotto legislativo plurivoco, eliminando così in radice ogni futura tentazione di mutamento interpretativo orientato dal bisogno di risolvere il caso concreto. E, qualora ciò non fosse possibile a causa di un ineliminabile margine di manovra offerto dalla *littera legis*, riconoscere con maggiore limpidezza eventuali virate oggettivamente imprevedibili, applicando le garanzie sancite dal principio di legalità sul piano intertemporale.

