

**“USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO” QUALE LETTURA
COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DEL DIRITTO PENALE
E IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA**

di Anna Maria Maugeri
(*Professoressa ordinaria di diritto penale,
Università di Catania*)

Sommario: 1. Premessa. – 2. L’affermazione “dell’uso alternativo del diritto”. – 3. Il ruolo del giudice in seguito alle trasformazioni sociali e l’impegno della Corte Costituzionale. – 4. Il principio di offensività come criterio di interpretazione e limite al potere punitivo. – 5. La legalità giurisprudenziale: gli abusi determinati dall’eccessiva discrezionalità giudiziaria. – 6. Prime conclusioni: la legalità “costituzionale” tra legalità legalistica e legalità giurisprudenziale. – 7. Il ruolo del giudice e dell’interpretazione alla luce della giurisprudenza della Corte EDU. – 7.1. Il primato del diritto UE. – 8. La rilevanza del *precedente* in materia penale: recenti riforme. – 9. L’interpretazione *in malam partem* tra principio di irretroattività e principio di colpevolezza (errore sul precetto) nella giurisprudenza italiana. – 10. La retroattività dell’interpretazione *in bonam partem* nell’ordinamento italiano. – 11. Recenti orientamenti giurisprudenziali tra legalità formale e legalità giurisprudenziale. – 12. La rilevanza del dato testuale e il divieto di analogia *in malam partem*. 13. Conclusioni: uso alternativo del diritto e indipendenza della magistratura.

1. Il dibattito suscitato ben cinquant’anni orsono dal convegno sull’Uso alternativo del diritto - che si è svolto a Catania nel maggio del 1972¹ - e, quindi, sul ruolo della magistratura come interprete chiamata ad applicare il diritto è ancora oggi di estrema attualità in un delicato momento storico caratterizzato dal c.d. populismo penale, anche giudiziario, in cui il diritto penale viene utilizzato come strumento per raccogliere il consenso elettorale fomentando la paura del crimine per giustificare

¹ P. Barcellona, a cura di, *L’uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari 1973; M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell’interpretazione giuridica: a partire dall’uso alternativo del diritto*, Trieste 2011.

interventi repressivi, anche strumentalizzando a tal fine o comunque utilizzando come alleato l'altro più recente formante normativo rappresentato dai mass media².

In materia penale la riflessione sul ruolo dell'interprete del diritto per eccellenza, la giurisprudenza, assume una particolare e drammatica rilevanza perché il diritto penale è il ramo del diritto che più riflette il rapporto tra autorità e libertà in un determinato momento storico, ricordando che «per il giudice la ricerca e la pronuncia di verità fattuali e del diritto applicabile è *anche* esercizio di potere, ed in ciò sta una differenza fortissima rispetto agli altri ricercatori di verità, cui il giudice imparziale può essere accostato»³.

Per il diritto penale, allora, una riflessione sul ruolo della magistratura come interprete del diritto non può non partire dalla fondamentale affermazione di civiltà giuridica risalente ai padri illuministi e in particolare a Montesquieu (Lo spirito delle leggi) del principio della *separazione dei poteri* - legislativo, esecutivo, giudiziario - a garanzia della libertà del cittadino, che si traduce nell'attribuzione al solo potere legislativo del compito di individuare i reati e le sanzioni e, quindi, nel principio di legalità, garanzia del cittadino nei confronti del potere esecutivo e gli arbitri del giudice che non deve diventare il «legislatore del caso concreto». «Se il potere di giudicare fosse congiunto al potere di legiferare, la vita e la libertà dei cittadini sarebbero esposti all'arbitrio, poiché il giudice sarebbe legislatore. Se il potere di giudicare fosse congiunto al potere di eseguire le leggi, il giudice avrebbe la forza di un oppressore». Il tutto connesso alla teoria di Rousseau del contratto sociale, per cui ciascuno rinuncia solo alla porzione minima e indispensabile di libertà per garantire la libertà di tutti. In tale direzione Beccaria affermava il primato del potere legislativo per cui il diritto di punire «non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale»⁴; da ciò deriva, oggi, la centralità del Parlamento, capace della visione generale dei bisogni di tutela e di garantire la «certezza del diritto», intesa – anzitutto – come garanzia di uniformità di trattamento dei cittadini (uguaglianza formale)⁵. Come affermava Calamandrei «Nel principio della

² Sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati*, Pisa 2021, 9 ss.

³ Cfr. D. Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, in *Tra principi del diritto penale e teoria del reato. Per Giovanni De Francesco*, Atti del convegno Pisa, 6.5.2022, Pisa 2022, 70; cfr. C.Sotis, *Il principio di legalità*, in C.E. Paliero, *Il Sistema penale*, curato da C.E. Paliero, Torino 2024, 92 s.

⁴ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (prima ed. anonima Livorno 1764), § 4: «le sole leggi possono decretar le pene sui delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro un altro membro della società medesima [...]».

⁵ C. cost. 25.10.1989, n. 487; cfr. V. Manes, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum*

legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini»⁶.

Non solo, poi, Beccaria affermava il principio di precisione/tassatività - "fate che le leggi siano chiare" - completato, come fortemente ribadito da Feuerbach, dal principio di determinatezza, per cui le leggi penali devono incriminare fatti empiricamente verificabili, che possono essere provati in giudizio⁷ -, ma in epoca illuministica il principio della separazione dei poteri e il suo significato politico di reazione contro gli abusi del potere punitivo emerge anche nell'esasperazione dell'affermazione dello stretto vincolo del giudice alla legge: «i giudici non sono ...che la bocca che pronuncia le parole della legge, esseri inanimati che non possono temperarne né la forza né il rigore»⁸. Tali affermazioni sembrano oggi inverosimili, ma in quel momento storico esprimevano la forte esigenza di limitare il potere giudiziario e di garantire la certezza del diritto contro i soprusi dello Stato assoluto. "Lex contra ius": «la legge come l'espressione e il baluardo dell'eguaglianza dei soggetti di contro a un diritto giurisprudenziale intimamente legato alla logica oligarchica dei ceti privilegiati»⁹.

Anche se, poi, da una parte, la legge che nell'ideale di Beccaria doveva essere buona e giusta, «non ha inverato affatto l'espressione diretta della "volontà generale", bensì il riflesso delle intenzioni conservatrici di una piccola frazione di individui che condivideva lo *status* di proprietario e quello di classe economicamente dominante»¹⁰, e, dall'altra, il positivismo giuridico e la sua interpretazione formalistica della legalità, privata dalle sue istanze politiche garantistiche a tutela della libertà dei cittadini, hanno rappresentato il fondamento politico razionale degli stati autoritari del XX secolo; il codice Rocco e la sua legislazione speciale è stato adottato nel rispetto formale del principio di legalità (in un momento storico in cui il Parlamento rappresentava solo il partito fascista), divenuto simulacro di se stesso, piegato sul polo dell'autorità¹¹. Segue l'avvento della Costituzione, che rappresenta l'approdo meta-

crimen e sfide prossime future, in *CP*, v. 57, n. 3, 2017, pp. 955-976; G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *RIDPP* 2018, 1408 ss.

⁶ P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, Roma-Bari 2008, 105.

⁷ C. cost. 9.4.1981, n. 96.

⁸ C. Beccaria, *op. cit.*, § 4: «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto», e così attribuendo al giudice il semplice compito di formulare una mera operazione logica-deduttiva senza spazi per esperimenti interpretativi, «[...] per la semplice ragione che i giudici penali non sono legislatori».

⁹ P. Costa, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quad. fiorentini XXXVI*, t. 1, 2007, 8; A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 74 ss.

¹⁰ G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., 1411; P. Costa, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quad. fiorentini XXXVI*, t. 1, 2007, 12 ss.; M. Vogliotti, voce *Legalità*, in *ED.*, Annali IX, Milano 2013, 384 ss.

¹¹ G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., 1412; B. Petrocelli, *Per un indirizzo italiano nella scienza*

legislativo e meta-statuale in cui i diritti fondamentali sono riconosciuti, e a cui ricondurre il discorso della legalità¹².

In tutto questo, poi, non dobbiamo dimenticare, come lucidamente evidenziato, che «da più di un secolo, la scienza del diritto ha problematizzato il rapporto fra legge e giudice, progressivamente allontanandosi dallo schema del sillogismo giudiziario patrocinato dai giuspositivisti all'inizio del secolo scorso»¹³.

2. Paolo Grossi, grande storico del diritto, in un discorso ai giovani magistrati ha parlato di «spostamento dell'asse portante dell'ordinamento dal legislatore all'interprete: il testo non ha una realtà autosufficiente, ma ha compiutezza solo nell'interpretazione». Fermo restando che Grossi non fa proprio il linguaggio della creatività - «il diritto non lo crea nemmeno il legislatore, tanto meno il giudice» -, l'autore sottolinea «il nesso genetico fra società e diritto, la sua intima storicità» e guarda con simpatia a «ordinamenti alieni dal concepire il giuridico intrinsecamente vincolato al potere politico». Anche se poi lo stesso Grossi precisa che «una diversa considerazione la si deve fare per il giudice penale», avendo in materia penale «una peculiare rilevanza la riserva di legge», richiamando all'esigenza in penale di limitare il ruolo dell'interprete, del giudice¹⁴.

Negli anni '60 la cresciuta consapevolezza della magistratura della rilevanza politica della funzione giurisdizionale si esprime nel Congresso del settembre 1965 della Associazione nazionale magistrati, in cui Giuseppe Maranini definì l'attività giurisdizionale come funzione di indirizzo politico-costituzionale. Nella mozione finale, approvata all'unanimità e concordata dalle tre correnti di Magistratura

del diritto penale, in *RIDPP* 1941, 20; P. Costa, *op. cit.*, 16 ss.- 19: «la dove il quadro giuridico-istituzionale mantiene un ruolo più consistente e una parvenza di autonomia, come avviene con il fascismo (con il suo totalitarismo "imperfetto" o "attenuato"), il divieto dell'analogia resta in piedi e per il conseguimento dei suoi obiettivi il regime fa affidamento, per un verso, sul doppio binario della "norma" e della "eccezione" (della giurisdizione ordinaria e del tribunale speciale) e, per un altro verso, sulla fascistizzazione (che mira ad essere integrale) dei funzionari e dei giudici»; F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.legislazionepenale.eu, 29.1.2016, 1 ss.; sul ruolo del positivismo e del tecnicismo giuridico in tale contesto cfr. A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino 2022, 28 ss.

¹² P. Costa, *op. cit.*, 17 - cfr. 34 ss.

¹³ R. Orlandi, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di Cassazione*, in *Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino 2023, 387. Cfr. per una ricostruzione storica del principio di legalità D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino 2019, 3 ss.

¹⁴ in www.cortecostituzionale.it.

democratica, Magistratura indipendente e Terzo potere, si afferma che «spetta al giudice, in posizione di imparzialità e indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale».

Questo congresso, definito il congresso di Gardone, divenne punto di riferimento di orientamenti che si contrapponevano alla magistratura più tradizionalista, che sulla base del mito del giudice bocca della legge, rimaneva legata a una sorta di formalismo giuridico che non teneva conto del *novum* costituzionale¹⁵. Si rivendicava un'interpretazione *costituzionalmente orientata* volta a promuovere l'uguaglianza sostanziale e, quindi, maggiori spazi in sede ermeneutica, col supporto delle teorie dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica, in contrapposizione a tradizioni autoritarie.

In continuità con questo convegno si pone il Convegno di Catania del maggio 1972 sull'uso alternativo del diritto, di cui Pietro Barcellona è stato il principale organizzatore, coadiuvato dai professori Abbadessa, Amirante, Mazziotti e Mirone¹⁶; la tesi fondamentale proposta dagli organizzatori era quella di un'applicazione dell'analisi marxista all'esperienza operativa del diritto. Al di là di talune posizioni esasperate «in un contesto in cui si affermava che "i tradizionali postulati della democrazia economica (il mercato della libera concorrenza) e della democrazia politica (il parlamento come luogo di formazione della volontà generale e di esercizio del potere legislativo) apparivano nettamente smentiti e trasformati, con la conseguenza che la realtà esperienziale dimostrava l'assoluta insufficienza delle tradizionali categorie concettuali del diritto eguale generale ed astratto», sembra assolutamente interessante e ancora attuale l'approccio per cui si afferma l'idea che l'interpretazione della legge diventa strumento di attuazione del dettato costituzionale

¹⁵ Cfr. sul conservatorismo della giurisprudenza di legittimità nel quindicennio successivo all'entrata in vigore della nostra Costituzione, Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma 2018.

Gli atti del convegno sono stati pubblicati in due volumi editi da Laterza: P. Barcellona, a cura di, *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari 1973. Una ricostruzione della vicenda culturale innescata da quel convegno è stata compiuta da M. Cossutta, *op. cit.*.

e del principio di eguaglianza sostanziale affermato dall'art. 3 della Costituzione (il «procedimento applicativo secondo una scelta, quella in favore delle classi subalterne, che si assumeva «già operata dalla costituzione repubblicana»¹⁷⁾ con il connesso superamento della «convinzione che la scienza giuridica sia una scienza autonoma, che non abbia nessun nesso con l'economia politica, con la sociologia, con tutte le altre scienze dell'uomo» e il superamento della «convinzione che il giurista sia puramente un tecnico che ha a che fare con operazioni logiche».

Si afferma l'idea che l'interpretazione e applicazione della legge è anche *politica del diritto* (viene contestato il mito dell'apoliticità della giurisdizione e del giudice¹⁸⁾, nonché l'essenziale funzione del diritto come *pratica sociale*¹⁹; «l'attività interpretativa, lungi dal presentarsi quale meccanica applicazione della disposizione, appare fortemente ipotecata da scelte valoriali, che nel passato hanno privilegiato la valorizzazione della realtà sociale così com'è, ma che ora possono collocare il giurista sensibile alle istanze di emancipazione dei ceti sociali marginali a fianco degli stessi in una attività di critica del modello sociale di sviluppo». In questa direzione Alfredo Carlo Moro evidenzia come "la ragione ideale della vita del nuovo Stato", è da ricercarsi nella tensione al pieno sviluppo della persona umana, così come è stata tratteggiata agli articoli 2 e 3 del dettato costituzionale.

Pulitanò, magistrato prima di diventare professore di diritto penale e allora componente di Magistratura democratica, ha evidenziato che «la prassi dei magistrati democratici, di fatto, si pone e vuole porsi come alternativa non già ai valori democratico-borghesi (il che rischierebbe di portarci oltre la legalità), ma *alle loro deformazioni autoritarie* nella giurisprudenza corrente (corsivo aggiunto). I valori per cui lottiamo, come funzionari di uno Stato borghese ma democratico, sono per lo più propri della democrazia borghese, di origine illuministica; ma a differenza dei borghesi conservatori pretendiamo di prenderli sul serio, fino alle loro estreme potenzialità democratiche. Nelle libertà fondamentali vediamo dei diritti universali, che, in quanto validi per tutti, devono poter essere anche di fatto goduti da tutti; che, in particolare, devono potere essere utilizzati dalle minoranze e dalle classi subalterne, come lecito strumento di lotta verso l'assetto di potere costituito». L'autore non vuole proporre un modello di ermeneutica soggettivista e antilegalitaria, ma precisa che l'uso alternativo

¹⁷ N. Lipari, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *pensareildiritto.it*, Convegno Nazionale 2017, 15.

¹⁸ N. Rossi, *Dalla "giurisprudenza alternativa" alle problematiche dell'oggi*, in *QuestG* 2023.

¹⁹ Il diritto è sapere pratico orientato verso il giusto, cfr. M. Vogliotti, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *www.sistemapenale.it* 5.3.2020, 60

in chiave progressista del diritto borghese fosse praticabile solo nei casi in cui gli spazi del testo normativo, e, quindi gli spazi lasciati aperti dal legislatore, consentissero interpretazioni innovative non incompatibili con i dati testuali²⁰, e, quindi, consentissero una reinterpretazione costituzionalmente orientata del codice Rocco e, in particolare, delle sue parti più autoritarie; per poi ribadire che «lo statuto della giurisprudenza nel sistema delle fonti non lo stabilisce la teoria dell'interpretazione, ma dipende da scelte (di politica del diritto) relative alla struttura dell'ordinamento»²¹.

Non si negava l'essenzialità del momento legislativo; lo stesso Ferrajoli, che assunse una delle posizioni più estreme, affermava che non si trattava di disapplicare la legge, ma di avere una «giurisprudenza tecnicamente più fondata e argomentata della giurisprudenza conformistica d'ispirazione autoritaria»²². Come evidenzia Bobbio si oppone al giurista come conservatore-trasmettitore di regole già date, l'immagine del giurista come creatore di regole trasformatrici²³; e in questa direzione anche la posizione di Satta, considerato uno degli ispiratori teorici delle posizioni meno formaliste, il quale riteneva che «il giudice nell'interpretazione non si inserisce come un momento del tutto passivo rispetto ad una norma esterna ed estranea ad esso, ma è la norma stessa che si rifà nel concreto, e nel concreto si fa quel che con termine antico ed eterno chiamiamo giustizia»²⁴. L'operazione denominata "uso alternativo del diritto", anche laddove perdeva la sua istanza rivoluzionaria, finiva per affermare la necessaria politicità dell'attività giuridica e il ruolo non meramente passivo e dichiarativo del giudice interprete²⁵ («la pretesa di apoliticità – si affermava - era solo la maschera della politica conservatrice, un modo della vecchia magistratura per far politica in maniera indisturbata. Ad essa veniva contrapposta una politicità dichiarata, intesa come fedeltà alla costituzione...»²⁶); d'altronde oggi si riconosce serenamente che l'interpretazione della legge è «un'attività che presenta un tasso di politicità lasciato all'interprete, e dunque al giudice, già secondo una corretta lettura della

²⁰ G. Fiandaca, *Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica*, in *Studi in onore di Domenico Pulitanò*, cit., 78 ricostruendo il pensiero di D. Pulitanò, in *Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura democratica per l'attuazione dei valori democratici*, in P. Barcellona, *L'uso alternativo del diritto*, II, cit., 61 ss.

²¹ D. Pulitanò, *Paradossi della legalità*, in *DPenCont* 2015, 5.

²² L. Ferrajoli, *Replica*, in *L'uso alternativo del diritto*, II, cit., 290.

²³ N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977, 47 s.

²⁴ S. Satta, *Il giudice e la legge*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, IV, Padova 1970, 12.

²⁵ N. Lipari, *op. cit.*, 17.

²⁶ N. Rossi, *op. cit.*, 3.

divisione dei poteri»²⁷.

Il discorso in materia penale assume una particolare delicatezza perché rispetto alla realistica presa d'atto del ruolo non meramente dichiarativo e formalista del giudice, chiamato anzi a farsi strumento di attuazione dei principi e delle libertà costituzionali – contro l'autoritarismo del codice Rocco –, nonché dell'uguaglianza sostanziale imposta dalla Costituzione – quell'interpretazione costituzionalmente conforme pretesa dalla stessa Corte Costituzionale (n. 443/1994)–, si deve conciliare l'esigenza di garanzia della libertà del cittadino sottesa alla riserva di legge in materia penale, che pretende che le scelte di incriminazione spettino al legislatore, quale espressione del popolo in base al contratto sociale; emerge, insomma, il timore che il riconoscimento della maggiore discrezionalità del giudice finisca per trasferire in capo al giudice scelte di politica criminale che dovrebbero spettare al legislatore.

3. L'affermarsi di un sempre maggiore potere "creativo" del giudice²⁸ è da legarsi a profonde trasformazioni istituzionali che hanno investito i caratteri della stessa compagine statale ed hanno determinato un aumento delle attività dello stato e dell'intervento dello Stato nell'economia al fine di perseguire lo Stato sociale di diritto; fenomeni da cui sono derivate anche maggiori aspettative sociali nei confronti dello Stato stesso. In quello che viene definito come il passaggio dallo stato di diritto allo stato sociale, il ruolo del giurista muta perché sempre di più, spetta a lui determinare i contenuti del diritto «alterandosi, in tal modo, i rapporti fra i poteri dello stato, fra la legislazione e la giurisdizione»²⁹.

In tale quadro è stato fondamentale il ruolo della magistratura nello

²⁷ M. Donini, *Fattispecie o case law?*, in *QuestG* 2018, n. 4, 82.

²⁸ Cfr. – anche in chiave critica – G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova 2002, 7; Id., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, I, 240 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 159 ss.; D. Micheletti, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontentibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia* 2016, 161 ss.; G. Insolera, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Discrimen* 4.2.2019, 285; Id., *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *RIDPP* 2016, 2001 s.; F. Giunta, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Criminalia* 2015, 383 ss.; A. Lanzi, *La tutela dei diritti del cittadino fra giustizialismo e garantismo; legalità e giustizia*, in *IP* 2017, 3, 988 ss.; N. Mazzacuva, *Il "diritto penale massimo": l'incremento dei reati e delle pene tra diritto penale legislativo e diritto penale giurisprudenziale*, *ivi*, 994 ss.; A. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale*, Napoli 2020, 470; cfr. A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli 2020, 219 che afferma che «l'attività della giurisprudenza, in quanto contribuisce alla formazione del diritto, è sempre creativa».

²⁹ Cfr. M. Cossutta, *op. cit.*, nota 14.

smantellamento del volto autoritario del codice Rocco, nelle sue più esasperate espressioni dello Stato fascista, e l'affermarsi del volto costituzionalmente orientato del diritto penale.

«Si trattava di liberare il sistema da incrostazioni autoritarie, di 'umanizzare' le risposte al reato, di promuovere interpretazioni conformi alle esigenze emergenti, di adeguare la normazione a nuove ideologie sociali bilanciando tra loro 'funzionalismo' e rispetto dei diritti fondamentali»³⁰.

Sotto gli *input* provenienti dalla magistratura³¹, la Corte costituzionale ha eliminato innanzitutto le fattispecie penali che comportavano una criminalizzazione di condotte espressione dell'esercizio di libertà costituzionalmente riconosciute. Basti ricordare la sentenza n. 29/1960 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 502 Cp che incriminava lo "sciopero per fini contrattuali" - la manifestazione per eccellenza del diritto di sciopero riconosciuto dall'art. 40 Cost. - o la sentenza n. 119/1970 che incriminava l'aggravante del danneggiamento laddove il fatto fosse commesso da «lavoratori in occasione di uno sciopero»; o le sentenze che hanno dichiarato l'incostituzionalità di pure e semplici manifestazioni del pensiero, non offensive di alcun bene costituzionale, come la fattispecie prevista dall'art. 272 Cp che puniva «la propaganda... fatta per distruggere o deprimere il sentimento nazionale» (n. 87/1966) o l'art. 553 Cp che puniva il pubblico incitamento a pratiche contro la procreazione o la propaganda a favore di esse (n. 49/1971)³².

Non solo, ma l'importante ruolo della Corte Costituzionale, sempre sotto l'input dei giudici, nel ricondurre l'ordinamento penale a un quadro costituzionalmente orientato, in linea con le profonde trasformazioni sociali in atto, si realizza anche laddove la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di norme in contrasto con principi costituzionali, a partire dal principio di *uguaglianza*; in tal guisa la Corte (n. 126/1968 e n. 147/1969) ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina penale dell'adulterio della moglie (represso di per sé, art. 559, c. 1, Cp) e del concubinato del marito (punito solo se teneva «una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove», art. 560 Cp), che accordava una tutela diseguale al dovere di fedeltà dei coniugi in contrasto all'art. 29 Cost. che sancisce obblighi e diritti uguali per l'uomo e

³⁰ G. De Francesco, *L'uguaglianza attraverso la legge, alla luce dei rapporti tra poteri*, in www.legislazionepenale.eu, 4.7.2024.

³¹ Cfr. F. Palazzo, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in www.legislazionepenale.eu, 18.3.2020, 3, che definisce i giudici comuni «"i portieri" per l'accesso al giudizio di costituzionalità».

³² Cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di Diritto Penale*, Milano 2001, 490 s.

per la donna, con il solo limite dell'unità della famiglia («il trattamento più severo per l'infedeltà della moglie, più indulgente per l'infedeltà del marito...può addirittura essere causa di disgregazione della famiglia», n. 147/1969). Sempre il principio di uguaglianza è il fondamento della dichiarazione di incostituzionalità (n. 508/2000) dell'art. 402 Cp che puniva il vilipendio della sola religione cattolica, evocata dalla formula “religione dello Stato”.

La Corte Costituzionale afferma la sua opera di smantellamento degli aspetti autoritari del codice Rocco anche con le prime importanti sentenze sul principio di legalità in materia penale, n. 177/80 (in materia di misure di prevenzione che si accompagna anche a precedenti sentenze volte ad affermare la legalità e la giurisdizione in questo settore, che ha visto, da ultimo, importanti sentenze in materia sempre di affermazione del principio di precisione/tassatività, nn. 24 e 25 del 2019), con la decisione n. 50/80 sulle pene fisse (di rigetto, ma con l'indicazione di principi che hanno trovato applicazione in epoca recente: n. 222/18); n. 26/79 (la prima sentenza sul principio di proporzionalità in materia di pene) e n. 131/79 (incostituzionalità della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva). Nel 1981 la famosa sentenza n. 96 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 603 Cp (delitto di plagio), affermando – riprendendo il pensiero di Feuerbach - il principio di determinatezza in materia penale, in base al quale nell'onere di «descrizione intelligibile della fattispecie astratta deve logicamente ritenersi implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà», fatti empiricamente verificabili e che possono essere provati in giudizio, garantendo anche il diritto di difesa del cittadino. Tale decisione conferma che «il rapporto con il mondo dei fatti è costitutivo del diritto come ordinamento di fatti del mondo, e sta a fondamento del principio di legalità penale»³³.

Intanto accanto all'opera meritoria della Corte Costituzionale di allineamento del codice Rocco con i principi e le libertà costituzionali, intervengono negli anni '70 le prime riforme d'ampia portata come la novella di parte generale del 1974 – che ha anche accentuato la discrezionalità del giudice, scaricando su di lui il compito di rimediare agli eccessi sanzionatori del codice Rocco – e l'introduzione dell'ordinamento penitenziario del 1975, che pure ha accentuato la discrezionalità giudiziaria per perseguire l'individualizzazione della pena in chiave rieducativa ex art. 27, c. 3 Cost. nella fase esecutiva.

³³ D. Pulitanò, *Il giudice e la legge penale*, in *QuestG* 9/7/2019.

L'impegno della Corte Costituzionale si è esplicito anche nell'affermazione in materia penale del principio di offensività quale limite al potere punitivo, da una parte, e criterio ermeneutico che indirizza il giudice a un'interpretazione teleologicamente orientata alla tutela dei beni giuridici, innanzitutto costituzionalmente riconosciuti, ma non solo, dall'altra parte; tale profilo sarà esaminato nel paragrafo successivo.

Da ultimo, poi, la Corte Costituzionale è intervenuta con le proprie sentenze di declaratoria di incostituzionalità differita su temi eticamente sensibili, sentenze monito/additive per sopperire all'inerzia del legislatore nell'attuazione della Costituzione in tema di diritti fondamentali, fornendo le prescrizioni necessarie per porre fine ad un persistente vuoto di tutela, pur sollecitando innanzitutto il Parlamento a svolgere il suo ruolo nel rispetto dei principi enucleati dalla Corte (basti pensare all'ordinanza n. 207/2018 sul caso Cappato/Antoniani e alla sentenza n. 242 del 2019 in tema di aiuto al suicidio, all'ordinanza n. 132/2020 in rapporto al trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa, e all'ordinanza n. 97/2021 sulla concessione della liberazione condizionale all'ergastolano ostativo non collaborante³⁴)³⁵. Si tratta di ipotesi in cui la Corte Costituzionale assume un ruolo supplente rispetto a un legislatore incapace di decidere attraverso ordinanze di incostituzionalità differita, che valgono sentenza³⁶ e che esprimono precise scelte politiche, seppure nel rispetto della Costituzione, ponendo non pochi problemi in termini di riserva di legge, tassatività e successione di legge³⁷.

Recentemente, ancora, la Corte Costituzionale ha ulteriormente valorizzato la discrezionalità giudiziaria nell'opera di individualizzazione e commisurazione della pena, ricordando che «La giurisprudenza costituzionale ha più volte affermato che una

³⁴ L. Riscato, *La "leale dialettica collaborazione" tra Corte Costituzionale e Parlamento: un romanzo distopico*, in *Studi in onore di Domenico Pulitanò*, cit., 103 ss.; F. Palazzo, *L'illegittimità costituzionale della legge penale*, cit., 13.

³⁵ G. Silvestri, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in *www.sistemapenale.it* 17.5.2024, 5 ss.: «viene in rilievo un intreccio molto stretto tra interpretazione e discrezionalità, che si incontrano, si sorreggono a vicenda, ma non si identificano. La Corte interpreta la Costituzione, ne deduce una norma di tutela e, nello stesso tempo, prende atto della sua inattuazione. Di conseguenza, nell'intento di colmare provvisoriamente il vuoto, in attesa dell'intervento legislativo, detta alcune regole, che pur essendo costituzionalmente necessarie, non sono tuttavia vincolanti per il Parlamento. All'interpretazione, pertanto, la Corte fa seguire la discrezionalità nell'individuare mezzi adeguati a realizzare nel concreto e nell'immediato la tutela mancante, riconoscendo tuttavia l'opportunità di una disciplina giuridica completa e sistematica ottenibile solo con lo strumento tecnico della legge».

³⁶ D. Pulitanò, *L'aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in F. S. Marini-Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli 2019, 277.

³⁷ Cfr. L. Riscato, *op. cit.*, 104 s.

pena fissa è per ciò solo indiziata di illegittimità costituzionale (sentenze n. 222 del 2018, n. 50 del 1980, n. 104 del 1968 e n. 67 del 1963, nonché, in ambito di sanzioni amministrative accessorie, le sentenze n. 246 del 2022 e n. 88 del 2019). Ciò a maggior ragione non può non valere quando il giudice è tenuto a infliggere l'ergastolo quale pena "fissa" e "indefettibile"³⁸; per poi osservare che il «divieto di ricerca dell'equilibrio nel caso concreto da parte del giudice è stato ritenuto dalla Corte costituzionale in contrasto con i principi di eguaglianza (art. 3) e di rieducazione (art. 27), tutte le volte in cui determina come conseguenze l'eguale trattamento di situazioni diverse e la palese sproporzione della pena rispetto al fatto specifico oggetto del giudizio» (n. 94 del 2023); «tutti gli automatismi legislativi impediscono allo stesso giudice la ricerca di soluzioni interpretative ed applicative adeguate ai principi costituzionali, mostrando così l'implicazione di questa problematica con quella dell'interpretazione conforme».

Intanto la stessa Corte Costituzionale riconosce il ruolo della giurisprudenza e del diritto vivente. Già nella sentenza n. 3/1956 la Corte afferma espressamente che «non può non tenere in debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci»³⁹. Incomincia a valutare la tassatività di una norma alla luce del diritto vivente – anche con un eccessivo self restraint nel ruolo di garante della Costituzione – con la sentenza n. 267/1974, in cui lo definisce come il «sistema giurisprudenziale formatosi nel difetto di espresse disposizioni del diritto vigente». Più recentemente dichiara espressamente

³⁸ «In particolare, nella sentenza n. 185 del 2021 – nel ribadire che la fissità del trattamento sanzionatorio impedisce di tener conto della diversa gravità concreta dei singoli illeciti – si è sottolineato che «questa Corte ha posto da tempo in luce come la "mobilità" (sentenza n. 67 del 1963), o "individualizzazione" (sentenza n. 104 del 1968), della pena – tramite l'attribuzione al giudice di un margine di discrezionalità nella sua commisurazione all'interno di una forbice edittale, così da poterla adeguare alle particolarità della fattispecie concreta – costituisca "naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale" (sentenza n. 50 del 1980), al lume dei quali "l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità" (così, ancora, la sentenza n. 104 del 1968)». Ciò implica che, in via di principio, previsioni sanzionatorie rigide non sono in linea con il «volto costituzionale» del sistema penale, potendo esse essere giustificate solo «a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente "proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato» (sentenze n. 222 del 2018 e n. 50 del 1980)».

³⁹ C. cost. 29.12.1972, n. 198, definisce "diritto vivente" la «norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici» e come «vive nella realtà concreta sulla base della communis opinio della giurisprudenza in ordine al suo significato»; cfr. D. Perrone, *op. cit.*, 74.

che «La funzione nomofilattica svolta dalla Corte di Cassazione trova chiaro riconoscimento nel rilievo attribuito dalla Corte Costituzionale agli approdi del "diritto vivente", espressione con cui si definisce il «costante indirizzo interpretativo della Corte di Cassazione» (n. 212/2020)⁴⁰.

Questo fondamentale ruolo della Corte Costituzionale nell'attribuire un volto costituzionalmente orientato al diritto penale, eliminando sentenza dopo sentenza i profili più autoritari del codice Rocco, è stato accompagnato anche dalla responsabilizzazione del giudice di merito, obbligato, come ripetutamente ribadito dalla Corte costituzionale, ad effettuare un'interpretazione costituzionalmente orientata delle leggi penali, al punto che la dottrina ritiene che «uno degli effetti del costituzionalismo contemporaneo è stato proprio quello di spostare, almeno in parte, la funzione di garanzia dal legislatore al giudice»⁴¹. In tal guisa non solo il principio di legalità costituzionale ⁴² influisce in senso conformativo sulla discrezionalità legislativa, ma, a partire dagli anni Sessanta, la "scoperta della Costituzione" e l'esperienza del giudizio di costituzionalità comporta in Italia anche «il riavvicinamento della scienza giuridica alla ragion pratica»; non solo la Corte costituzionale ma anche i giudici comuni sono chiamati tramite la pratica dell'interpretazione conforme, a fare costantemente ricorso a giudizi di valore (che il positivismo avalutativo della prima metà del '900 aveva ostracizzato), diventando protagonisti di una «pratica sociale orientata verso la giustizia, che è il fine proprio del

⁴⁰ Cfr. R. Orlandi, op. cit., 393. Cfr. C. cost. n. 327/2008, n. 5/2004, n. 172/2014.

⁴¹ G. Zaccaria, *Una "nuova" legalità penale tra testo e interpretazione*, in *www.sistemapenale.it* 5.12.2022, n. 12; M. Vogliotti, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione*, cit., 3, 45, il quale precisa «Se, coerentemente con il metodo descrittivo e veritativo delle scienze teoretiche, la vecchia legalità (legislativa) era misura della corrispondenza dell'atto (sentenza o provvedimento amministrativo) alla "cosa" legge (che, nell'ambito di una visione monistica del diritto, esaurisce l'intera dimensione del giuridico), la nuova legalità (costituzionale) è misura della conformità dell'atto al diritto (nella sua duplice dimensione di auctoritas e ratio, di regola legislativa e di principi costituzionali), nel significato che gli è dato dalla diffusa e incessante pratica interpretativa della giurisdizione e dell'amministrazione»; Id., *Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea*, in *SP*, 30.1.2024, 9: «Ne consegue che, diversamente dalle scienze teoretiche – veritative, descrittive e oggettivanti – il sapere giuridico è un sapere (parzialmente) produttivo del proprio oggetto. Il significato dell'enunciato normativo, infatti, non è propriamente un dato che richieda semplicemente di essere scoperto, ma un risultato che l'interprete deve conseguire in vista di un fine, un progetto che, nei casi difficili, deve essere prudentemente concepito alla luce della precomprensione dell'interprete, delle relazioni del testo con l'ambiente giuridico (testuale) che lo circonda (il co-testo), delle peculiarità del contesto (empirico e culturale, sempre più spesso eterogeneo e conflittuale in una società caratterizzata dalla pluralità delle forme di vita) e del fine di giustizia indicato dalle Carte dei diritti (il cui significato dipende, a sua volta, dalle differenti categorie culturali di senso e di valore che si danno in un determinato momento storico)».

⁴² R. Bartoli, *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *www.sistemapenale.it*, 5.3.2020, f. 3, 150; G. Zaccaria, op. cit., 21 s.

sapere giuridico in quanto sapere pratico»⁴³. E, allora, in uno Stato di diritto, laico e pluralista, nel rapporto tra imperium (volontà) e ratio (valutazione) dovrebbe prevalere la seconda nell'esercizio della discrezionalità del giudice nell'interpretare la legge in conformità ai principi costituzionali, e in questa logica «si deve propendere, di conseguenza, per la valorizzazione del metodo dialogico nella precisazione delle norme concretizzanti, evitando il più possibile il predominio del puro comando» (e in questa direzione si atteggiano le più recenti regole della nomofilachia quotidianamente svolta dalla Corte di cassazione, che saranno esaminate nel prosieguo).

Ricordiamo, del resto, che nell'esercizio della discrezionalità, il giudice sarà ispirato anche da esigenze di equità, «la discrezionalità penale è [...] una forma di 'equità', ovvero un giudizio del caso concreto»⁴⁴; l'equità, sia chiaro, «non deve essere contrapposta a legalità, anzi che ne è il necessario completamento perché la *ratio* della norma legislativa da razionalmente eguagliatrice non diventi irragionevolmente livellatrice»⁴⁵. L'equità, infatti, «trova il suo impulso e il suo limite nei principi costituzionali trasfusi nelle pronunce giurisdizionali», «l'azione convergente e sinergica dell'interpretazione e della discrezionalità imprime dinamismo alla disciplina giuridica scritta, contrastando il sempre presente pericolo dell'anacronismo»⁴⁶.

Un altro importante elemento di cui occorrerebbe tenere conto in tale discorso sul ruolo della giurisdizione è, infine, la crisi nell'attuale sistema maggioritario della visione idealistica della riserva di legge, quale strumento di tutela delle minoranze⁴⁷. Molto spesso i prodotti normativi giungono al parlamento preconfezionati e sostanzialmente imm modificabili, redatti prevalentemente dall'esecutivo, per essere oggetto di una discussione superficiale e distratta (a meno che non vi sia una forte attrazione mediatica) e non di rado sono approvati con voto di fiducia; «norme che

⁴³ M. Vogliotti, *Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea*, in www.sistemapenale.it 30.1.2024, 7.

⁴⁴ F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, 1965, rist. Roma TrE-Press, Roma 2024, 102.

⁴⁵ G. Silvestri, *op. cit.*, 15

⁴⁶ G. Silvestri, *op. cit.*, 16. In tal guisa si arriva a contestare che i rigoristi, sempre pronti a lamentare l'allontanamento dell'attività giudiziaria dall'applicazione meccanica delle disposizioni scritte, dovrebbero finalmente ammettere che «una certa creatività è ascrivibile anche all'intento non certo riprovevole dei giudici di dare una risposta alle domande che nascono da casi della vita trascurati o infelicemente trattati da un improvvido legislatore», S. Bartole, *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Diritto Pubblico*, 2018, I, 14.

⁴⁷ Cfr. D. Pulitanò, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale*, cit., 121; A.M. Dell'Osso, *Riserva di legge e principio democratico: una questione di metodo*, in *DPenCont*, 2018, 65 ss.

possono incidere pesantemente su un bene di rilievo fondamentale come la libertà personale possano passare con il voto favorevole di un pugno di parlamentari, quel giorno per avventura presenti a Roma e non assorbiti da altri impegni»⁴⁸. Si denuncia «uno spostamento marcato del bilanciamento tra i poteri a tutto vantaggio dell'esecutivo, la perpetuazione di un profluvio normativo che rende pressoché ingovernabile, perché non riconducibile a sistema, il diritto penale vigente, l'imposizione per il tramite delle norme penali (siano esse norme incriminatrici o norme di permesso) di valori "di parte" propri solo di un gruppo socio-politico che detiene momentaneamente le leve del potere, con la potenziale conseguenza di una scarsa stabilità delle disposizioni vigenti, esposte periodicamente, in occasione di ogni cambio di rotta elettorale, ad essere interpolate o abrogate con evidente sacrificio della capacità di orientamento dei comportamenti dei consociati»⁴⁹. In questo triste scenario si propone di introdurre una riserva di legge rafforzata per garantire democraticamente la rappresentatività delle minoranze e una più corretta ponderazione degli interessi delle norme penali⁵⁰, o insieme alla riserva rafforzata anche la riserva di codice in materia penale⁵¹. In realtà recentemente un legislatore non populista ha deciso di normativizzare il c.d. "principio della riserva di codice" all'art. 3-bis Cp (introdotto dall'art. 1 d.lgs. 21/2018)⁵², anche se solo con una legge ordinaria nell'ambito di un decreto legislativo che ha realizzato il progetto di tendenziale riserva di codice consistente nel riordino della materia penale, «ferme restando le scelte

⁴⁸ Così G. Fornasari, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it 28.5.2018, 2; in materia cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna 2019, 51, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova 2020, 44, F. Palazzo, *Corso di diritto penale, Parte generale*⁶, Torino, 2016, 118 ss.

⁴⁹ G. Fornasari, *op. cit.*, 7.

⁵⁰ G. Fornasari, *op. cit.*, 3 ss. il quale cita l'esempio dell'ordinamento spagnolo dove la Costituzione del 1978 prevede all'art. 81 la disciplina, le caratteristiche e le modalità applicative delle leggi organiche (*leyes organicas*), ovvero le leggi relative allo sviluppo dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche: la loro approvazione, modificazione o deroga esige la maggioranza assoluta del Congresso, in una votazione finale sull'insieme del progetto; per proposte simili T. Vormbaum, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze. In memoriam Knut Amelung*, in *JZ*, 2018, 53 ss.; E. Musco, *L'illusione penalistica*, Milano 2004, 183 ss.; G. Losappio, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *IP*, 2007, 61 ss.; C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012, 321 ss. 11; M. Mantovani, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna 2014, 146.

⁵¹ L. Ferrajoli, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma 2002, 18 ss.; J. Terradillos Basoco, *Código penal-leyes penales especiales. Diez cuestiones sobre una tensión no resuelta*, in *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid 2002, 513.

⁵² M. Donini, *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *DPP*, 2018, 433 ss..

incriminatrici già operate dal legislatore», in modo da assicurare centralità al codice secondo la gerarchia di interessi che la Costituzione delinea, «al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena»⁵³. L'introduzione di tale norma è stata considerata necessaria per dare attuazione alla delega e opportuna «perché segnerebbe l'avvio di un processo virtuoso che vuole porre un freno alla dannosa proliferazione della legislazione penale e rendere il codice centro del sistema penale, ponendo in tal modo le basi per una futura riduzione dell'area penale» (relazione finale)⁵⁴. L'introduzione della riserva di codice, utopistica e non seguita dal preteso self restraint del legislatore penale (basti pensare all'ultimo provvedimento sulla criminalizzazione dei rave party⁵⁵), è stata una boccata di ossigeno rispetto al prevalere di approcci sempre più populistici del

⁵³ Il compito principale della Commissione Marasca è stato, infatti, la ricognizione della rilevante legislazione penale speciale per valutare quali siano i settori di essa meritevoli di trovare sistemazione nel codice penale per la rilevanza costituzionale dei beni e degli interessi tutelati, lasciando nella legislazione speciale quelle fattispecie che presentino una stretta connessione con la disciplina amministrativa di riferimento. Sia consentito solo un accenno alla circostanza che i lavori della Commissione sono stati caratterizzati da vivaci discussioni, in quanto molti membri della stessa manifestavano forti perplessità «al fatto di intervenire su un codice penale che nato in un clima culturale e politico assai diverso, andrebbe radicalmente modificato e non periodicamente rabberciato» (relazione finale, 4). Un progetto di attuazione della riserva di codice, finalizzato a garantire la conoscibilità delle norme penali, ha senso solo se si mette mano alla revisione delle fattispecie incriminatrici della parte speciale del codice penale e della legislazione complementare; la Commissione, in ogni caso, ha proposto abrogazioni e, esorbitando il mandato, la modifica di talune fattispecie per renderle, alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali e dottrinarie, meglio comprensibili. Sono state manifestate forti perplessità «già su un piano teorico, nei confronti della capacità razionalizzante della riserva di codice, strumento che reputano inadeguato ad interpretare nell'attuale momento storico le istanze di criminalizzazione, soprattutto – ma non soltanto – alla luce della forte interdipendenza tra diritto penale e normativa di contesto» e, in particolare, si contestava anche il modo in cui la riserva di codice è stata intesa nella legge delega «vale a dire come un'operazione di mero trasferimento di disposizioni incriminatrici, così come sono, da un luogo all'altro del sistema penale, quasi che i gravi problemi di irrazionalità e inintelligibilità che affliggono tale sistema (e lo stesso codice) dipendano da questioni 'topografiche e non, come invece è, dal ricorso eccessivo e non sempre adeguatamente meditato alla sanzione penale, dalla natura estemporanea e simbolica di certe scelte di politica criminale, dalle approssimazioni tecniche che condizionano la redazione delle norme, dalla mancanza di una visione organica e di un qualsiasi progetto complessivo di dosimetria sanzionatoria» (relazione della I sottocommissione). Nella stessa relazione della Commissione si mette in evidenza che l'effetto del riordino sarà anche l'ulteriore creazione di disarmonie e contraddizioni, a partire dalla proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

⁵⁴ In realtà, la scelta di inserire una norma che introducesse espressamente il c.d. "principio di riserva di codice" è stata fortemente contrastata nell'ambito della stessa Commissione Marasca, e voluta solo dal Presidente e da una minoranza dei componenti.

⁵⁵ Art. 434-bis Cp introdotto dall'art. 5 del decreto legge 31.10.2022, n. 162, reca nel titolo «Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali». Il 30.12.2022, il decreto-legge è stato convertito in legge (L. 199/2022) introducendo nel Codice penale un nuovo articolo, il 633 bis, rubricato "Invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica e l'incolumità pubblica".

legislatore alla materia penale, pur nella consapevolezza, come osservato nell'ambito dei lavori della stessa Commissione Marasca, che un progetto di attuazione della riserva di codice ha senso solo se si mette mano alla revisione delle fattispecie incriminatrici della parte speciale del codice penale e della legislazione complementare. Purtroppo i plurimi tentativi di riforma organica del codice penale sono sempre abortiti al cambio di legislatura.

Emerge, allora, come una nozione non formale di legalità e maggiori spazi di discrezionalità del giudice non solo sono conformi al dettato costituzionale e funzionali alla stessa attuazione della Costituzione, ma anche, innanzitutto, al principio della separazione dei poteri: «In definitiva, la riduzione della riserva di legge e dello stesso principio di legalità alla pedissequa applicazione di disposizioni legislative – ritenute, con finzione ideologica, esaustive e adattabili ai casi concreti soltanto con un'opera di disvelamento dei loro significati impliciti – si pone in contrasto con il principio della separazione dei poteri, in quanto altera la necessaria successione dei tre momenti della normazione, dell'attuazione e del controllo. Ogni fase di sviluppo di un ciclo funzionale deve avere un grado, più o meno elevato, di autonomia. Si aboliscono o si comprimono al massimo i margini di discrezionalità solo se si vuole che prevalga la dittatura della maggioranza parlamentare posta alla sommità di una scala gerarchica di poteri, reintroducendo nei fatti quel verticismo che il costituzionalismo contemporaneo – con la sua scelta per il criterio orizzontale-collegiale – ha voluto bandire sia sul piano teorico che su quello istituzionale»⁵⁶.

4. L'estensione della discrezionalità del giudice penale in base ad una concezione non legalistica e formalistica, o descrittiva e veritativa, ma piuttosto teleologica e progettuale⁵⁷, volta all'affermazione del volto costituzionale del diritto penale avviene anche grazie al fondamentale ruolo svolto dalla dottrina, avallata poi dalla giurisprudenza, nel recuperare a partire dagli anni '60 la teoria del bene giuridico⁵⁸ e il

⁵⁶ G. Silvestri, *op. cit.*, 18 che continua precisando: «Un'autentica democrazia pluralista si può realizzare solo componendo in una unità complessa e dinamica l'indirizzo politico di maggioranza, la discrezionalità esercitata in modo capillare dall'amministrazione e dai giudici e l'indipendenza di chi deve controllare l'adeguatezza degli atti attuativi agli schemi normativi»; cfr. F. Palazzo, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *RIDPP*, 2020, 1253 che afferma che «l'orientamento legalistico è alla fine assai meno democratico di quello che apre alle fonti non legali del diritto»; cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998.

⁵⁷ Espressione di R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale*, in www.sistemapenale.it 28.06.2022, 60

⁵⁸ La concezione di bene giuridico costituzionalmente orientata (anche beni di rilevanza cost. implicita) si presenta nella versione forte, fondata sull'art. 13, c. 2 Cost. e sull'art. 27, c. 3, per cui il legislatore potrebbe configurare come reati solo fatti offensivi di beni costituzionalmente rilevanti (mai accolta dalla C. cost., che con

connesso *principio di offensività*⁵⁹, quale, innanzitutto, fondamentale criterio di conformazione legislativa (offensività in astratto) - «limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario» (Corte Cost. n. 360/1995) e quindi limite al potere legislativo nell'individuare i beni meritevoli di tutela (principio di origine illuministica proprio nella sua funzione critica di limite al potere punitivo⁶⁰) e la tecnica di criminalizzazione⁶¹ -, nonché quale criterio giudiziario-interpretativo⁶² per

la sent. 71/78 afferma che la Costituzione "in nessun modo" ha vincolato «il legislatore al perseguimento di specifici interessi»), e nella versione debole: dalla Cost. emergono solo le *direttive* che devono guidare le scelte politico criminali del legislatore; la rilevanza costituzionale è indice di meritevolezza di tutela penale, occorre, però, una verifica alla luce del principio di necessità (*extrema ratio-sussidiarietà*), nell'ambito del più ampio *principio di proporzione* - tra il sacrificio per la libertà e gli altri diritti lesi dalla pena e lo spessore del bene fatto oggetto di tutela penale. In tal guisa le scelte di criminalizzazione dovrebbero essere subordinate a un giudizio in più fasi: rilevanza del bene in considerazione del sacrificio che la pena comporta; il comportamento aggredisce in maniera tale da giustificare l'intervento penale (meritevolezza); idoneità dell'intervento penale allo scopo (principio di effettività); non siano possibili altre forme di intervento (necessità); proporzione della pena al disvalore del fatto (proporzione in senso stretto. Cfr. F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in NDI, XIX, Torino 1973, 17 ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974, 116 ss.

⁵⁹ In materia tra gli altri C. Fiore, *Il principio di offensività*, in IP 1994, 278 ss.; F. Angioni, *Il principio di offensività*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996, ; R. Bartoli, *Offensività e ragionevolezza sul sindacato di costituzionalità delle scelte di incriminazione*, in RIDPP 2018, 1540; V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005; M. Naddeo, *Principio di offensività e chiavi di lettura*, Torino 2022.

⁶⁰ F. v. Liszt, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in ZStW 1888, 138 ss..

⁶¹ Cfr. C. cost. 10.5.2023, n. 139: « come precetto rivolto al legislatore, diretto a limitare la repressione penale a fatti che, nella loro configurazione astratta, esprimano un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di protezione (offensività "in astratto"); dall'altro, come criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, il quale, nella verifica della riconducibilità della singola fattispecie concreta al paradigma punitivo astratto, dovrà evitare che ricadano in quest'ultimo comportamenti privi di qualsiasi attitudine lesiva (offensività "in concreto") (sentenze n. 211 del 2022, n. 278 e n. 141 del 2019, n. 109 del 2016, n. 265 del 2005, n. 263 del 2000 e n. 360 del 1995). Quanto al primo versante, il principio di offensività in astratto non implica che l'unico modello, costituzionalmente legittimo, sia quello del reato di danno. Rientra, infatti, nella discrezionalità del legislatore optare per forme di tutela anticipata, le quali colpiscono l'aggressione ai valori protetti nello stadio della semplice esposizione a pericolo, nonché, correlativamente, individuare la soglia di pericolosità alla quale riconnettere la risposta punitiva (sentenze n. 211 del 2022, n. 141 del 2019, n. 109 del 2016 e n. 225 del 2008): prospettiva nella quale non è precluso, in linea di principio, il ricorso al modello del reato di pericolo presunto (sentenze n. 211 del 2022, n. 278 e n. 141 del 2019, n. 109 del 2016, n. 247 del 1997, n. 360 del 1995, n. 133 del 1992 e n. 333 del 1991). Compete, nondimeno, a questa Corte verificare – tramite lo strumento del sindacato di costituzionalità – se le soluzioni adottate siano rispettose del principio di offensività "in astratto", acclarando se la fattispecie delineata dal legislatore esprima un reale contenuto offensivo: esigenza che, nell'ipotesi del reato di pericolo – e, segnatamente, di pericolo presunto – presuppone «che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'*id quod plerumque accidit*» (sentenze n. 211 del 2022, n. 141 del 2019, n. 109 del 2016 e n. 225 del 2008; nello stesso senso, sentenza n. 278 del 2019)».

⁶² C. cost. n. 519/2000 «il principio di offensività opera sia sul terreno della previsione normativa, sia su quello dell'applicazione giudiziale»; C. cost. n. 360/95, «limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario» «cui fa riscontro il compito del giudice di accertare in concreto se il comportamento posto in essere lede effettivamente l'interesse tutelato dalla norma»; n. 263/2000 «un ininterrotto operare del principio di

cui «è precipuo dovere del giudice di merito ...apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta, se la condotta dell'agente sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta e conseguentemente si collochi fuori dall'area del penalmente rilevante» (n. 333/1991) (offensività in concreto).

In base al principio di offensività la Suprema Corte, ad esempio, pretende che la falsa testimonianza non cada su circostanze ininfluenti sul processo decisionale del giudice⁶³; o ritiene che non rientri nella fattispecie rilevante la frode processuale priva di idoneità ingannatoria⁶⁴ o, in relazione alla calunnia, l'ipotesi in cui sia impossibile l'inizio di un procedimento penale per manifesta infondatezza dell'addebito⁶⁵ o perché una sentenza definitiva di condanna è stata emessa in un precedente giudizio per gli stessi fatti oggetto della falsa incolpazione⁶⁶; o ritiene che non sussiste evasione nell'ipotesi in cui il soggetto si sia allontanato dalla sede degli arresti domiciliari per recarsi dai carabinieri chiedendo di essere tradotto in carcere, a causa di una situazione di convivenza con i familiari per lui insostenibile⁶⁷; o non riconduce tra i falsi materiali in documenti le falsità così grossolane da rendere impossibile l'induzione in errore anche della persona più sprovveduta⁶⁸; in relazione alla coltivazione di sostanze stupefacenti (art. 73 c. 1 T.U. stupefacenti) le Sezioni Unite hanno affermato che l'offensività non ricorre se la sostanza ricavabile dalla coltivazione non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile⁶⁹.

Il principio di offensività, che pure apre gli spazi della discrezionalità giudiziaria, è stato utilizzato dalla Corte Costituzionale come strumento di controllo della legittimità costituzionale fondandolo sull'art. 25, c. 2, Cost. in una lettura sistematica cui fa da sfondo "l'insieme dei valori connessi alla dignità umana" (Corte Cost. n.

offensività dal momento dell'astratta predisposizione normativa a quello dell'applicazione concreta da parte del giudice»; 519/2000; n. 225/2008. Cfr. V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 52 ss. afferma che l'offensività diviene la proiezione contenutistica del principio di legalità, la cui istanza di garanzia, lungi dal ridursi a una dimensione meramente formale, «deve attingere alla stessa qualità contenutistica della politica criminale»; A. Massaro, *op. cit.*, 315 ss. - 329 ss., 331: «è l'offensività a riempire di contenuto gli elementi di fattispecie che mostrano più evidenti punti di attrito rispetto alle esigenze della determinatezza. L'offensività, altrimenti detto, diviene vettore di determinatezza».

⁶³ Cass. 6.7.2010, n. 29258; Cass., 17.4.2007, n. 34467.

⁶⁴ Cass. SU, 25.10.2007, n. 45583; Cass., 28.9.2017, n. 51681.

⁶⁵ Cass., 19.12.2017, n. 14761; Cass., 2.1.2014, n. 10282.

⁶⁶ Cass., 5.10.2021, n. 40274.

⁶⁷ Cass., 5.2.2013, n. 25583; Cass., 6.10.2015, n. 44595.

⁶⁸ Cass. 11.2.2019, n. 27310; Cass. 24.2.2015, n. 18015.

⁶⁹ Cass., S.U., 24.4.2008, n. 28605; 22.2.2017, n. 36037.

263/2000)⁷⁰, consentendo, innanzitutto, la riduzione dell'area del penalmente rilevante con interpretazioni costituzionalmente orientate di fattispecie del codice Rocco di dubbia costituzionalità volte ad un'eccessiva anticipazione della tutela penale, come le fattispecie di pericolo presunto (basti pensare alla fattispecie di apologia di reato, interpretata come un'istigazione a delinquere dalla sentenza n. 65/1970)⁷¹, o addirittura permettendo – seppure con self restraint e in ipotesi limite – di dichiarare l'incostituzionalità di fattispecie obsolete a tutela di beni in alcun modo compatibili con le direttive costituzionali, come l'art. 3 l. 1085/1929 sull'esposizione di bandiere estere senza preventiva autorizzazione dell'autorità politica locale (Corte Cost. n. 189/1987) o come la fattispecie contravvenzionale della mendicizia non invasiva dell'art. 670. c. 1, Cp (Corte Cost. n. 519/1995, che ritiene che la tranquillità pubblica, l'ordine pubblico, non è seriamente posta in pericolo) (articolo poi abrogato con l. 205/99). In questi e in altri casi la Corte utilizza il principio di offensività sotto le vesti del criterio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. – intesa come ragionevolezza intrinseca dell'incriminazione che rappresenta pur sempre una discriminazione rispetto alla regola rappresentata dalla libertà⁻⁷²; il principio di offensività diventa il parametro atto a verificare la costituzionalità di una fattispecie incriminatrice sotto il profilo del ricorso alla tutela penale e in tal guisa tale principio è una proiezione in materia penale del *principio di proporzionalità* che consente di valutare l'idoneità, la necessità e la proporzionalità della fattispecie rispetto all'obiettivo di tutela preso di mira.

In casi più recenti la Corte richiede al giudice in sede di applicazione della norma non solo l'individuazione della materialità della condotta e dell'interesse tutelato, ma, alla luce dell'art. 25 c. 2 Cost., «un incisivo controllo circa la sussistenza del requisito dell'offensività in concreto»⁷³. In questi casi, la dottrina contesta⁷⁴, la Consulta finisce per delegare al giudice comune il bilanciamento in concreto degli interessi contrapposti da cui far dipendere la rilevanza penale della condotta; ad esempio nella valutazione della legittimità costituzionale del favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata, la Corte esclude la violazione del

⁷⁰ Cfr. Sul fondamento costituzionale del principio di offensività G. Marinucci – E. Dolcini, *op. cit.*, 450.

⁷¹ C. Cost. 11.7.1991, n. 333; C. cost. 20.6.2008, n. 225.

⁷² Sulla giurisprudenza costituzionale che rinuncia al tertium comparationis cfr, F. Palazzo, *L'illegittimità costituzionale della legge penale*, cit., 12; C. Cost. n. 236/2016 con cui la Corte rinuncia espressamente al tertium comparationis; cfr. A.M. Maugeri, *Il principio di proporzionalità e la confisca*, in *Liber Amicorum, Adelmo Manna*, a cura di V. Plantamura-G. Salcuni, Pisa 2020, 430 ss.

⁷³ C. cost. 7.7.2005, n. 265; C. cost. 20.12.2019, n. 278; Cost. 7.6.2019, n. 141; 20.5.2016, n. 109; in tale direzione Cass., Sez. Un., 19.12.2019, n. 12348/2020, Caruso; Cass. S.U., 25.2.2016, n. 13681, Tushaj.

⁷⁴ A. Santangelo, *op. cit.*, 76.

principio di offensività, da una parte - considerando le fattispecie in esame come reati di pericolo presunto che offendono la dignità della persona⁷⁵, indisponibile e che non può essere oggetto di contrattazioni -, ma, dall'altra parte, fa salva, rispetto alla disciplina vigente, l'operatività del principio di offensività "in concreto", che impone al giudice di «escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva»⁷⁶. In questo caso, infatti, la Corte esclude che la norma incriminatrice del favoreggiamento della prostituzione sia in contrasto con i principi di determinatezza e tassatività perché l'eventuale esistenza di contrasti sulla rilevanza penale di determinate marginali ipotesi di favoreggiamento rientra nella fisiologia dell'interpretazione giurisprudenziale, e comunque spetta al giudice attraverso un giudizio di offensività in concreto escludere dalla tipicità eventuali ipotesi prive di disvalore. Questo caso, inoltre, rientra in quelle ipotesi in cui la Corte esclude il vizio

⁷⁵ Cost. 7.6.2019, n. 141, § 6.1: «In base all'art. 41, secondo comma, Cost. la libertà di iniziativa economica è tutelata a condizione che non comprometta altri valori che la Costituzione considera preminenti: essa non può, infatti, svolgersi "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla *dignità umana*". Nella specie, la compressione delle possibilità di sviluppo dell'attività di prostituzione che deriva dalle norme censurate è strumentale al perseguimento di obiettivi che involgono i valori ora indicati. Tali obiettivi si identificano segnatamente, anche alla luce delle ricordate indicazioni dei lavori preparatori della legge n. 75 del 1958, nella tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili e della *dignità umana*. Riguardo, poi, alla concorrente finalità di tutela della dignità umana, è incontestabile che, nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., il concetto di "dignità" vada inteso in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della "dignità soggettiva", quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore. È, dunque, il legislatore che - facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico - ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente». Conforme Cass. 17.11.2017 (30.3.2018), n. 14593 e 19.7.2017 (7.2.2018), n. 5768.

⁷⁶ Cost. 7.6.2019, n. 141, § 7.3: "In rapporto alla disciplina vigente, resta d'altra parte ferma, in ogni caso, l'operatività del principio di offensività nella sua proiezione concreta e, dunque, il potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva". Argomenti simili sono stati ripresi dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 278/2019 anche in questo caso la Corte Costituzionale affida all'eccessiva discrezionalità del giudice la decisione sull'offensività in concreto escludendola laddove la prostituzione sia volontaria da parte di soggetti non in stato di vulnerabilità, determinando non poche incertezze. *Contra* A. Cadoppi, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *DPenCont* 2018, n. 2, ritiene incostituzionali le norme in questione in quanto inoffensive, considerando come bene giuridico tutelato la libertà di autodeterminazione sessuale della prostituta nell'ambito della sua scelta di fornire sesso a pagamento, nonché ritiene violato il principio di legalità, per la insanabile indeterminatezza delle stesse; e di conseguenza al principio di uguaglianza, e al principio di proporzionalità della pena. Cfr. F. Parisi, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin? Sulla sentenza 141/2019 della Corte costituzionale in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*, in www.legislazionepenale.eu, 21.11.2019, 1 ss.; A. De Lia, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 6, 2019.

di *determinatezza* della fattispecie perché ritiene che i termini generici della disposizione possono essere riempiti di contenuto attraverso il canone ermeneutico dell'offensività, valorizzando l'interpretazione offerta dal *diritto vivente* quale argomento per confermare ex post la corrispondenza tra la descrizione legislativa e i comportamenti reali (come avvenuto con la fattispecie di atti persecutori da parte della decisione n. 172/2014)⁷⁷.

In queste pronunce la Corte «ridefinisce in termini assiologici la ratio delle fattispecie rispetto alle quali si pone un problema di ragionevolezza», ridefinisce la teleologia tipologica⁷⁸.

La dottrina si è posta il problema circa i limiti della discrezionalità politica della Corte Costituzionale nell'utilizzo del principio di offensività, nel timore che assumesse scelte di politica criminale che spettano al legislatore in base al fondamentale principio di riserva di legge in materia penale; nella prassi la Corte si è pronunciata solo in casi di palese anacronismo e mancanza di serio disvalore criminale (di manifesta irragionevolezza). Non sono mancate delle ipotesi in cui rispetto a posizioni fortemente critiche della dottrina circa l'offensività di talune fattispecie, la Corte ha preferito adottare un prudente atteggiamento di self restraint individuando un qualche bene tutelato, come nella decisione n. 250 del 2010, in cui la Consulta ha ravvisato il bene giuridico tutelato dal cd. reato di clandestinità (l'art. 10-bis, d. lgs. n. 286/1998, ingresso e trattenimento illegale dello straniero) «nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo» («interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi del resto, del bene giuridico di categoria, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998»)⁷⁹. In questo caso sembra emergere più che l'applicazione del principio di offensività quale limite del potere punitivo nel suo essere baluardo della funzione critica del bene giuridico, la mera individuazione da parte della Corte della ratio dell'incriminazione adottando la concezione metodologica del bene che lo identifica con la mera ratio (scopo della norma penale), come strumento metodologico nella fase

⁷⁷ A. Santangelo, *op. cit.*, 75

⁷⁸ R. Bartoli, *Nuovi scenari*, cit., 13; cfr. F. Palazzo, *Legalità penale*, cit., 1262 precisa che "il "tipo" criminoso indica "lo specifico contenuto di disvalore che il legislatore ha espresso nella fattispecie legale: con la conseguenza che il fatto concreto, per essere qualificato alla stregua di tale incriminazione, dovrà presentare uno specifico contenuto di disvalore omogeneo a quello espresso dalla fattispecie".

⁷⁹ Cfr. V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *DPenCont* 2012, 4 ss.

interpretativa (così travestendo un mero comando attribuendogli scopi e finalità meramente formali e così avallando tutte le scelte di tutela trasfuse nell'ordinamento positivo⁸⁰) e, quindi, un uso ermeneutico del bene giuridico in chiave estensiva⁸¹. Tale ambivalenza nell'uso della teoria del bene giuridico è sempre incombente.

Per contro la Corte Costituzionale (n. 249/2010) ha dichiarato sulla base del principio di offensività l'incostituzionalità della circostanza aggravante centrata sullo status di soggetto illegalmente presente nel territorio dello Stato, ai sensi dell'art. 61 n. 11-bis Cp; in questa decisione la Corte riconosce «piena ed autonoma capacità dimostrativa al principio di offensività nei confronti delle presunzioni di pericolo irragionevolmente fondate semplicemente su condizioni o qualità soggettive», di per sé inespressive – almeno secondo l'*id quod plerumque accidit* – di un maggior danno o di un maggior pericolo per il bene giuridico⁸². In altri casi la Corte ritiene che il principio di offensività «opera ...nel senso di impedire che la qualità di condannato per determinati delitti possa trasformare in reato fatti che per la generalità dei soggetti non costituiscono illecito penale»⁸³.

Il principio di offensività è anche alla base di diverse sentenze in cui la Corte

⁸⁰ Cfr. G. Fiandaca-E. Musco, *op. cit.*, 10.

⁸¹ Cfr. M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *DPenCont* 2013, 11, 38, l'autore evidenzia – p. 42 – che «non basta che il principio di offensività presupponga il bene giuridico, perché queste due dimensioni, una strutturale e dogmatica, e l'altra prescrittiva e politico criminale, si armonizzino e convivano. Per "sposare insieme" teoria del bene giuridico e principio di offensività occorre avere preselezionato alcune caratteristiche del bene attraverso altri principi costituzionali o sovraordinati, diversi da una semplice "concezione" (liberale, critica, etc.)». Cfr. per la concezione metodologica M. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungproblems und die Methodenfrage*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919, il quale identificava il bene giuridico nello scopo assegnato dal legislatore alle singole disposizioni penali nella sua formula più breve; F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, 20 ss. - 83 il quale ha evidenziato come la concezione metodologica del bene giuridico «mostrò di non avere alcun intento limitatore dell'ambito di operatività delle disposizioni penali: per innata predisposizione la volontà era all'opposto orientata a conferire massima efficacia di tutela ai dettati della legge penale»; l'autore - p. 100, nt. 83 - definisce come «*sui generis*» la posizione espressa in C. Roxin, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in *ZStW* 1969, 81, 3, 613 ss., rilevando che l'Autore utilizza il termine di bene giuridico come espressione convenzionale atta ad indicare ciò che si considera meritevole di protezione penale alla luce di considerazioni teleologiche in ordine agli scopi della pena; per tal via, osserva Angioni, si determina un «rovesciamento di piano rispetto alla consueta dottrina liberale del bene giuridico», atteso che, mentre per quest'ultima si può tutelare con la sanzione penale solo ciò che è bene giuridico, nella concezione di Roxin si denomina come bene giuridico ciò che è penalmente tutelabile, con la conseguenza che in quest'ultima prospettiva teorica «il bene giuridico da presupposto sostanziale dell'indagine sulla tutelabilità diventa formula di comodo per designare il risultato di essa»; cfr. la ricostruzione di tale indirizzo in V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 25 ss.

⁸² V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale*, cit., 7.

⁸³ C. cost. 10.7.2002, n. 10. Sulla giurisprudenza costituzionale che rinuncia al *tertium comparationis* cfr. F. Palazzo, *L'illegittimità costituzionale della legge penale*, cit., 12.

Costituzionale ha ritenuto sproporzionata la sanzione in considerazione della scarsa offensività per il bene tutelato della condotta incriminata, ad esempio con la decisione n. 341/1994 la Corte dichiara sproporzionato in eccesso il limite edittale minimo di pena dell'oltraggio a p.u. (abrogato dalla l. 205/99), oppure con la più recente decisione n. 40/2019 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 73, primo comma, del Testo unico sugli stupefacenti (d.P.R. n. 309/1990) là dove prevede come pena minima edittale la reclusione di otto anni invece che di sei⁸⁴, o con l'ancora più recente decisione n. 150/2021 ritiene che si possa applicare la reclusione alla fattispecie di diffamazione a mezzo stampa (art. 595, co. 3, Cp) solo nei casi di «eccezionale gravità del fatto, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, ...mentre dovrà limitarsi all'applicazione della multa, opportunamente graduata secondo la concreta gravità del fatto, in tutte le altre ipotesi». «Si tratta di un'applicazione selettiva e rigorosamente puntiforme del "sottotipo" punito con sanzione detentiva, come imposto dal principio di proporzionalità e da... possibili rischi di *chilling effect* che la massima sanzione può fomentare»⁸⁵. Come affermato nella sentenza Scoppola della Corte EDU, «è coerente con l'idea della preminenza del diritto, di cui l'art. 7 CEDU è espressione, che le pene vengano applicate in modo proporzionato»⁸⁶; tanto è vero che l'art. 49 della Carta Europea dei Diritti fondamentali riconosce nella stessa norma il principio di legalità e di proporzionalità della pena (la legalità trova nella proporzione il suo limite e viceversa; emerge come «la proporzione è connaturata all'idea di diritto inteso come posizione di precetti prevedibili e dotati di generalità e astrattezza»⁸⁷).

In tal guisa, alla luce del principio di proporzionalità della pena al disvalore – offensività – del fatto, in dottrina si propone di escludere la tipicità del fatto con un'interpretazione «restrittiva di fattispecie contrassegnate da elevati quadri sanzionatori, in particolare nel minimo, da parte del legislatore», giacché «l'elevatezza

⁸⁴ Cfr. C. cost., 21.6.2017, n. 205; C. cost., 18.4.2014, 105; C. cost., 5.11.2012, 251 in cui la Corte riconosce che il principio di offensività è "chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sull'individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale". A proposito dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali che sancisce insieme il principio di legalità e di proporzionalità della sanzione, cfr. C. Sotis, *Il principio di legalità*, cit., 109 ss.

⁸⁵ Cfr. A. Santangelo, *op. cit.*, 320; sul *chilling effect*, cfr. N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, in pt. 252 ss.; sul ruolo della Corte Costituzionale in tale situazione cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia. Nota a C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 8.3.2022, C-205/20, NE*, in www.sistemapenale.it 26.4.2022.

⁸⁶ C. eur., *Scoppola*, cit., par. 108.

⁸⁷ C. Sotis, *Il principio di legalità*, cit., 110.

della pena costituisce infatti un segnale della particolare gravità del fatto che il legislatore ha inteso contrastare; sicché — a meno di ipotizzare una sempre possibile questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il minimo edittale, proprio in relazione alla sua manifesta sproporzionalità rispetto a classi di ipotesi pure ricomprese nell'ambito della fattispecie astratta — potrà presumersi che il legislatore abbia inteso tenere fuori dal tipo quelle particolari sottofattispecie che siano connotate da un disvalore assai meno significativo, tale da non giustificare una pena così elevata»⁸⁸; tale esigenza è resa particolarmente acuta dalle continue escalation delle comminatorie edittali, come nel settore dei reati contro la p.a. o dei reati sessualmente connotati (ad esempio si fa rientrare nella nozione di violenza sessuale ex art. 609 bis Cp l'esibizionismo senza coinvolgimento del corpo della vittima)⁸⁹.

Alla luce del principio di offensività, del resto, è stato riconosciuto, prima dell'introduzione dell'art. 131 bis Cp – speciale tenuità del fatto -, anche il principio di esiguità come indice di inoffensività del fatto; ad esempio in relazione alla fattispecie di detenzione illegale di esplosivi (art. 2 l. 2 ottobre 1967 n. 895), la Corte Cost. n. 62/1986 ha sancito che «spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma in particolare ..il bene o i beni tutelati., determinare in concreto ciò (il quantitativo minimo di esplosivo) che, non raggiungendo la soglia di offensività dei beni in discussione, è fuori del penalmente rilevante» (detenzione di polvere in quantità insufficiente per caricare una sola cartuccia)⁹⁰.

⁸⁸ F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 257 ss.; conforme V. Manes, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della consulta)*, in *RIDPP* 2021, 1250; A. Santangelo, *op. cit.*, 320 cita come esempio il minimo di sei anni di cui all'art. 319 quater Cp che dovrebbe consentire di elidere le sottofattispecie di "abuso potenziale" e di mero "uso della qualità" mentre richiede – come stabilito nella sentenza Cass. S.U., 24.10.2013, n. 12228, Maldera - che "la condotta di induzione...non va[da] intesa in senso meramente naturalistico, ma ne va[da] apprezzato il significato ...anche e soprattutto sul versante normativo, utilizzando i parametri dell'abuso di qualità e dei poteri da parte del pubblico funzionario e della prevista punibilità del soggetto privato".

⁸⁹ V. Manes, *Sui vincoli costituzionali*, cit., 1250; M. Vizzardi, *Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima?*, in *DPenCont* 2017, 63 ss.

⁹⁰ L'interprete sulla base del principio di offensività deve individuare all'interno dei reati di pericolo astratto una soglia minima di offensività, al di sotto della quale vi sono classi di fatti che, per la loro oggettiva esiguità, sono inidonei a offendere il bene o i beni tutelati. O ancora con la sentenza n. 333/1991 sulla detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope in dose superiore a quella media giornaliera (art. 73, c. 1 d.P.R. n. 309/1990), la Corte ha stabilito che il criterio dell'esiguità consente di interpretare come fattispecie di pericolo concreto una fattispecie di pericolo astratto, costruita in base al modello della violazione di atti generali e astratti della pubblica amministrazione che fissa in rigidi parametri numerici una soglia quantitativa; scarto tra tipicità e offensività, dovuto alla necessaria astrattezza della norma, in termini esigui («l'eccedenza rispetto al limite di tolleranza si presenti in termini quantitativamente marginali» "di modesta entità"; il giudice deve accertare l'

L'accoglimento del principio di offensività, insomma, vuol dire che nell'applicare la norma penale verificando, innanzitutto, la tipicità del fatto, il giudice deve fare rientrare nella fattispecie astratta solo fatti offensivi del bene tutelato in base a una visione teleologicamente orientata, ricordando che la tipicità è il «precipitato tecnico della teoria del bene giuridico»⁹¹. «Insomma i beni giuridici e la loro offesa costituiscono la chiave per una interpretazione teleologica dei fatti che renda visibile, senza scarti di sorta, la specifica offesa già contenuta nel tipo legale del fatto»⁹².

In breve il principio di offensività ha sicuramente esteso la discrezionalità giudiziaria⁹³, ma con un approccio garantistico volto a delimitare il potere punitivo piuttosto che ad estenderlo.

Il principio di offensività si collega, poi, al principio di ultima ratio/sussidiarietà dell'intervento penale che dovrebbe rappresentare un "archiprincipio" con un ruolo preminente non solo in sede legislativa, ma anche in sede applicativa-esegetica inducendo l'interprete a «una attualizzazione di tale principio in modo restrittivo sul senso della proposizione normativa, col risultato possibile di contenere gli esiti incontrollabili derivanti dalle pre-comprensioni "narrative" dei fatti – gli "stati di cose", «l'infinita varietà e indefinibilità del reale – cui il decisore giudiziario si trova esposto nell'atto di operare il giudizio di sussunzione»⁹⁴. Addirittura si ritiene in dottrina che tale principio in sede interpretativa dovrebbe indurre il giudice a escludere la tipicità - con un'interpretazione restrittiva del testo a disposizione -, la colpevolezza oppure la punibilità, e ciò non solo richiamandosi all'art. 131 bis Cp – speciale tenuità del fatto -, laddove ritenga che le caratteristiche del fatto, al di là di una astratta tipicità e generica offensività, «risulta concretamente rispettoso della preminenza di interessi (del "colore") espresso dalla fattispecie; e ciò, si veda bene, anche perché la riaffermazione di tale preminenza, materialmente e simbolicamente, possa derivare da risposte all'illecito di natura extra penale (civili, amministrative, disciplinari) concretamente applicabili al fatto in esame»⁹⁵. Si ritorna alla proposta per cui, in definitiva, dovrebbe essere compito del giudice registrare i quadri di tipicità legale secondo una dorsale di

“idoneità lesiva concreta” alla stregua del «generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta»).

⁹¹ G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 197.

⁹² Cass., S.U., 18.7.2013, n. 40354, Sciuscio.

⁹³ Critico F. Palazzo, *Legalità penale*, cit., 1261, che afferma che il bene giuridico e lo scopo della norma sono «strumenti interpretativi usati essenzialmente in chiave di dilatazione dell'ambito applicativo della norma».

⁹⁴ G. Forti, "Niente nel mondo è un oggetto in sé". Il "senso" della norma penale tra legalità, offensività e sussidiarietà, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino 2022, 179.

⁹⁵ G. Forti, *op. cit.*, 182.

offensività espressiva del disvalore minimo che il margine inferiore della cornice commisurativa esprime, accogliendo le direttive offerte all'interpretazione giudiziale dalla giurisprudenza costituzionale.

Il tutto, ricordando infine, che laddove si tratti di fattispecie incriminatrici inidonee strutturalmente a fungere da modello tipologico, se non si vuole rimettere la verifica della tipicità al libero convincimento immotivato del giudice, occorre attivare i vincoli dimostrativi sottesi alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, in tutta la loro effettività e giustiziabilità; il giudice ha il dovere di «puntuale motivazione ed esplicitazione del percorso logico dimostrativo seguito in sede di controllo della conformità al tipo». «All'evanescenza dei confini della fattispecie, al difetto di selettività, alle carenze della tecnica di formulazione concretamente adottata, si può porre rimedio attraverso l'applicazione della regola di giudizio in esame, quale limite di garanzia, destinato ad operare in tutti i casi in cui la concreta operatività del meccanismo di sussunzione del fatto sia pregiudicata dall'indeterminatezza dei contenuti normativi della fattispecie»⁹⁶.

5. Nella prassi si è assistito, però, non solo all'affermarsi di una legalità costituzionalmente e convenzionalmente orientata, che si contrappone alla mera legalità legalistica, ma anche all'affermarsi della c.d. legalità giurisprudenziale⁹⁷, caratterizzata da un eccessivo protagonismo della giurisprudenza che ha esteso l'ambito di applicazione di talune fattispecie al di là del dato normativo e in violazione del principio di precisione/tassatività, nonché della prevedibilità dell'intervento punitivo e del principio di uguaglianza.

Questo fenomeno è stato determinato anche dalle profonde trasformazioni istituzionali e dall'esigenza di affrontare i problemi nuovi che si sono riversati sulla giustizia penale: dalla criminalità organizzata al terrorismo; dalla corruzione diffusa che ha poi portato alla c.d. tangentopoli, all'emergere della consapevolezza dell'importanza di nuovi beni giuridici meritevoli di tutela, come l'ambiente. In tale contesto si denuncia la tendenza della giurisprudenza a giocare d'anticipo, estendendo i confini delle fattispecie incriminatrici o, addirittura, finendo per creare delle fattispecie penali, abbassando le garanzie anche nell'applicazione degli istituti processuali.

⁹⁶ A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *LP* 2013, 856.

⁹⁷ R. Bartoli, *Le garanzie*, cit., 144 ss. per queste definizioni.

Basti pensare al periodo dei *pretori d'assalto* e della *cd. supplenza giudiziaria*, «ambigua formula che evoca una miscela non ben definita (o diversi tipi di miscela) di profili politici e giuridici, e deve la sua fortuna mediatica alla carica polemica che in vario senso se ne può trarre, in chiave critica verso la magistratura (accusata di fare troppo) o verso altre istituzioni (accusate di fare troppo poco)»⁹⁸. I c.d. pretori d'assalto hanno cercato di tutelare l'ambiente e il paesaggio contro l'abusivismo edilizio supplendo all'inerzia degli amministratori locali, o hanno esteso l'applicazione delle fattispecie a tutela della pubblica amministrazione in funzione moraleggiante dinanzi all'incapacità interna della burocrazia e dei partiti politici di intervenire, estendendo, ad esempio, l'ambito di applicazione del peculato alla distrazione a favore pur sempre di un ente pubblico⁹⁹, o con una vera e propria analogia *in malam partem* applicando le fattispecie di corruzione degli art. 318 e 319, prima della riforma introdotta dalla l. 190/2012, senza accertare l'atto conforme o contrario ai doveri di ufficio, punendo una sorta di generico asservimento della pubblica funzione ad interessi privati, indipendentemente dal compimento di atti¹⁰⁰, con ciò adeguando la fattispecie all'esigenza di colpire un fenomeno criminoso emergente, la corruzione sistemica, ma con un'evidente interpretazione *contra legem*; il diritto vivente ha così anticipato una nuova incriminazione, “corruzione per l'esercizio della funzione” ex art. 318 Cp, introdotto con la l. 190/2012. Lo stesso fenomeno è avvenuto con la fattispecie di traffico di influenze illecite introdotta sempre con la l. 190/2012, ma prima in via giurisprudenziale con un'interpretazione estensiva/analogica del millantato credito di cui all'art. 346 Cp; o, ancora, lo stesso è avvenuto con la fattispecie di disastro ex art. 434 Cp («che punisce chi commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero un altro disastro»), il c.d. disastro innominato, che utilizzando l'indeterminata clausola geniale – “un altro disastro”- è stato applicato sempre in un'opera di supplenza giudiziaria (e con una sostanziale analogia *in malam partem*) all'incendio di stoccaggio abusivo di rifiuti o di fuoriuscite di gas pericolosi per la salute, al traffico e smaltimento illecito di rifiuti ad opera di

⁹⁸ D. Pulitanò, *Il giudice e la legge penale*, in *QuestG*, 9.7.2019; cfr. R. Orlandi, *op. cit.*, 390.

⁹⁹ Cfr. A.M. Maugeri, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *IP* 1993. Cfr. Cass. S. U. 20.12.2012, n. 19054, Vattani; Cass. 30.9.2020, n. 36496. Sulla nuova fattispecie di “indebita destinazione di denaro o cose mobili” (art. 314-bis Cp) cfr. S. Seminara, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, in www.sistemapenale.it 19.7.2024.

¹⁰⁰ Cass. 7.7.2016 n. 40237, corruzione sistemica; cfr. Cass. 4.5.2006, n. 33435; Cass., sez. fer., 8.9.2009, n. 34834. In materia P. Scevi, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Torino 2022, 16 ss.; P. Pomanti, *op. cit.*, 161 ss.

sodalizi criminali, anticipando con il diritto vivente l'art. 452 *quater* (disastro ambientale, introdotto con la l. 68/2015)¹⁰¹. In questo caso la Corte Costituzionale ha salvato questa norma 'intenzionalmente' indeterminata, attribuendo priorità all'istanza di tutela rispetto a quella di certezza del diritto, e soprattutto finendo per ratificare «la creazione giurisprudenziale di un autonomo delitto di disastro ambientale»¹⁰².

Basti pensare, inoltre, a tutte le volte in cui si è palesemente assistito a un'interpretazione analogica della norma penale come quando recentemente i giudici di merito pretendono di applicare la fattispecie di turbata libertà degli incanti (art. 353 bis Cp) o di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-bis Cp) anche ai concorsi universitari¹⁰³ o agli affidamenti diretti¹⁰⁴, o quando si applica il reato di finanziamento illecito ai partiti al caso del candidato sindaco¹⁰⁵.

A ciò si aggiunga che in molti settori (ecoreati, immigrazione, tutela dei minori, sicurezza pubblica, pubblica amministrazione, etc.) la dottrina lamenta la *manca di tassatività delle fattispecie*¹⁰⁶, al punto da ritenere esautorata l'istanza della legalità in quanto, pur nell'ossequio formale alla fonte, la tipicità del fatto risulta vulnerata laddove la formula normativa non sia in grado di trasmettere «l'impronta di un disvalore rigorosamente unitario, venendo in tal modo incontro anche all'esigenza di garantire, insieme all'offensività, anche la necessaria proporzionalità della tutela penale»¹⁰⁷. Si lamenta un profondo scadimento dell'ars legiferandi¹⁰⁸. Laddove il

¹⁰¹ Cfr. A. Gargani, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in www.legislazionepenale.eu 3.2.2020, 5, che contesta correttamente la violazione del principio di legalità. La Corte Costituzionale, tuttavia, con la sentenza n. 327/2008 ha stabilito in relazione a tale fattispecie che «l'esistenza di interpretazioni costanti non valga, di per sé, a colmare l'originaria carenza di precisione del precetto penale», ma dall'altro si specifica, tuttavia, che essa ben può «assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificar sulla scorta di un ordinario procedimento ermeneutico, la più puntuale valenza di un' espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa» (orientamento confermato dalla sentenza 11.6.2014, n. 172, che ha rigettato le doglianze di indeterminatezza sollevate con riferimento al reato di stalking).

¹⁰² A. Gargani, *La giurisprudenza costituzionale e la parte speciale del diritto penale*, in www.legislazionepenale.eu 31.07.2017, 12; cfr. A. Santangelo, *op. cit.*, 71 ss.

¹⁰³ L'art. 353 Cp si deve applicare alle sole procedure indette per la cessione di un bene o l'affidamento all'esterno dell'esecuzione di un'opera o della gestione di un servizio (Cass. n. 32319/2023).

¹⁰⁴ App. Trento, 11.2.2021, inedita, cit. in V. Manes, *Sui vincoli costituzionali*, cit., 185; Cass. 28.10.2021.

¹⁰⁵ Cass. 21.10.2020 (3.5.2021), n. 16781, nonostante la norma (art. 7, c. 2 e 3, l. 195/1974) non includa questa figura nell'elencazione offerta.

¹⁰⁶ Cfr. P. Scevi, *op. cit.*, 31 ss.

¹⁰⁷ G. De Francesco, *Profili evolutivi delle categorie del reato alla luce dei principi fondamentali e della garanzia della legalità in materia penale*, in *Tra principi del diritto penale*, cit., 104.

¹⁰⁸ F. Palazzo, *Legalità tra law in the books e law in action*, in *DPenCont* 2016, 4 che vede in questo regresso dell'ars legiferandi «molto probabilmente una delle cause che hanno spinto tutti, Corte costituzionale, Corti europee e

dialogo c.d. ermeneutico si muova al di fuori di un ambito di valutazioni condizionato al vincolo della determinatezza, emerge il rischio di fomentare un intollerabile soggettivismo ed arbitrio nel ricostruire i contenuti.

L'*ipertrofia* del diritto penale è anche una delle cause di questa mancanza di tassatività, propria di un diritto penale che spesso «vorrebbe colpire non tanto reati ben determinati e circoscritti, non tanto fatti, quanto amplissimi fenomeni criminali (come mafia, terrorismo, corruzione o malgoverno del territorio, per non dire quando si voglia ridurre il processo epocale delle migrazioni a fenomeno criminale)»¹⁰⁹. Ne consegue un «linguaggio programmatico-politico più che prescrittivo- giuridico, dove l'emozione ha il sopravvento sulla ragione. Tutto ciò inevitabilmente implica proprio la rinuncia alla funzione di orientamento dei comportamenti che sarebbe propria di una norma penale precisa e circoscritta», e a ciò si aggiunge l'idea o la strumentalizzazione politica dell'idea che con «il diritto penale si possa rimediare ad ogni ingiustizia e ad ogni male sociale; questo diritto penale "simbolico-moralizzatore", "il diritto penale come etica pubblica"¹¹⁰, «in contrasto con i principi dell'*extrema ratio*, della proporzionalità e del divieto di retroattività, ... Per non dire del principio di tipicità, ... Insomma, l'*ipertrofia* legislativa, soprattutto quella dettata da emotività più che da razionalità, non è una deprecabile deviazione dalla retta via, ma è una condizione strutturale della legislazione contemporanea»¹¹¹. E tale condizione strutturale è denunciata anche dall'ANM nella sua ultima mozione in occasione del 36 congresso nazionale (Palermo, maggio 2024): «La magistratura italiana denuncia pubblicamente la condizione di *ipertrofia* normativa in cui si trova a operare e lo scadimento qualitativo della produzione normativa, sempre più spesso improntata alla soluzione del contingente, senza un adeguato sforzo di coerenza sistematica. Così come denuncia la persistente assenza di una disciplina chiara e puntuale su importanti ambiti che toccano nel profondo le vite dei cittadini».

Si consideri, inoltre, che non mancano *casi di sotto-inclusione*, cioè la descrizione del fenomeno criminale da parte della norma include un numero minore di casi di quelli riconducibili al disvalore che esprime la fattispecie, determinando che la c.d.

dottrina, a intensificare il proprio interesse per l'ars interpretandi alla ricerca di una sorta di necessario surrogato capace di consentire un recupero proprio di quella legalità effettuale che si vuole così tanto compromessa».

¹⁰⁹ G. Zaccaria, *op. cit.*, 22,

¹¹⁰ M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica: considerazioni sul politico quale tipo d'autore*, Modena 2015.

¹¹¹ G. Zaccaria, *op. cit.*, 23; cfr. E. Addante, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in AP 2019, 2, 4 la quale evidenzia come l'*ipertrofia* compromette la prevedibilità; sull'*ipertrofia* delle oscillazioni giurisprudenziali cfr. D. Perrone, *op. cit.*, 62 ss.

costante criminologica («gli elementi della fattispecie che, marcandone il disvalore, richiamano certi dati di realtà in quanto corrispondenti ai tratti caratteristici della tipologia di fatti che il legislatore vuole punire») è così «sconnessa dalla realtà da risultare manifestamente irragionevole, al punto da indurre l'interprete ad applicarla anche a casi non contemplati dalla fattispecie», comportando una sovra-estensione della fattispecie in via interpretativa per superare la frattura tra costante criminologica e dato empirico, come avvenuto per la precedente fattispecie di scambio elettorale politico mafioso ex art. 416-ter Cp, inducendo la giurisprudenza a includere nella nozione di denaro anche quella di "utilità" con una evidente analogia *in malam partem*¹¹².

Un altro fenomeno che si registra è quello della *c.d. processualizzazione del fatto tipico*, e cioè dinanzi a fattispecie scarsamente tassative e difficili da accertare nella prassi, il giudice tende ad adottare semplificazioni probatorie o presunzioni; si parla del fenomeno della *c.d. processualizzazione delle categorie e dei criteri di imputazione*, della surrogazione dell'oggetto con la sua prova, di rilettura processuale di fattispecie sostanziali in funzione di dilatazione dei casi punibili, della sostituzione degli elementi costitutivi del reato con canoni probatori e regole di giudizio, come avviene con la fattispecie di associazione a delinquere di stampo mafioso ex art. 416 bis Cp in cui la carenza nella descrizione della struttura della fattispecie associativa e nell'individuazione dei parametri della tipicità della partecipazione criminosa, «pregiudicano la tassativa determinazione dell'oggetto della prova, facendo sì che la funzione di tipizzazione sia impropriamente dislocata sul piano dell'accertamento processuale»¹¹³.

Rimane, poi, il problema che anche l'interpretazione costituzionalmente orientata - cui oggi si aggiunge l'esigenza di un'interpretazione alla luce delle fonti normative europee, in base ad un più ampio criterio sistematico -, si presta alla più ampia discrezionalità, soprattutto quando si tratta di *principi ad amplissimo spettro, o pregni di contenuto filosofico, morale, politico* (libertà, uguaglianza, dignità umana); per cui anche l'interpretazione costituzionalmente orientata, pur con le migliori intenzioni,

¹¹² C. Sotis, *Il principio di legalità*, cit., 26; Cass. Sez. I 31.1.2013, n. 4901.

¹¹³ A. Gargani, *Processualizzazione del fatto*, cit., 847. Id., *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie, appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in G. De Francesco, E. Marzaduri (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino 2016, 89 ss. - in particolare 95 ss. - 98; sull'art. 416 bis, P. Pomanti, *op. cit.*, 147 ss. Cfr. T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *IP* 1999, 539; S. Fiore, *La teoria generale del reato*, cit., 101; più in generale i contributi in G. De Francesco, E. Marzaduri, *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, cit.

risente di “precompresioni e preferenze assiologiche” in base all’orientamento politico/ideologico/culturale/religioso dell’interprete di turno¹¹⁴.

Basti pensare alla delicata vicenda giurisprudenziale che ha caratterizzato il caso Englaro¹¹⁵ e alle recenti prese di posizione della Corte Costituzionale sul fine vita¹¹⁶ - sopra citate -, alla giurisprudenza della Corte Costituzionale¹¹⁷ che considera legittime le fattispecie che configurano «come illecito penale il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata» (Il fenomeno delle c.d. escort, *persone che per libera scelta decidono di concedere favori sessuali a pagamento al di là di ogni costrizione*)¹¹⁸ in base ad una concezione considerata paternalistica¹¹⁹; e, in questo caso, come sopra esaminato, dopo aver eretto la dignità umana a baluardo da difendere contro pratiche sociali che la offendono, restituisce al giudice, «in maniera assai sibillina»¹²⁰, tutto il peso della valutazione del caso concreto – anche in maniera contraddittoria una volta affermato il carattere in sé degradante per la dignità umana della prostituzione¹²¹ -, sicché la sentenza,

¹¹⁴ G. Fiandaca, *Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica. Un confronto con Domenico Pulitanò*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino 2022, 82; A. Cavaliere, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in AA.VV. *Scenari di mafia*, a cura di G. Fiandaca, C. Visconti, Torino 2010, 148.

¹¹⁵ M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, in www.penalecontemporaneo.it, 15.3.2017.

¹¹⁶ Ordinanza n. 207/2018; sentenza n. 242/2019; Cfr. F. Palazzo, *L'illegittimità costituzionale della legge penale*, cit., 12.

¹¹⁷ C. cost., 7.6.2019, n. 141.

¹¹⁸ Le fattispecie previste dagli articoli 3, c. 1, nn. 4, prima parte e 8 della legge Merlin n. 75/1958, ritenute dalla Corte d'appello di Bari – giudice *a quo* – in contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25 c. 2, 27 e 41 della Costituzione nella parte in cui prevedono «come illecito penale il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata»; cfr. A. Cadoppi, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 159; *Prospettive di riforma delle norme in tema di prostituzione*, in https://www.aipdp.it/documenti/5_gruppo/002; cfr. A. Pasqualini, *7/ Feminist sex wars*, in *Diacronie. Studi di storia contemporanea*, <https://doi.org/10.4000/diacronie.6742>; a monte in questo settore si paga il prezzo dell'adozione di un ipocrita modello abolizionista che finisce per penalizzare anche la condotta di chi avvantaggia e non danneggia la prostituta che sceglie liberamente tale mestiere, cfr. M. Bertolino, *Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg.* 2017, 627; F. Giunta, *La prostituzione: fra fatto e diritto*, in *GP* 2013, 476 che parla di liceità dell'atto prostitutivo «più formale che sostanziale, più tollerata che proclamata, con la conseguenza di spandere intorno alla persona che si prostituisce un alone emarginante di disdoro e di implicita disapprovazione paternalistica»; A. Cadoppi, *Liberalismo e prostituzione*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, M. Caianiello, Bologna 2016, 4 ss.,

¹¹⁹ Anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sancito che la prostituzione è incompatibile con i diritti e la dignità della persona solo quando «oggetto di costrizione», il che significa che quando essa è frutto di libera scelta è anzi espressione di quegli stessi diritti, C. eur., 11.9.2007, *Tremblay v Francia*.

¹²⁰ A. De Lia, *op. cit.*, 4.

¹²¹ F. Parisi, *La legittimità costituzionale dei reati di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione: note a margine di C. cost. 141/19*, in *Fl.*, v. 145, n. 2, 2020, I, 470; cfr. Id., *Prostituzione aporie e tabù di un nuovo diritto*

apparentemente drastica nella difesa della legge in vigore, socchiude la porta «a scenari nuovi e potenzialmente dirompenti»¹²².

O basti pensare alla giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha smantellato la normativa repressiva in materia di procreazione assistita (l. 40/2004)¹²³, ma anche alla giurisprudenza della Suprema Corte sulla pedopornografia virtuale¹²⁴ (fattispecie che di per sé è accusata di essere inoffensiva ed espressione del diritto penale d'autore o del nemico¹²⁵) -, che ha ritenuto applicabile la definizione dell'art. 600 quater 1. anche alle rappresentazioni a fumetti di minori coinvolti in atti sessuali¹²⁶.

Per limitare tale discrezionalità Pulitanò propone il ricorso a un *pluralismo ragionevole*, che riprende la prospettiva filosofica rawlsiana facente leva sul "consenso per intersezione", prospettiva interessante se non fosse per lo stato di sofferenza della nostra attuale «democrazia culturalmente impoverita, iper-conflittuale e frammentata», nella quale la "razionalità discorsiva" tende a essere soppiantata dal c.d. populismo penale o comunque da strumentalizzazioni politiche a fini di consenso politico di qualunque ideologia¹²⁷.

E per chiudere non dobbiamo dimenticare in materia penale *il problematico rapporto con il fatto concreto*, le difficoltà di ricostruzione del fatto storico, la difficoltà di selezionare gli elementi rilevanti del fatto da porre alla base del giudizio di "sussunzione" nella scelta degli elementi del fatto: «la conoscenza del fatto si risolve comunque in una sua interpretazione»¹²⁸, cui si aggiunge la connessa difficoltà di selezionare il sapere scientifico rilevante. Emerge drammaticamente oggi la difficoltà

penale tutorio, Torino 2018; R. Bin, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 10, 26.11.2019, 1 ss.

¹²² Così S. Bernardi, *Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: irrilevante il fatto che l'esercizio del meretricio sia il frutto di una libera scelta?*, in www.penalecontemporaneo.it, 8.7.2019.

¹²³ C. Cost. 8.5.2009, n. 151; C. cost. 10.6.2014, n. 162; C. cost. 5.6.2015, n. 96; C. cost., 11.11.2015, n. 229. Cfr. tra gli altri V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino 2019; sul ruolo della Corte Costituzionale nel settore, cfr. L. Riscato, *op. cit.*, 96 ss.

¹²⁴ Cass. sent. 13.1.2017 (dep. 09.5.2017), n. 22265, Z.B.

¹²⁵ Punendo condotte sintomatiche di una *Gesinnung*, ritenuta eticamente riprovevole al pari del suo autore (il 'pedofilo-deviante', sessualmente perverso, cfr. F. Bacco, *Tutela dei minori contro forme di sfruttamento sessuale*, in (a cura di) D. Pulitanò, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I - *Tutela penale della persona*³, Torino 2019, 374.

¹²⁶ Individuando come bene protetto l'intangibilità della personalità dei minorenni e il rispetto dei tempi e dei modi di sviluppo della loro personalità

¹²⁷ Così G. Fiandaca, *Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica*, cit., 83.

¹²⁸ O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006, 213, cfr. 18 ss. - 191 ss.

per il diritto di governare la complessità della società post moderna, comunemente qualificata come "società del rischio", che ha acuito le esigenze di tutela, anche preventiva, di beni fondamentali per la convivenza (vita, salute, incolumità, salubrità dell'ambiente, integrità del territorio etc.), facendo emergere prepotentemente la necessità di avvalersi dei contributi della scienza ai fini di conoscenza ed analisi del rischio e di mutuarne le capacità predittive di eventi avversi. La ricerca della verità processuale, poi, in un processo penale di natura "accertativa" non può più fare a meno dei progressi della scienza in tutti i settori delle "scienze ausiliarie"¹²⁹, il cui catalogo si va sempre di più arricchendo (si pensi, da un po' di tempo a questa parte, ai contributi delle "neuroscienze")¹³⁰. Il tutto complicato dal riconoscimento, da parte degli stessi filosofi e sociologi della scienza, dei limiti, dei rischi e delle incertezze del metodo scientifico con la conseguente necessità, per il diritto, di comprendere il valore di questo tipo di conoscenza, cioè il problema della sua verità, validità e giustificazione (concezione fondata sul fallibilismo di Popper, 1987)¹³¹, come emerge icasticamente nelle affermazioni della sentenza Cozzini delle Sezioni Unite del 2010¹³² - che sostanzialmente accoglie i criteri elaborati nel 1993 dalla sentenza Daubert della Suprema Corte degli Stati Uniti¹³³, come auspicato dal Prof. Stella¹³⁴, per verificare la validità scientifica di una legge -: «La Corte di legittimità non è per nulla detentrica di proprie certezze in ordine all'affidabilità della scienza, sicché non può essere chiamata a decidere, neppure a Sezioni Unite, se una legge scientifica di cui si postula l'utilizzabilità nell'inferenza probatoria sia o meno fondata [...]. Tale valutazione attiene al fatto, è al servizio dell'attendibilità dell'argomentazione probatoria ed è

¹²⁹ Psicologia, psichiatria, criminologia clinica, tossicologia forense e, più in generale, medicina legale ed alcune branche della "criminalistica" (dattiloscopia; "quanto di paraffina", prima, "stub", poi; balistica; esplosivistica etc.).

¹³⁰ Così G. Flora, *I complessi rapporti tra scienza, diritto penale e processo: una nota introduttiva*, in (a cura di) A. Amato-G. Flora-C. Valbonesi, *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Torino 2019, 3 ss.

¹³¹ Così D. Curtotti-B.A.J. Fisher-M. M. Houck-G. Spangher, *Diritto e scienza: un rapporto in continua evoluzione*, in AA. VV., *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine*, a cura di D. Curtotti, L. Saravo, Torino 2019, 2.

¹³² Cass. 17.9.2010, Cozzini, in *DPP*, 2011, 1342 ss.

¹³³ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). La sentenza è riportata per esteso in F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*², Milano 2000, 424 ss. Nella sentenza *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 119 S.Ct. 1167 (1999), l'applicazione del "Daubert test" è stata estesa al settore tecnico. Cfr. P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *DPP* 2011, 1345 ss.; R. Blaiotta, G. Carlizzi, *Libero convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in a cura di G. Canzio, L. Luparia, *Prova scientifica e processo penale*, Padova 2018, 367 ss.; G. Carlizzi, *Iudex peritus peritorum*, in *DPenCont*, 2017, n. 2, 28 ss.

¹³⁴ F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2001, 315 ss.

dunque rimessa al giudice di merito che dispone, soprattutto attraverso la perizia, degli strumenti per accedere al mondo dalla scienza... il controllo che la Corte Suprema è chiamata ad esercitarne attiene alla razionalità delle valutazioni che a tale riguardo il giudice di merito esprime»¹³⁵. È questione *di fatto*, che nel giudizio di cassazione può venire in rilievo se e in quanto si traduca in vizi di motivazione: il modello di razionalità probatoria fa parte del sapere esigibile dal giudice, e il suo rispetto è sottoposto al controllo della Corte suprema. Si può solo ricordare il monito di Stella al ruolo del giudice come rasoio di Occam della scienza spazzatura¹³⁶.

6. In conclusione, dando per scontato che si deve «superare il mito della sovranità della legge e riconoscere che da che mondo è mondo la produzione del diritto si basa sulla diarchia legge/giudice, non potendo mai la fonte legislativa sfuggire all'esigenza di concretizzazione sulla base del fatto»¹³⁷, nell'antitesi tra la *legalità legalistica*¹³⁸/il ruolo dichiarativo del giudice, che si ritiene una sorta di utopia che in passato si traduceva anche in un atteggiamento di acquiescenza rispetto ad assetti di potere consolidato o scelte legislative autoritarie e non più conformi alle direttive costituzionali, da una parte, e la *legalità giurisprudenziale*, che afferma il dominio del diritto vivente, «connotata da una supremazia del giudice sul legislatore, dell'interpretazione sulla legge» e che si pone in contrasto con i fondamentali principi di separazione dei poteri e riserva di legge - «finirebbe per rivoluzionare il nostro assetto istituzionale/costituzionale»¹³⁹ - , dall'altra parte, sembra equilibrata e necessitata la scelta della c.d. legalità costituzionale, basata «su un concorso equilibrato e paritario di legislatore e giudice (prospettiva costituzionale) »¹⁴⁰, che poi

¹³⁵ Evidenziando i limiti del giudizio di legittimità, la sentenza Cozzini mette in guardia dall'attribuire il valore di *precedente giuridico* alle conclusioni raggiunte di volta in volta in singoli processi, relativamente allo stato del sapere scientifico su un dato problema: il *sapere scientifico* non è questione di *nomos*, di norme o di interpretazioni normative su cui possa essere esercitato il potere di nomofilachia della Corte suprema.

¹³⁶ F. Stella, *op. cit.*, 95 ss.

¹³⁷ F. Palazzo, *Legalità penale*, cit., 1271; G. A. De Francesco, *Legislatore e giudice: a ciascuno il suo*, in www.legislazionepenale.eu 19.3.2020; M. Donini, *Iura et leges. perché la legge non esiste senza il diritto*, in www.sistemapenale.it 20.12.2019.

¹³⁸ R. Bartoli, *Le garanzie*, cit., 144 ss.; F. Palazzo, *Legalità penale*, cit., 1250 definisce la profonda crisi della legalità legalistica come «perdita di ruolo e di prestigio della legge nel disciplinamento dei rapporti sociali e nell'orientamento dei rapporti umani».

¹³⁹ R. Bartoli, *Le garanzie*, cit., 149

¹⁴⁰ Idem, cfr. 150: «In sostanza, ci sentiamo di esprimere il nostro favore per quella legalità che abbiamo definito costituzionale e che vede cooperare legislatore e giudice. In presenza di problemi di legittimità, il giudice sopravanza il legislatore in virtù della Costituzione; in assenza di problemi di legittimità, il giudice sottostà alla legge costituzionalmente legittima. La scelta di valore democraticamente fondata che si pone contro la

era propugnata anche nel richiamato convegno sull'uso alternativo del diritto e cioè un'interpretazione teleologicamente orientata che riconduce nel tipo criminologico solo fatti offensivi alla luce delle direttive costituzionali e nel rispetto dei principi e delle libertà costituzionali.

7. L'importanza del mutato ruolo del giudice in materia penale è anche la conseguenza della rilevanza che la Corte Edu attribuisce al formante giurisprudenziale, come affermato dalla Corte Costituzionale italiana nelle due celebri sentenze n. 348 e 349 del 2007, che nel riconoscere la rilevanza della CEDU come fonte subcostituzionale e, quindi, la necessità che l'interpretazione del diritto interno sia convenzionalmente orientata (nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciute dalla CEDU¹⁴¹), ha sancito che le norme della Cedu vivono attraverso l'interpretazione che di esse dà la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dunque che la norma "sub-costituzionale" non è la disposizione Cedu, ma la norma come prodotto dell'interpretazione¹⁴².

Costituzione soccombe davanti alla supremazia di quest'ultima; ma la scelta di valore democraticamente fondata conforme a Costituzione costituisce un indirizzo al quale attenersi il più possibile». Cfr. G. Zaccaria, op. cit., 21 s. il quale afferma che «la legalità costituzionale «complica» strutturalmente il rapporto tra legislazione e giurisdizione e ne esige una relazione più equilibrata. È vero che secondo l'art.101 co. 2 Cost. «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (e che tale articolo va collegato all'art. 111 Cost.), ma è altrettanto vero che questa giusta istanza di indipendenza del giudice da altri poteri va ora declinata alla luce della Costituzione e dei suoi principi, che all'interno del materiale normativo con cui il giudice è tenuto a misurarsi assumono un peso preminente. Più che alla legge il giudice è dunque soggetto alla Costituzione. Da questo punto di vista la dilatazione dello spazio acquisito dal giudice a spese della legge rischia di mettere in discussione il fondamentale valore costituzionale dell'eguaglianza di trattamento». Cfr. O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 293.

¹⁴¹ C. eur., 23.4.2024, *Sacharuk v. Lithuania*, no. 39300/18, 146; «Il ruolo della Corte si limita quindi ad accertare se gli effetti di tale interpretazione siano compatibili con la Convenzione (cfr. Waite e Kennedy c. Germania [GC], n. 26083/94, § 54, CEDU 1999-I; Korbely c. Ungheria [GC], n. 9174/02, §§ 72-73, CEDU 2008; e Kononov c. Lettonia [GC], no. 36376/04, § 197, CEDU 2010). Secondo l'approccio generale della Corte, essa non mette in discussione l'interpretazione e l'applicazione del diritto nazionale da parte dei tribunali nazionali, a meno che non vi sia stata una palese inosservanza o arbitrarietà nell'applicazione di tale diritto (si vedano, tra l'altro, *Société Colas Est e altri*, sopra citata, § 43, CEDU 2002-III; *Lavents c. Lettonia*, no. 58442/00, § 114, 28.11.2002; e *Huhtamäki*, sopra citata, § 51); *Lavents c. Lettonia*, no. 58442/00, § 114, 28.11.2002; e *Huhtamäki*, sopra citata, § 51); data la natura sussidiaria del sistema della Convenzione, non è sua funzione occuparsi di errori di fatto o di diritto asseritamente commessi da un giudice interno, a meno che e nella misura in cui essi possano aver violato i diritti e le libertà protetti dalla Convenzione e a meno che tale valutazione interna non sia arbitraria o manifestamente irragionevole (si vedano, tra le altre, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2) [GC], n. 19867/12, § 83, 11.7.2017, e *Alparslan Altan c. Turchia*, n. 12778/17, § 110, 16.4.2019)».

¹⁴² Cfr. C. cost. decisioni nn. 154 del 2004, 299 del 2005, 61 del 2006; C. cost. n. 109/2017: «...[n]ell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU».

La valorizzazione da parte della Corte EDU di una nozione sostanzialistica di legge che riconosce espressamente, anche per dare conto delle tradizioni di common law, l'importanza del ruolo del giudice che dà vita alla norma e la plasma in base alla propria discrezionalità, è accompagnata, però, nella tradizione della Corte EDU dall'affermazione di garanzie a tutela della libertà del cittadino nei confronti proprio del potere giudiziario; come evidenziato in dottrina, la Corte europea è meno attenta alla garanzia della legalità quale espressione della separazione dei poteri, per concentrarsi sulla tutela della legalità/irretroattività (previa base legale) quale garanzia del diritto all'autodeterminazione dell'individuo ¹⁴³.

A tal proposito occorre ricordare, innanzitutto, che la Corte Edu ha esteso già in epoca risalente i principi garantistici della CEDU a una nozione ampia di "materia penale", in cui non rientrano solo gli illeciti e le sanzioni qualificati come "penali" in base al diritto interno, ma tutti quelli considerati punitivi in base ai criteri Engel¹⁴⁴.

In particolare, poi la Corte ha sempre valorizzato la portata garantistica del principio di legalità ex art. 7 C.E.D.U., comprensivo di tutti i suoi sotto-principi espressamente finalizzati a tutelare l'individuo dal rischio di procedimenti e condanne arbitrari. A proposito del ruolo del giudice, la Corte europea ha sancito non solo che

¹⁴³ V. Manes, *Common law-isation del diritto penale?*, cit., 967.

¹⁴⁴ Cfr. A.M. Maugeri, *I principi fondamentali della "materia penale" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. Grasso, R. Sicurella, *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano 2008, 83 ss. e dottrina e giurisprudenza citata; tra gli altri V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini, L. Foffani, Torino 2018, 165 ss.; F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?* in www.penalecontemporaneo.it 5.4.2017; F. Mazzacava, *Le pene nascoste: topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017; J. Della Valentina *L'eterno ritorno alla Corte EDU di prevedibilità e matière pénale tra efficienza e garantismo. Riflessioni a margine di C. EDU, Sez. I, sentt. 17.6.2021, Galan e Miniscalco c. Italia*, in *AP* 2022, 8 ss., che critica le sentenze esaminate che sembrano dettate da un atteggiamento di self restraint della Corte, probabilmente dovuto al timore di caducare l'efficace sistema di lotta alla corruzione. Nell'ordinamento italiano per l'estensione del principio di irretroattività all'illecito amministrativo punitivo cfr. C. cost., 4.6.2010, n. 196; C. cost. 5.12.2018, n. 223; C. cost., 7.4.2017, n. 68, che ha stabilito che la garanzia costituzionale in questione «concerne non soltanto le pene qualificate come tali dall'ordinamento, ma anche quelle così qualificabili per effetto dell'art. 7 della C.E.D.U.» (sentenza n. 196 del 2010): su questa sentenza cfr. F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in www.penalecontemporaneo.it 10.4.2017, f. 4, 269 ss.; C. cost., 16.12.2016, n. 276; C. cost., 18.4.2014, n. 104; C. cost., 11.5.2017, n. 109, che ritiene che l'art. 25, secondo comma, Cost., «in virtù della sua ampia formulazione», dovrebbe applicarsi anche alle sanzioni amministrative punitive, «fungendo, in tal caso, i criteri Engel da mero supporto argomentativo per integrare il significato del parametro costituzionale interno, in vista dell'allargamento della sua sfera di operatività». Cfr. V. Tigano, *op. cit.*, 8.

esclusivamente «una legge può introdurre un crimine e stabilire una penalità»¹⁴⁵ ma anche che con il termine “law” si allude a un concetto che ricomprende sia “*statute law as well as case-law*”, adottando un approccio tipicamente sostanzialista, che, al fine di contemperare le esigenze dei diversi sistemi giuridici europei cui i principi convenzionali devono essere applicati, considera equivalente il formante legale e quello giurisprudenziale quali fonti del diritto penale¹⁴⁶ e comunque «the “law” is the enactment in force as the competent courts have interpreted it»¹⁴⁷. Si ribadisce: «come la Corte ha affermato in numerose occasioni, il progressivo sviluppo del diritto penale attraverso la legislazione giudiziaria è una parte ben radicata e necessaria della tradizione giuridica»¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Cfr. C.eur., 29.3.2006, *Achour v. France*, n. 67335/01, § 41; 21.1.2003, *Veeber v. Estonia* (N° 2), n. 45771/99, CEDH, § 31; 22.3.2001, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germania*, n. 34044/96, § 50; 22.3.2001, *K.-H. W. v. Germany*, n. 37201/97, § 45; 22.6.2000, *Coëme and others v. Belgium*, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, in *Recueil des arrêts et décisions VII*, 250, § 145; 8.7.1999, *Baskaya and Okçuoglu v. Turkey*, nn. 23536/94, 24408/94, in CEDH 42, § 36. Cfr. M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 86 ss.; A. Bernardi, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2002, nn. 3 – 4, 683, i quali ritengono che l'art. 7 non racchiude il corollario della riserva di legge e l'esigenza di una norma scritta perché ciò contrasterebbe con l'essenza stessa del *common law.*; Id., *Art. 7 (“Nessuna pena senza legge”)*, in AA.VV., *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, (diretto da) S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova 2001, 297 ss..

¹⁴⁶ Cfr. A. Bernardi, *Una nuova pronuncia della corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyy c. Russia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16.1.2018, precisa che la Corte EDU «appare pienamente consapevole del fatto che, anche nei sistemi di civil law, la componente interpretativa frutto dell'elaborazione degli organi giurisdizionali non possa in alcun modo essere eliminata, e debba dunque essere presa in considerazione al fine di assicurare il rispetto delle garanzie previste dalla Convenzione. L'art. 7 CEDU, pertanto, non può in alcun modo essere letto nel senso di limitare il progressivo processo di chiarificazione e integrazione della legge penale operato dalle giurisprudenze nazionali – processo che i giudici di Strasburgo considerano anzi necessario per garantire la rispondenza del diritto interno alle concrete e mutevoli esigenze sociali – a condizione, tuttavia, che tale evoluzione non leda le garanzie poste a tutela dell'individuo: e quindi il risultato del processo interpretativo deve essere coerente con la sostanza dell'illecito penale e allo stesso tempo prevedibile»; G. Grasso, F. Giuffrida, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *www.penale.contemporaneo.it* 25.5.2015, 21: «posto che nel Consiglio d'Europa coesistono sistemi di common law e sistemi di civil law: l'espressione “diritto interno”, quindi, «non si riferisce [...] al solo diritto nazionale che trova fondamento nelle leggi emanate dal Parlamento, ma in generale a quello che deriva da una qualsiasi delle fonti del diritto riconosciute nel singolo ordinamento, ivi compreso il diritto non scritto di origine giurisprudenziale e persino consuetudinaria»; V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino 2020, 271; cfr. Di Giovine, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *DPenCont* 2013, 1, 159 ss.

¹⁴⁷ Da ultimo C. eur., *Sacharuk v. Lithuania*, cit., 146.

¹⁴⁸ C. eur., *Sacharuk v. Lithuania*, cit., 144: «La Corte ha riconosciuto nella sua giurisprudenza che, per quanto una disposizione giuridica possa essere redatta in modo chiaro, in qualsiasi sistema di diritto vi è un inevitabile elemento di interpretazione giudiziaria. Ci sarà sempre bisogno di chiarire i punti dubbi e di adattarsi al mutare delle circostanze. Inoltre, sebbene la certezza sia altamente auspicabile, può portare con sé un'eccessiva rigidità e la legge deve essere in grado di tenere il passo con il mutare delle circostanze. Di conseguenza, molte leggi

La Corte esalta gli aspetti qualitativi della legalità, «non più circoscritti alla determinatezza della norma, ma concernenti anche la accessibilità e prevedibilità delle fonti legali e della relativa giurisprudenza»¹⁴⁹, esaltando i collegamenti tra il principio di legalità e quello di colpevolezza (la nozione di legge implica determinate qualità di prevedibilità e accessibilità)¹⁵⁰, come già fatto dalla sentenza n. 364/1988 dalla Corte Cost. italiana¹⁵¹. «L'articolo 7 della Convenzione non può essere letto nel senso di vietare la graduale chiarificazione delle norme di responsabilità penale attraverso l'interpretazione giudiziaria di caso in caso, a condizione che l'evoluzione risultante sia coerente con l'essenza del reato e possa essere ragionevolmente prevista»¹⁵².

In tal guisa la Corte Edu riconosce le garanzie connesse al principio di legalità, art. 7 CEDU. anche in relazione alla norma così come interpretata, dilatando, in particolare, l'applicazione del principio di irretroattività *in malam partem* anche al diritto giurisprudenziale¹⁵³; le «diverse possibili figure generali interpretate sono

sono inevitabilmente formulate in termini più o meno vaghi e la loro interpretazione e applicazione sono questioni di prassi. Il ruolo del giudizio conferito ai tribunali è proprio quello di dissipare i dubbi interpretativi che permangono (si veda, tra le tante autorità, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia, n. 14902/04, § 568, 20.9.2011) ».

¹⁴⁹ A. Balsamo, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale “imprevedibile”: una “nuova frontiera” del processo di “europeizzazione” del diritto penale* — nota a C. giust. CE 8.2.2007, causa C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee*, in CP, 2007, 5, 2202; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2018, 27. Cfr. recentemente C. eur. 3.3.2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, ricc. 22429/07 e 25195/07, § 58 ss.

¹⁵⁰ C. eur. 3.3.2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, n. 22429/07 e 25195/07, 58; 14.3.2013, *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, n. 26261/05 and 26377/06, § 77; *Achour v. France*, 29.3.2006, n. 67335/01., § 42; *Streletz Kessler e Krenz c. Germania* [GC], 22.3.2001, 34044/96, 35532/97 and 44801/98, §§ 50 – 57; 13.7.1995, *Tolstoy Miloslavsky v. Royaume-Uni*, in *Publications de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, Série A, vol. 316-B, 71 – 72, § 37; 15.11.1996, *Cantoni c. Francia*, *Raccolta* 1996-V, 1627, § 29; *Coëme and Others, cit.*, § 145; 7.2.2002, *E.K. v. Turkey*, n°. 28496/95, § 51; 22.11.1995, *S.W. v. United Kingdom*, § 36, serie A n. 335-B, §§ 41-42; 22.11.1995, *C.R. v. United Kingdom*, serie A nn. 335-B e 335-C, 68-69, § 33; *Baskaya and Okçuoglu v. Turkey, cit.*, § 36; *K.-H. W. v. Germany, cit.*, § 45.

¹⁵¹ Cfr. A. Massaro, *op. cit.*, 152 ss.

¹⁵² C. eur., *Sacharuk v. Lithuania*, cit., 144 cfr. S.W. c. Regno Unito, 22.11.1995, § 36, Serie A n. 335-B; *Streletz, e a.*, § 50; W. c. Regno Unito, 22.11.1995, § 36, Serie A n. 335-B; *Vasiliauskas c. Lituania* [GC], no. 35343/05, § 155, CEDU 2015

¹⁵³ C. eur., 10.10.2006, *Pessino c. Francia*, n° 40403/02, §§ 15-37, in cui il ricorrente era stato condannato per il fatto di aver continuato a costruire un immobile nonostante l'ordine di sospensione del giudice amministrativo, avendo così la Corte di Cassazione francese basato la sentenza di condanna sulla equiparazione dell'ordine di sospensione al divieto di costruzione, unico presupposto richiesto dalla norma incriminatrice; C. eur., 24.5.2007, *Dragotoniu Militaru-Pidhorni c. Romania*; 54 55 C. eur., 25.6.2009, *Liivik c. Estonia*, §§ 92 ss. C. eur., 8.7.1999, *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*; CGUE, 8.2.2007, *Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee*, in CP, 2007, 2200, con nota di A. Balsamo; CGUE, 28.6.2005, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, §218. cfr. A. Bernardi, *Il principio di legalità*, cit., 681 ss.; V. Zagrebelsky, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, in Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 74 ss.; V. Manes, *Art. 7 (“Nessuna pena senza legge”)*, in

diverse norme – non solo diverse interpretazioni! – e quella prevalente o adottata diventa la *norma vigente*»¹⁵⁴.

Secondo giurisprudenza costante di Strasburgo, infatti, l'esame del diritto c.d. "vivente" ha un ruolo decisivo nella valutazione della sussistenza di una base legale e, pertanto, un improvviso *revirement* giurisprudenziale (soprattutto se di una giurisdizione superiore) implica una violazione del principio di legalità al pari di una riforma legislativa retroattiva. In base al principio della riconoscibilità del precetto da un punto di vista soggettivo, infatti, per la Corte EDU «l'individuo potrà fare, al momento della decisione se agire o non agire, legittimo affidamento sulla interpretazione che di quella norma abbiano fornito i giudici interni, avendo – così – un preciso diritto a non essere sorpreso *ex post* da estensioni interpretative di quella stessa norma non prevedibili *ex ante*»¹⁵⁵ (fermo restando, come accennato, che la stessa Corte EDU richiama al rispetto del dato normativo nell'interpretazione, attraverso il

Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, (diretto da) S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, cit., 274 ss.; M. Scoletta, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, Milano 2013, 214 ss.; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, Napoli 2016, 213 ss.; G. Grasso, *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza: la sfida della legalità*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. Gatta, Milano 2018, 57 ss.; F. Mazzacupa, *Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e Giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino 2016, 37 ss.; E. Addante, *op. cit.*, 17 ss. Critico de iure condito A. Nappi, *op. cit.*, 483.

¹⁵⁴ M. Donini, *Fattispecie o case law?*, cit., 87, cfr. 81 «Da quasi un ventennio, intendo per "disposizione", secondo un lessico consolidato da più tempo nella teoria generale del diritto, l'enunciato generale e astratto del legislatore, la regola legale scritta; e per "norma", il contenuto interpretato di quella disposizione, il risultato dell'interpretazione, quello che trova applicazione in concreto, effetto dell'operazione che tra le diverse letture delle parole della legge ne sceglie una: di volta in volta una lettura per ogni parola diversamente componibile con gli altri modi di intendere tutti i possibili significati. La disposizione sta alla norma come la legge sta al diritto. Questa ricezione e rielaborazione di una nota distinzione già di Vezio Crisafulli, presenta come vedremo profili di garanzia presenti solo nella sua specifica applicazione al diritto penale». Cfr. M. Donini, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *RIDPP*, 2001, 27 ss.; Id., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, cap. II, 87 ss., 99 ss.; G. P. Demuro, *L'interpretazione sistematica in diritto penale*, in *RIDPP*, 2018, 1121 ss. Questa nuova apertura epistemica del penalista è percepita anche dai più attenti teorici del diritto: cfr. G. Pino, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino, V. Villa, Bologna 2016, § 1.3.

¹⁵⁵ F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 14; ss. il quale afferma addirittura: «E ciò del tutto indipendentemente dal fatto che queste estensioni interpretative siano compatibili con il dato letterale della norma incriminatrice, e che possano avere dietro di sé ottimi argomenti sul piano storico, teleologico, sistematico: ciò che conta, dal punto di vista della garanzia di cui all'art. 7 CEDU, è soltanto se l'individuo potesse ragionevolmente prevedere tale estensione, sulla base delle indicazioni della giurisprudenza – giuste o sbagliate che fossero – nello stato in cui si trovava al momento della commissione del fatto»

richiamo all'essenza del reato¹⁵⁶). Si afferma il principio di *prevedibilità*, che si presta ad una «sorta di legittimazione del cosiddetto diritto giurisprudenziale fin oltre i limiti concessi da una forma di Stato in cui il principio democratico-parlamentare dovrebbe continuare ad essere l'asse portante dell'ordinamento giuridico»¹⁵⁷.

Fermo restando che la Corte Edu Corte chiarisce che non solo l'evoluzione nel tempo della giurisprudenza è un dato fisiologico, la cui preclusione rischierebbe di impedire «toute réforme ou amélioration» del diritto, ma, vista la pluralità delle giurisdizioni, diffuse sul territorio, anche la coesistenza di diverse interpretazioni della legge, pure all'interno di una stessa giurisdizione, non viola, di per sé, la Convenzione; quando le divergenze interpretative si verificano all'interno della giurisdizione che giudica in ultima istanza, il dato fisiologico dei contrasti giurisprudenziali può diventare patologico – e, quindi, violare il principio della «sécurité juridique», ricavato dal principio del «procès équitable» (art. 6 della Convenzione) – in presenza delle seguenti circostanze: quando le divergenze interpretative sono «profondes et persistantes» - e, quindi, comportano una violazione dell'art. 7 CEDU - e quando il diritto interno non prevede dei meccanismi «visant à la suppression de ces incohérences» o, pur essendoci quei rimedi (come da noi la remissione facoltativa alle Sezioni Unite in caso di contrasto interpretativo tra le sezioni e la remissione obbligatoria prevista dall'art. 618 c. 1-bis), non sono stati effettivamente applicati¹⁵⁸.

Merita di essere ricordata, a proposito dell'irretroattività *in malam partem* del diritto giurisprudenziale la sentenza della Corte Europea nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*¹⁵⁹ in cui non solo la Corte fa rientrare la disciplina della *redención de penas*, attinente all'esecuzione, nella nozione di "*droit pénal matériel*"¹⁶⁰, ma la Corte osserva che

¹⁵⁶ Da ultimo C. eur., *Sacharuk v. Lithuania*, cit., 144; *Vasiliauskas c. Lituania* [GC], no. 35343/05, § 155, CEDU 2015; *Streletz e a. c. Germania* [GC], cit., § 50; *S.W. c. Regno Unito*, 22.11.1995, § 36, Serie A n. 335-B. Cfr. G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017, 148, il quale afferma che il criterio dell'essenza si presenta come inevitabilmente legato alla disposizione di legge nazionale». Rimane fermo, infatti, che la prevedibilità delle decisioni giudiziali non comporta il superamento della legalità legislativa, considerando la necessaria previa conoscibilità del precetto; la prevedibilità legislativa e quella giurisprudenziale non vanno configurate in termini di alternatività, cfr; Nappi, *op. cit.*, 107 s.

¹⁵⁷ F. Palazzo, *La legalità tra principi fondamentali e teoria del reato*, in *Tra principi del diritto penale e teoria del reato. Per Giovanni De Francesco*, *Atti del convegno Pisa*, 6.5.2022, Pisa 2022, 52.

¹⁵⁸ M. Vogliotti, *Nuovi problemi*, cit., 28 s.

¹⁵⁹ C. eur., 21.10.2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09; *Yüksel Yalçınkaya c. Türkiye* [GC], no. 15669/20, §§ 237-42, 26.9.2023; *Sacharuk v. Lithuania*, cit.; cfr. E. Addante, *op. cit.*, 31 ss.

¹⁶⁰ Tale conclusione, peraltro, sarebbe dimostrata proprio dal fatto che, in occasione della riforma del 1995, il legislatore si è curato di formulare disposizioni transitorie volte a garantire l'applicazione del beneficio ai soggetti giudicati sulla base del codice penale del 1973.

l'interpretazione in malam parte (*doctrina Parot*) da parte del *Tribunal Supremo* ha comportato un prolungamento della pena certamente "imprevedibile" da parte della ricorrente¹⁶¹. Per l'ordinamento italiano è emblematico il caso *Contrada*¹⁶² in cui la Corte ribadisce questa nozione di prevedibilità dell'intervento punitivo, che esige che i mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* non possano operare retroattivamente ex art. 7 C.E.D.U.¹⁶³ - che presuppone, quindi, il rispetto del principio di colpevolezza¹⁶⁴ -; in questo caso la Corte non discute del fondamento normativo del concorso esterno

¹⁶¹ Cfr. F. Mazzacuva, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *DPP* 30.10.2013.

¹⁶² C. eur., 14.4.2015, *Contrada c. Italia*, n. 66655/13, §§ 60 ss., 73 ss. Cfr. più di recente A. Nappi, *op. cit.*, 487 ss.; P. Pomanti, *op. cit.*, 189 ss.; cfr. D. Perrone, *op. cit.*, 171 ss.

¹⁶³ Cfr. opportunamente V. Valentini, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, in www.penale.contemporaneo.it, 20.6.2016, 20: «sempre che si ritenga, insomma, che l'introiezione di quel diritto alla prevedibilità della pena in cui consiste la legalità europea (*retro*, § 3) non possa che avvenire sul piano della certezza soggettivo-individuale tutelata "caso per caso" dall'art. 5 Cp, anziché sul piano della certezza soggettivo-impersonale presidiata dalla tipicità/tassatività della norma incriminatrice (che può dirsi compromessa anche da conflitti ermeneutici sincronici) e dal divieto di punizioni retroattive (che può dirsi violato anche nell'ipotesi di *overruling* sfavorevole)», l'autore correttamente predilige la seconda soluzione, cfr. *Id.*, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano 2012, 150 ss.; *Id.*, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *RIDPP*, 2014, 315 ss.

¹⁶⁴ Cfr. M. Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *RIDPP*, 2018, 3, 1599: «Si è fatta strada così l'idea che l'art. 27, co. 1, Cost. contenga un sotto-principio, di "riconoscibilità" della legge penale e del divieto. Questa riformulazione, che traduce il contenuto della giurisprudenza costituzionale scolpita nella sentenza 364/1988, ha conosciuto peraltro gli sviluppi più importanti in prospettiva europea e non nazionale, ad opera della Corte EDU, poi recepita dalla Corte costituzionale come diritto in parte anche interno, direttamente assunto negli artt. 27 e 25 Cost. Il concetto di fondo è: il diritto (punitivo) deve essere prevedibile dal destinatario al tempo della condotta: i casi "europei" *Contrada* e *Taricco*, per l'Italia, hanno consolidato questi principi. Non solo la legge formale, ma il suo contenuto ermeneutico rileva. In particolare, i mutamenti giurisprudenziali peggiorativi non possono operare retroattivamente per violazione in ogni caso di quel principio di "prevedibilità" che nella nostra cultura rientra nella colpevolezza. Si "scusa" dunque il destinatario inevitabilmente ignaro, ma si ammette una evoluzione della "legge applicata" ai casi futuri. Che tali errori di diritto siano peraltro davvero scusati nella prassi è ancora una scommessa sulla giurisprudenza. Non deve peraltro, questa "soggettivizzazione della norma penale", costituire un alibi per riversare sui consociati (che vengono "scusati" per) le responsabilità pubbliche di leggi manipolate o "create" in via ermeneutica in sostituzione di una legislazione assente o ritardataria: è un aspetto critico del diritto giurisprudenziale»; *Id.*, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *QuestG*, 2018, 4, 79 e ss. che evidenzia criticamente che «il tentativo di ricondurre il caso a una forma di scusante soggettiva è un modo della giurisprudenza nazionale per autoassolversi a posteriori, "individualizzando" le responsabilità e riportandole sul consociato che, caso *Contrada* a parte, è la vera vittima dei procedimenti ermeneutici peggiorativi retroattivi, siano mere individuazioni di norme nuove, siano vere costruzioni di tipi nuovi: per quanto egli sia in ipotesi del tutto "colpevole" dei fatti estensivamente ricondotti a una incriminazione, questo ragionamento non può evidentemente entrare in gioco in questo tentativo di giustificazione del comportamento dei pubblici poteri, della cui illegittimità è chiaramente corresponsabile un legislatore che ha sempre omesso di integrare o riscrivere queste norme sui reati associativi»; F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *DPP*, 2015, 9, 1064 ss.

in associazione mafiosa, ma piuttosto in presenza di orientamenti interpretativi contraddittori, ritiene che non fosse prevedibile per l'imputato la sottoposizione a un procedimento penale a titolo di concorso esterno¹⁶⁵. La Corte dovrebbe verificare se il ricorrente abbia subito, con la condanna, un trattamento arbitrario da parte dello Stato in quanto non rispettoso della sua libertà di scegliere in maniera informata¹⁶⁶.

Pur enfatizzando il ruolo del giudice, la Corte europea ne limita la discrezionalità anche laddove attribuisce al principio di legalità il significato di principio di tassatività affermando che la legge deve stabilire in maniera chiara l'offesa e le sanzioni, vietando non solo l'analogia ma anche l'interpretazione estensiva¹⁶⁷ («*while it prohibits in particular extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy*») ¹⁶⁸ o, perlomeno, si ammette l'interpretazione estensiva nei limiti in cui fosse "ragionevolmente prevedibile" in quanto «risultato dello sviluppo di una linea giurisprudenziale percepibile o se la sua applicazione in circostanze più ampie fosse comunque compatibile con l'essenza del reato»¹⁶⁹; si riconosce che la progressiva

¹⁶⁵ F. Viganò, *Il principio di prevedibilità*, cit., 229.

¹⁶⁶ Cfr. L. Fornari, *Prima e dopo Contrada: precedenti giurisprudenziali ed "essenza" della fattispecie nella valutazione di prevedibilità ex art. 7 CEDU*, in *Diritto penale dell'Unione Europea e nell'Unione Europea - Studi in onore di Giovanni Grasso*, Pisa 2023, 563, 565: «Pur nel suo 'minimalismo' argomentativo e con tutti i suoi profili discutibili, la sentenza Contrada rientra comunque nel trend, che è stato poi confermato negli anni successivi, del riconoscimento di un forte rilievo della componente giurisprudenziale all'interno del giudizio europeo di prevedibilità. Addirittura, con due profili di 'estremizzazione': da una parte il contestuale dissolvimento del formante della previsione normativa, talmente inusuale, però, da svelare che si è verosimilmente trattato di una scelta 'tattica', finalizzata a semplificare la motivazione; dall'altra, l'estensione dell'oggetto del giudizio di prevedibilità alla *ratio decidendi* del giudice nazionale, che si può scorgere nella scelta di valorizzare la datazione della giurisprudenza su cui è stata fondata la sentenza di condanna e il suo essere successiva alle condotte incriminate, e di elidere dal giudizio ex art. 7 CEDU il quadro giurisprudenziale coevo ad esse». Cfr. V. Valentini, *La ricombinazione genica*, cit., 17: «Non la condanna, ripetiamo, trattandosi di un fatto di sicuro e prevedibile rilievo penale, e neppure lo schema giuridico "generale" del concorso esterno, che praticavamo già dagli anni '60: era invece quella fattispecie concorsuale "di parte speciale" a essere oscura, e, per conseguenza, non era conoscibile la pena che ne sarebbe seguita».

¹⁶⁷ Cfr. C. eur., 8.7.1999, n. 23536194 - 24408194, in 31 *E.H.R. R.* 2001, 292; 21.1.2003, *Veeber v. Estonia*, n. 45771/99, § 31; *Coëme and others*, cit., § 145; 25.5.1993, *Kokkinakis c. Grecia*, n. 14307/88, § 52; 24.2.1998, *Larissis e a. c. Grecia*, § 39 ss.; *Streletz e a.*, cit., § 50; *K.-H. W. v. Germany*, cit., § 45; *Baskaya and Okçuoglu v. Turkey*, cit., § 36; S. Bernardi, *Il principio di legalità*, cit., 681 ss.; F. Mazzacuva, *Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e Giustizia penale*, a cura di G. Uberris-F. Viganò, Torino, 2016, 37 ss.; V. Manes, *Decisioni in primo piano - nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem - nota a Cass., Sez. un., 25.6.2009 (dep. 6.10.2009)*, n. 38691, Caruso, in *CP*, 2010, 1, 105 ss.

¹⁶⁸ Corte E.D.U. 3.3.2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, nn. 22429/07 e 25195/07, § 58.

¹⁶⁹ Così C. eur., *Sacharuk v. Lithuania*, cit., 145, la Corte continua: «(si veda *Parmak e Bakir c. Turchia*, nn. 22429/07 e 25195/07, § 65, 3.12.2019). I tribunali nazionali devono esercitare una particolare diligenza per chiarire

evoluzione della legge penale attraverso l'interpretazione giudiziale è una parte necessaria della tradizione legale, purché i risultati di tale sviluppo interpretativo siano conformi all' «*essenza del reato* e possono essere *ragionevolmente prevedibili*»¹⁷⁰. Il concetto di *essenza del reato*, da una parte, richiama il "tipo criminoso legale"¹⁷¹, dall'altra il dato testuale¹⁷², come affermato ad esempio nel caso *Navalny c. Russia*¹⁷³ anche esaltando il ruolo del dato testuale; il cittadino deve poter conoscere innanzitutto dalle parole della disposizione rilevante quali atti o omissioni lo renderanno penalmente responsabile («From these principles it follows that an offence must be clearly defined in law. This requirement is satisfied where the individual can know from the *wording* of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable») ¹⁷⁴.

Si riconosce, insomma, al principio di legalità/tassatività il ruolo di garante della libertà del cittadino, il quale, potendo conoscere in maniera chiara il confine tra lecito e illecito, può orientare di conseguenza la sua condotta: si deve garantire la prevedibilità e precalcolabilità dell'intervento sanzionatorio dello Stato¹⁷⁵, garantendo al *nullum crimen* prestazioni che la Corte Costituzionale italiana non è mai riuscita a

gli elementi di un reato in termini che lo rendano prevedibile e compatibile con la sua *essenza* (ibidem, § 77). In questo contesto, la Corte ribadisce che anche quando un punto viene deciso per la prima volta nel caso di un richiedente, non si verifica una violazione dell'articolo 7 della Convenzione se il significato dato è sia prevedibile che compatibile con l'essenza del reato (si vedano *Jorgic c. Germania*, n. 74613/01, § 114, CEDU 2007 III; *Custers e altri c. Danimarca*, nn. 11843/03 e altri 2, 3.5.2007; e *Huhtamäki c. Finlandia*, no. 54468/09, § 51, 6.3.2012)».

¹⁷⁰ C. eur., *Streletz*, § 50; *K.-H. W. v. Germany*, cit., § 45; *Kafkaris*, cit., § 141; Sez. II, 3.3.2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, n. 22429/07 e 25195/07, § 59: «Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, "provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen" (ibid., with further references)»; Sez. II, 3.3.2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, ricc. 22429/07 e 25195/07, § 58; cfr. A. Bernardi, *Il principio di legalità*, cit., 689.

¹⁷¹ Cfr. R. Bartoli, *Le garanzie*, cit., 180; L. Fornari, *op. cit.*, 14, che evidenzia come «il tema dell'individuazione di una "essenza" della fattispecie penale sollecita l'attenzione del penalista rispetto all'individuazione del suo contenuto, potendosi ravvisare in tale criterio il richiamo alla ricerca dei limiti del "tipo" criminoso e quindi un appello a un'interpretazione tendenzialmente restrittiva della norma incriminatrice. Sotto questo profilo, si potrebbe persino immaginare un ruolo della Corte EDU di sentinella delle esigenze di contenimento della vocazione espansiva delle giurisprudenze nazionali».

¹⁷² Cfr. R. Bartoli, *Le garanzie*, cit., 159

¹⁷³ C. eur., 17.10.2017 (15.11.2018), *Navalnyye c. Russia*, n. 29580/12, § 54.

¹⁷⁴ Idem, § 61 ss. Cfr. A. Santangelo, *op. cit.*, 352.

¹⁷⁵ Cfr. G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano 1983, 202; Hettinger, *Die zentrale Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes*, in *Jus*, 1997, 19; A. Bernardi, *Il principio di legalità*, cit., 681 ss.; Cfr. C. eur., 8.7.1999, N. 23536194 – 24408194, in 31 *E.H.R. R.* 2001, 292; *Veeber v. Estonia*, cit., § 31; *Coëme and others*, cit., § 145; *Kokkinakis c. Grecia*, cit., § 52; *Streletz e a.*, cit., § 50; *K.-H. W. v. Germany*, cit., § 45; *Baskaya and Okçuoglu v. Turkey*, cit., § 36

garantire ai principi di tassatività e determinatezza¹⁷⁶. Come evidenziato dalla Suprema Corte italiana «la Corte europea ha enucleato un concetto di «legalità materiale» in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici per certi aspetti più elevati di quelli affermati dall'art. 25 della Costituzione»¹⁷⁷. Il tutto con la precisazione che la conoscibilità/prevedibilità non investe, soltanto, la parte precettiva della norma penale – come nel caso Pessino¹⁷⁸ –, ma anche le conseguenze sanzionatorie («*an individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation, what acts and omissions will mak him crimminally liable and what penalty will be imposed for the act committed*»)¹⁷⁹, come ribadito nel caso *Alimuçaj*¹⁸⁰, comprese- come sopra ricordato - le norme in materia di esecuzione¹⁸¹.

Nella considerazione di parametri oggettivi si attribuisce rilevanza anche all'evoluzione socioculturale¹⁸² svincolata da riferimenti normativi-formali; in tale direzione le storiche sentenze in tema di *marital rape*¹⁸³, in cui l'evoluzione socio

¹⁷⁶ Così Manes, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *CP*, 2017, 971; cfr. Id, cit., 689.

¹⁷⁷ Cass., Sez. un., 21.1.2010, n. 18258. Cfr. Grasso, *Politiche penali*, cit., 58; De Amicis, *Il principio di legalità nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Quaderni eur.*, 10.2009, 14, 6. Cfr. Fornari, *op. cit.*, 549 che evidenzia come il richiamo all'essenza del reato «costituisce di per sé un dato di rilievo, poiché smentisce l'idea di una giurisdizione dei diritti umani 'necessariamente' ancorata al dato giurisprudenziale: a prescindere dal maggiore o minore rigore con cui si sviluppa, il criterio dell'essenza si presenta come inevitabilmente legato alla disposizione di legge nazionale».

¹⁷⁸ Corte E.D.U., *Pessino c. Francia*, n. 40403/02, § 33, 10.10.2006.

¹⁷⁹ Corte E.D.U. Grande Camera, sent. 12.2.2018, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, § 140.

¹⁸⁰ Corte E.D.U., 7.2.2012, *Alimuçaj c. Albania* – in cui lo Stato albanese è stato condannato perché i giudici nazionali avrebbero imposto al ricorrente una pena più severa di quella che – sulla base della giurisprudenza e della dottrina assolutamente maggioritarie – era ragionevole prevedere al momento della commissione del fatto; G. Grasso-F. Giuffrida, *op. cit.*, 42.

¹⁸¹ Corte E.D.U., Grande Camera, *Del Rio Prada*, cit., §§ 56 – 118; *Kafkaris c. Cipro*, cit., §§ 125 – 152; 17.12.2009 *M. c. Germania*, §§ 106 – 137.

¹⁸² Cfr. C. eur. 19.2.2008, *Kuolesis e a. v. Lituania*, § 115 ss. Cfr. F. Mazzacuva, *Nulla poena*, cit., 238 s.; Bernardi, *Riserva di legge e fonti europee in materia penale*, in *Annali Ferrara*, 2006, 45 ss.

¹⁸³ Corte E.D.U., 22.11.1995, *S.W. c. Regno Unito*, n. 0166/92, §§ 43 ss., con il quale è stata ritenuta prevedibile la condanna per violenza sessuale nei confronti della moglie, malgrado, al momento dei fatti, l'immunità che assisteva il marito non fosse stata ancora superata nell'ordinamento anglosassone; la Corte ha ritenuto che l'evidente evoluzione registratesi in riferimento al delitto di violenza sessuale rendeva infatti prevedibile la rilevanza penale di uno stupro, anche se commesso nell'ambito di una relazione coniugale: «42. *It is to be observed that a crucial issue in the judgment of the Court of Appeal in R. v. R. (summarised at paragraph 11 above) related to the definition of rape in section 1 (1) (a) of the 1976 Act: "unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it". The question was whether "removal" of the marital immunity would conflict with the statutory definition of rape, in particular whether it would be prevented by the word "unlawful". The Court of Appeal carefully examined various strands of interpretation of the provision in the case-law, including the argument that the term "unlawful" excluded intercourse within marriage from the definition of rape. In this connection, the Court recalls that it is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply national law (see, for instance, the *Kemmache v. France* (no. 3) judgment of 24 November*

culturale cui i giudici di Strasburgo rimandano attribuisce valenza decisiva a un modello di riconoscibilità oggettiva. Parte della dottrina individua in queste sentenze anche un ulteriore e autonomo parametro di valutazione del concetto di prevedibilità, quello "sociale", laddove da parte della Corte è «oggetto di valutazione l'evoluzione della considerazione sociale del comportamento come antiggiuridico, ritenendo prevedibile l'incriminazione persino se in contrasto con un testo normativo dal tenore liberatorio e pur in assenza di indicatori orientativi oggettivi»¹⁸⁴; anzi, si evidenzia una certa contraddittorietà in tali pronunce che finirebbero per consentire un'applicazione retroattiva di un'interpretazione *in malam partem* in una prospettiva criticamente considerata vittimocentrica, a scapito delle garanzie del reo¹⁸⁵.

In realtà, proprio rispetto al caso del *marital rape* si evidenzia correttamente che era difficile ipotizzare una conclusione diversa da parte di una Corte dei diritti che deve garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona e che, quindi, non avrebbe potuto accogliere un concetto di rapporto coniugale non degno di una "società civile"; la Corte «altro non fece che continuare una linea percepibile di sviluppo giurisprudenziale» sulla via dell'apposizione di limiti sempre più marcati all'immunità coniugale, tale che «il riconoscimento giudiziale dell'assenza di immunità era

1994, Series A no. 296-C, 86-87, para. 37). It sees no reason to disagree with the Court of Appeal's conclusion, which was subsequently upheld by the House of Lords (see paragraph 12 above), that the word "unlawful" in the definition of rape was merely surplusage and did not inhibit them from "removing a common law fiction which had become anachronistic and offensive" and from declaring that "a rapist remains a rapist subject to the criminal law, irrespective of his relationship with his victim" (see paragraph 11 above).

43. The decisions of the Court of Appeal and then the House of Lords did no more than continue a perceptible line of case-law development dismantling the immunity of a husband from prosecution for rape upon his wife (for a description of this development, see paragraphs 11 and 23-27 above). There was no doubt under the law as it stood on 18 September 1990 that a husband who forcibly had sexual intercourse with his wife could, in various circumstances, be found guilty of rape. Moreover, there was an evident evolution, which was consistent with the very essence of the offence, of the criminal law through judicial interpretation towards treating such conduct generally as within the scope of the offence of rape. This evolution had reached a stage where judicial recognition of the absence of immunity had become a reasonably foreseeable development of the law (see paragraph 36 above).

44. The essentially debasing character of rape is so manifest that the result of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords – that the applicant could be convicted of attempted rape, irrespective of his relationship with the victim – cannot be said to be at variance with the object and purpose of Article 7 (art. 7) of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment (see paragraph 34 above). What is more, the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom».

¹⁸⁴ Sui criteri del giudizio di prevedibilità v. S. De Blasis, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *DPenCont* 2017, 4, 128 ss.

¹⁸⁵ Così V. Valentini, *Diritto penale intertemporale*, cit., 239 ss. Cfr. E. Addante, *op. cit.*, 13.

diventato uno sviluppo ragionevolmente prevedibile»¹⁸⁶. Questo è un caso in cui emerge come «l'interpretazione è soggetta a una molteplicità di altri condizionamenti: la precomprensione dell'interprete (e, quindi, la sua cultura, i suoi valori, la sua visione del mondo, i suoi pregiudizi...), il co-testo, il contesto empirico e culturale, il fine di giustizia rappresentato dai principi e dai valori della Costituzione e delle Carte europee dei diritti. Può capitare che con il trascorrere del tempo il mutamento del co-testo (per effetto di interventi legislativi o di interpretazioni giurisprudenziali che, incidendo sul tessuto normativo in cui è inserita la fattispecie incriminatrice, ne possono condizionare il significato) e il mutamento del contesto (per effetto del progresso tecnologico, di nuove scoperte scientifiche, del cambiamento dei costumi, del manifestarsi di nuove sensibilità diffuse in seno alla società...) concorrano a rendere più ragionevole, persuasiva, accettabile, la nuova interpretazione rispetto alla precedente e, quindi, più conoscibile »¹⁸⁷.

La valenza politica del principio di irretoattività contro gli abusi del potere giudiziario emerge in maniera sin troppo evidente nel caso *Navalny c. Russia*¹⁸⁸ in cui

¹⁸⁶ C. eur., *S.W. c. Regno Unito*, cit., § 43, con rinvio ai §§ 11 e 23-27; così Fornari, *op. cit.*, 7, che ricorda «In particolare, in un precedente (*R. c. R.*) del 7 del 1990 (poi confermato da una sentenza della *Court of Appeal*), la *Crown Court* nel condannare un marito che si era appellato alla causa di non punibilità si era uniformata ad altri casi, pur caratterizzati da varietà di circostanze relative alla evoluzione dello *status* matrimoniale dei soggetti coinvolti (separazione, cessazione della convivenza ecc.), in cui l'eccezione di immunità non era stata accolta, avendo la Corte inglese colto le mutate concezioni sull'uguaglianza tra uomo e donna e della esigenza di tutelare la dignità di quest'ultima anche all'interno del vincolo matrimoniale».

¹⁸⁷ M. Vogliotti, *Nuovi problemi*, cit., 20, cfr. 22: «In presenza di uno scenario come quello sopra evocato, si può sostenere che il “nuovo diritto” prodotto dall'overruling è davvero tale solo se lo si valuta in relazione al precedente indirizzo giurisprudenziale da cui si discosta; non appare più tale, invece, se lo si mette in relazione con il contesto di ricezione dell'enunciato normativo. In relazione a quest'ultimo, quella diversa interpretazione, suggerita al giudice (e, magari, in alcuni casi persino imposta) da quei mutamenti del co-testo giuridico e del contesto fattuale e culturale, apparirà al destinatario del precetto come il significato più “corretto” del testo, quello che “viene spontaneo”, e, perciò, come il significato più prevedibile». L'autore equipara a questo caso il caso *Mordino*: «Un altro caso, deciso dalle Sezioni Unite con la sentenza *Mordino* del 2018, ci fornisce, invece, un esempio di ragionevole prevedibilità dell'overruling giurisprudenziale determinato dallo «sviluppo tecnologico» e dal mutamento del «contesto sociale», sullo sfondo di un cambiamento del co-testo normativo europeo e nazionale (§ 3). Sollecitate ad intervenire per risolvere il quesito sulla necessità o meno di accertare il pericolo concreto di diffusione di materiale pedopornografico ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 600-ter, c. 1, n. 1 Cp, le Sezioni Unite, superando una loro precedente decisione (sent. n. 13 del 2000, *Bove*), hanno escluso la necessità di un tale accertamento, ampliando in tal modo i confini del penalmente rilevante (Cass., S.U., 31.5.2018, n. 51815, *Mordino*). Alla domanda se vi sia, nel caso di specie, un problema di overruling che debba valere solo per il futuro (prospective overruling), il Collegio risponde negativamente, ritenendo – pur senza esprimersi con il linguaggio della Corte europea – quella nuova interpretazione ragionevolmente prevedibile a causa del mutamento del «quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale (§ 4.2)».

¹⁸⁸ C. eur. 17.10.2017 (15.11.2018), *Navalny c. Russia*, n. 29580/12.

la Corte di Strasburgo è tornata a riconoscere la violazione dell'art. 7 CEDU per l'imprevedibilità della condanna penale; i ricorrenti lamentavano di essere stati condannati ingiustamente dai giudici nazionali per i reati di frode contrattuale e riciclaggio, venendo puniti per condotte che, al tempo della loro commissione non potevano ragionevolmente integrare le fattispecie incriminatrici in questione e dunque in violazione del principio di legalità e prevedibilità di cui all'art. 7 CEDU, nonché in base a un procedimento penale sostanzialmente "politico", che li aveva privati delle fondamentali garanzie previste dall'art. 6 CEDU. Ad avviso della Corte, la condanna penale subita dai due ricorrenti è l'esito di un'interpretazione *estensiva*, non rispettosa della lettera della legge, e imprevedibile della legge penale a loro discapito; così come essi non potevano prevedere che le loro condotte, *lecite sotto il profilo del diritto contrattuale*, avrebbero integrato il reato di frode commerciale, peraltro, gli stessi non potevano nemmeno attendersi che l'utilizzo dei proventi di tale attività per i fini della propria impresa avrebbe ulteriormente integrato il delitto di riciclaggio. Come già riconosciuto dalla Corte EDU in un altro caso relativo al medesimo ricorrente Aleksey Navalny¹⁸⁹, la Corte ritiene inoltre che la totale incompatibilità tra le condotte contestate all'imputato e la norma incriminatrice richiamata rende il procedimento penale arbitrario e dunque lesivo dell'art. 6 § 1 CEDU.

7.1. Per le materie che rientrano nel suo ambito di applicazione (art. 51 CDFUE), un altro fondamentale formante normativo è rappresentato dal diritto UE di cui la Corte Costituzionale ha espressamente riconosciuto il primato, facendolo assurgere a direttiva fondamentale dell'interpretazione del diritto interno¹⁹⁰; anche in questo la Corte Costituzionale ha espressamente riconosciuto che il diritto dell'Unione, cui fare riferimento, è quello interpretato dalla Corte di Giustizia¹⁹¹. Come da ultimo ribadito anche nel documento finale dell'Associazione Nazionale Magistrati (36 congresso) «se le disposizioni di rango primario si pongono in frizione con i diritti e le libertà fondamentali garantiti dalla Costituzione, e dalle fonti del diritto dell'Unione, quindi, è dovere di ogni magistrato ricorrere, con la dovuta ponderazione e prudenza, agli strumenti che l'ordinamento pone a tutela dei diritti che devono essere assicurati a

¹⁸⁹ C. eur. 4.7.2016, *Navalnyy e Ofitserov c. Russia*, n. 46632/13 and 28671/14.

¹⁹⁰ C. cost. n. 183/1973; n. 232/1975; sentenza Granital (C. cost. n. 169/1984; cfr. F. Palazzo, *Legalità penale*, cit., 1268 ss. sulla peculiarità dell'operazione ermeneutica dell'interpretazione conforme e della disapplicazione.

¹⁹¹ C. cost. 115/2018; cfr. F. Viganò, *Legalità*, cit., 12

ogni persona»¹⁹².

Il diritto UE vincola il giudice penale degli Stati membri, costringendolo innanzitutto ad interpretare le norme interne, che attuano gli obblighi di fonte UE o che incidono nei settori di competenza UE, in maniera conforme alle norme europee (laddove trattasi di norme dotate di efficacia diretta), fermo restando il limite invalicabile del divieto di applicazione analogica (si potrebbe trattare anche di un'interpretazione estensiva *in malam partem*¹⁹³). Se il giudice nazionale è in dubbio sul significato da attribuire ad una norma UE potrà (o dovrà se giudice di ultima istanza) presentare un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, chiamata al ruolo di interprete originale del diritto UE (art. 267 TFUE). Anche la Corte Costituzionale può utilizzare tale strumento, come ha fatto per la prima volta nella nota vicenda Taricco con l'ordinanza n. 24/2017.

La vicenda Taricco è significativa perché rappresenta un modello «di virtuosa cooperazione fra le giurisdizioni interne e quelle sovranazionali»; la Corte Costituzionale avrebbe potuto attivare l'opposizione dei "controlimiti", ma ha preferito un approccio dialogico utilizzando il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE (riguardante la pretesa disapplicazione delle norme penali sulla proroga della prescrizione "*in malam partem*")¹⁹⁴. La Corte di Lussemburgo svolge così una «funzione consultiva mirata alla costruzione di una più avanzata nomofilachia in dimensione europea». In tal modo si amplia la gamma degli strumenti procedurali che, creati per mettere in collegamento orizzontale i giudici nazionali e le Corti sovranazionali, realizzano concretamente un più generale principium cooperationis mirato all'armonica formazione di un comune formante giurisprudenziale di matrice europea, precipuamente destinato a garantire l'effettiva tutela dei diritti e delle libertà della persona¹⁹⁵.

Laddove, poi, l'interpretazione conforme non sia possibile, il giudice nazionale deve disapplicare la norma interna in contrasto con la norma UE in base al principio del primato del diritto UE sul diritto nazionale; la disapplicazione comporta che una

¹⁹² Mozione finale del 36° Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, tenutosi a Palermo il 12.5.2024, in www.sistemapenale.it 13.5.2024.

¹⁹³ Cfr. in materia A.M. Maugeri, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *RIDPP*, 2011, 1133-1154 e dottrina e giurisprudenza ivi citata.

¹⁹⁴ Corte di giustizia 8.9.2015, nella causa C-105/14, e dal rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale cui la Corte europea ha risposto con la sentenza 5.12.2017, in causa M. A.S. e M. B. ("Taricco 2" o "Taricco-bis"), cui ha fatto infine seguito la sentenza della C. cost.

¹⁹⁵ G. Canzio, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in www.sistemapenale.it 29.6.2022, 14 s..

norma penale che limita un diritto, una libertà o un principio di fonte UE, non può essere applicata dal giudice nazionale. Il primato del diritto UE incontra un limite nei principi di legalità e irretroattività in materia penale che appartengono alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, imponendo come compito del giudice nazionale di verificare caso per caso la compatibilità tra gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e questi principi costituzionali¹⁹⁶.

In linea con una concezione costitutiva della giurisdizione, si può ricordare che la Corte Costituzionale ha altresì sancito *l'obbligo di disapplicazione rispetto a pronunce del giudice di Lussemburgo che precisano o integrano il significato di una norma comunitaria*, affermandone la stessa efficacia immediata e, dunque, l'immediata applicabilità, in luogo delle norme nazionali confliggenti con quelle comunitarie così come interpretate dalla Corte a seguito di rinvio pregiudiziale (C. cost., 23 aprile 1985, n. 113), ma anche in esito ad una procedura di infrazione (C. cost., 11 luglio 1989, n. 389).

Lo strumento della disapplicazione ha rappresentato un fondamentale strumento di effetto indiretto *in bonam partem* del diritto UE sul diritto interno, per affermare la tutela di diritti e libertà fondamentali riconosciuti a livello europeo; basti pensare al caso EL Dridi 2011, in cui la Corte di Giustizia ha affermato che il delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento intimato dal questore ex art. 14, c. 5 ter, punito con la pena della reclusione per lo straniero che non cooperasse al buon esito della procedura espulsiva, è in contrasto con la direttiva rimpatri 2008/115/CE perché ne può compromettere lo scopo, il rimpatrio dello straniero¹⁹⁷.

Rientrano nell'ambito delle norme UE direttamente applicabile le norme della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che a norma dell'art. 6 TUE ha lo stesso valore dei trattati, come affermato da ultimo dalla Corte di Giustizia in relazione al principio di proporzionalità della pena¹⁹⁸; fermo restando che ancor prima dell'entrata in vigore della Carta, a partire dagli anni '60, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha svolto un fondamentale ruolo di affermazione dei principi fondamentali delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri a tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini europei. Il diritto UE, i principi delle tradizioni costituzionali comuni e poi la Carta dei diritti fondamentali sono strumenti fondamentali di affermazione dell'uguaglianza

¹⁹⁶ G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano 2023, 62 – 623; In Granital la disapplicazione, rectius non applicazione, opera nei casi di norme interne confliggenti con quelle comunitarie direttamente applicabili; in Giampaoli (v. C. cost., 18.4.1991, n. 168) la stessa impostazione si segue rispetto al conflitto con norme comunitarie dotate di effetto diretto (v. anche sentenza 2.2.1990, n. 64).

¹⁹⁷ C.G.U.E, 28/4/2011, C-61/11..

¹⁹⁸ C.G.U.E, 8.3.2022, C-205/20

sostanziale, affermata nell'intero capitolo III della CEDF (cui si aggiunge il capitolo IV sulla solidarietà) e nell'art. 3 della Costituzione italiana, quell'uguaglianza che – come esaminato – deve essere perseguita dall'interpretazione giurisprudenziale del diritto.

In passato la Corte Costituzionale si pronunciava per l'inammissibilità laddove una questione di costituzionalità coinvolgesse profili di contrasto di una norma interna con una norma UE direttamente applicabile; la Consulta (sentenze nn. 20, 63, 11/2019) ha abbandonato questo orientamento laddove il giudice sollevi una questione di legittimità costituzionale che coinvolga norme di diritto UE direttamente applicabili, la Corte non si esime dal pronunciarsi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (267 TFUE) (fermo restando che il giudice può direttamente sottoporre il rinvio pregiudiziale o disapplicare).

Emerge in maniera evidente, in conclusione, come un'interpretazione conforme al diritto UE e alla Carta dei diritti fondamentali UE rappresenta uno strumento di attuazione *dell'uso alternativo del diritto*, propugnato nel convegno catanese, perseguendo l'affermazione dei diritti fondamentali del cittadino europeo e dell'uguaglianza sostanziale; tanto è vero che l'obbligo del giudice di interpretare il diritto interno nel rispetto del diritto UE, oltre che in maniera costituzionalmente e convenzionalmente conforme, è stato alla base della decisione del giudice di Catania, Apostolico, che ha deciso di non convalidare i trattenimenti nel Cpr di Pozzallo di quattro migranti tunisini, ritenendo «incostituzionale e contrario alle norme Ue» il cosiddetto decreto Cutro; si tratta di un caso di interpretazione conforme al diritto UE che realizza in pieno il programma dell'uso alternativo del diritto.

Tale provvedimento è stato oggetto di pesanti critiche anche da parte di soggetti istituzionali, al punto che nella mozione ANM sopra citata, si afferma che «È dannosa per le istituzioni una critica che non parta dalle motivazioni del provvedimento giudiziario, e che sia fondata sulla ricerca nella vita privata del magistrato, di dichiarazioni o meri comportamenti che, talvolta travisati e comunicati ad arte, possano dare, all'opinione pubblica, l'impressione di un pregiudizio, di una partigianeria che ne ha guidato la penna».

8. Il legislatore ha attribuito una fondamentale funzione nomofilattica alla Suprema Corte, «al cui magistero è affidato dallo stesso legislatore il compito di depotenziare il corto circuito fra la legalità formale della legge e la legalità effettuale della giurisprudenza». L'art. 65, comma 1, dell'ordinamento giudiziario, nell'ancora vigente

formulazione di cui al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, attribuisce alla Cassazione la funzione di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto oggettivo nazionale» (solo di esattezza della interpretazione parlava invece l'art. 122 del r.d. n. 2626 del 1865, il primo ordinamento giudiziario dello Stato unitario)¹⁹⁹; un linguaggio che tradisce l'ambizione utopistica a un'assoluta «unità del diritto oggettivo, la geometrica esattezza della sua osservanza e l'uniformità della sua interpretazione». In tale direzione, poi, l'art. 68 dello stesso ord. giud. del 1941 istituisce presso la Cassazione l'Ufficio del Massimario, con la sua funzione di razionalizzazione e analisi sistematica dei più significativi approdi ermeneutici cui perviene la Corte Suprema e che ai sensi dell'art. 26 del Regol. esec. Cpp (d.m. 30 settembre 1989, n. 334) dovrebbe «rendere omogenei i criteri di formazione delle massime, in linea con la funzione nomofilattica della Corte». In tal guisa la Suprema Corte dovrebbe rappresentare il «cruciale spazio dialettico in cui il diritto vivente viene elaborato e diffuso nella comunità dei giuristi, per guidarne l'interpretazione tendenzialmente uniforme nella prospettiva costituzionale del principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge»²⁰⁰.

Il moltiplicarsi dei ricorsi dinanzi alla Suprema Corte (circa 83.000 l'anno, di cui 50.000 per il penale), ha avuto come conseguenza il moltiplicarsi anche di orientamenti interpretativi differenti e conflittuali da parte di sezioni diverse della stessa Corte di Cassazione, se non della stessa sezione, «con conseguente crescita degli aspetti di disorientamento e di incertezza del diritto»²⁰¹; la frammentazione degli indirizzi applicativi «provoca disorientamento e impedisce ai cittadini di calcolare in anticipo le possibili conseguenze penali delle loro condotte»²⁰². Ciò è stato attribuito anche a una «lettura eccessivamente individualistica del rapporto giudice-legge», con la conseguente «sottovalutazione del significato istituzionale della funzione giurisdizionale»²⁰³.

La storica sentenza della Corte costituzionale 364/1988, che riconosce la scusabilità dell'errore sulla legge penale in presenza di un «gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari» (§ 27), si colloca in questo nuovo contesto culturale di frequenti contrasti, non solo diacronici, ma anche sincronici; tale decisione

¹⁹⁹ R. Orlandi, *op. cit.*, 397, che richiama il pensiero di Calamandrei che fu l'artefice di questa norma.

²⁰⁰ G. Canzio, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, cit., 5 ss. Sulla nomofilachia come valore irrinunciabile F. Palazzo, *Legalità penale*, cit., 1272

²⁰¹ G. Zaccaria, *op. cit.*, 29.

²⁰² G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 149.

²⁰³ V. Zagrebelsky, *Dalla varietà delle opinioni all'unità della giurisprudenza*, in *CP* 1988, 1576.

è stata, infatti, lucidamente interpretata, da un lato, come «uno stimolo forte e ineludibile» per la «creazione di un diritto giurisprudenziale » e, anticipando i tempi, come espressione di una sorta di divieto, per il singolo giudice, di «innovazioni interpretative che portino a ritenere penalmente rilevante ciò che la giurisprudenza precedente tale non considerava»²⁰⁴.

Significativa la lettera che il primo presidente della Corte di cassazione, Ferdinando Zucconi Galli Fonseca, indirizza ai presidenti di sezione e ai consiglieri del Collegio per denunciare la grave patologia dei contrasti in seno alla Corte, spesso inconsapevoli o «puramente tecnico-giuridici, svincolati da substrati ideali o sociologici, le cui divergenti soluzioni non sfuggono per lo più a un certo grado di opinabilità»²⁰⁵.

In tale contesto, la soluzione che è stata trovata e che ha comportato il riconoscimento del ruolo sempre più rilevante attribuito al diritto vivente è rappresentata dall'introduzione dell'art. 618, comma 1-bis, Cpp nell'ambito della riforma "Orlando" di cui alla legge 23 giugno 2017, n. 103²⁰⁶, regola di raccordo fra sezioni semplici e Sezioni unite, che finisce per riconoscere il valore di *precedente* della pronuncia delle Sezioni Unite, per cui se dopo la sentenza delle Sezioni Unite che ha risolto un contrasto, la Sezione semplice intende discostarsi dal principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, la Sezione semplice *deve* rimettere la questione alle stesse Sezioni unite²⁰⁷, con l'indicazione delle ragioni della divergenza (artt. 314, commi 2 e 3, Cpc e 618, comma 1, Cpp). L'introduzione di tale regola era già stata

²⁰⁴ *Idem*, 1577; M. Vogliotti, *Indipendenza del giudice e rispetto del precedente*, in www.legislazionepenale.eu 19.10.2020, 43.

²⁰⁵ Lettera del Presidente Ferdinando Zucconi Galli Fonseca ai Presidenti di sezione e ai consiglieri della Corte, 13.6.1994, in A. Esposito-G. Romeo, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Padova 1995, 44. Cfr. Vogliotti, *Nuovi problemi*, cit., 24; A. Massaro, *op. cit.*, 247 ss.

²⁰⁶ Senza dimenticare che per «assicurare la tendenziale stabilità e uniformità dei principi di diritto espressi dall'organo di vertice della legittimità» è anche previsto nell'art. 618, comma 1 ter che «Il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta».

²⁰⁷ Sottolinea l'obbligatorietà della regola Cass., S.U. 27.7.2018, Botticelli, n. 36072, PM in proc. Botticelli, Rv. 273549. In materia G. Fidelbo, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di G. Canzio, Bricchetti, Milano 2019, 533; A. Bassi, *La gestione operativa della funzione nomofilattica della corte suprema di Cassazione*, in www.sistemapenale.it 5.3.2020, 3, 69; 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; volendo, G. Canzio, *La funzione nomofilattica fra dissenting opinion ed esigenze di trasparenza*, cit. Per una lettura critica dell'istituto, nel quale s'intravede una sorta di irrigidimento gerarchico del sistema, cfr. R. Aprati, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola, T. Bene, Milano 2017, 278; C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *GI*, 2017, 2300.

proposta dalla Commissione Vassalli, ma non accolta perché ritenuta in contrasto con il principio di legalità di cui agli artt. 25, comma 2, e 101, comma 2, Cost.; evidentemente la consapevolezza del ruolo dell'interprete è cambiata, esprimendo un più corretto equilibrio tra il rispetto dell'indipendenza del giudice e il valore della «costanza e prevedibilità delle interpretazioni giurisprudenziali in funzione di eguaglianza di trattamento dei cittadini»²⁰⁸.

Tale disciplina rappresenta un ottimo compromesso perché da una parte è necessario dare maggior peso ai principi di diritto fissati dalla Suprema Corte per garantire al cittadino la prevedibilità dell'intervento penale e l'eguaglianza del trattamento dei casi sostanzialmente uguali²⁰⁹, così sottraendolo all'arbitrio del capriccio della giustizia del caso singolo; dall'altra, si evidenzia in dottrina, una forza vincolante unilaterale delle Sezioni Unite finirebbe per irrigidire la giurisprudenza portando in primo piano l'*imperium* del massimo collegio giudicante, e, rischierebbe di violare l'art. 101 Cost. per cui il giudice è soggetto solo alla legge²¹⁰. La soluzione proposta si concilia con il *primato della legge generale e astratta* garantendo il cittadino «di fronte all'esercizio di qualsiasi potere (compreso quello del giudice)» e la sostanza della difesa, libera di proporre la sua interpretazione della stessa legge²¹¹. La soluzione individuata, insomma, da una parte garantisce la prevedibilità delle decisioni, dall'altra l'apertura all'innovazione giurisprudenziale, frutto del confronto di idee, concorrendo «a sorreggere una forma aggiornata di certezza del diritto, non basata su quella che Carl Schmitt chiamava «rimozione autoritaria del dubbio, ma sul superamento

²⁰⁸ V. Zagrebelsky, *op. cit.*, 1577; M. Vogliotti, *Indipendenza del giudice*, cit., 43 – 54.

²⁰⁹ G. Cocco, *Verso una Cassazione Supreme Court: un parere contrario, la conferma della soggezione del giudice alla legge e una riforma possibile*, in *Resp. civ. prev.* 2016, 2, 395; A. Nappi, *op. cit.*, 521.

²¹⁰ F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte Costituzionale*, in www.sistemapenale.it 19.1.2021, 18 evidenzia che «Il principio di parità di trattamento di fronte alla legge (art. 3 Cost.) e l'esigenza di assicurare un'efficace funzione orientativa della condotta dei consociati (oltre che, per ciò che concerne il diritto costituzionale, delle stesse istituzioni pubbliche) esigono, io credo, l'opportunità di rifuggire da letture dell'art. 101, secondo comma, Cost. che immaginino il giudice solo di fronte alla legge, del tutto libero di interpretarla a prescindere da come la legge sia stata, in passato, interpretata da altri giudici. «[A]lla libertà assoluta del giudice» – nota efficacemente Gustavo Zagrebelsky – «si contrappongono argomenti di sicuro valore giuridico e costituzionale: l'eguaglianza dei cittadini di fronte al diritto anche nel momento della sua applicazione e l'unità dell'ordinamento nel suo calore concreto. La realizzazione di questi principi esige non solo che i precedenti della Corte di cassazione assumano un qualche "valore morale", ma che si affermi un dovere costituzionale funzionale dei giudici di assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto. Prendere sul serio questo ruolo dovrebbe comportare, io credo, un tendenziale vincolo del giudice al rispetto dei precedenti, specie se espressi dalla consolidata giurisprudenza di legittimità,.. ».

²¹¹ D. Pulitanò, *Il giudice e la legge penale*, cit.; P. Scevi, *op. cit.*, 163; cfr. sui rischi di un vincolo rigido al precedente F. Palazzo, *Legalità tra law in the books e law in action*, cit., 10 ss.

discorsivo dello stesso»²¹².

Nel settore civile – dove già da prima sussiste tale disciplina –, le Sezioni Unite richiamano all'esigenza di salvaguardare l'unità e la stabilità dell'interpretazione giurisprudenziale, garanzia di uguaglianza e giustizia del processo per i cittadini, pretendendo buone ragioni, e quando si tratta dell'interpretazione di norme processuali ottime ragioni, per il mutamento di un indirizzo giurisprudenziale; non esistono formule matematiche, ma è «un problema di equilibrio e misura: di responsabilità»²¹³.

La formazione di principi di diritto consolidati in giurisprudenza risponde anche ad esigenze di economia processuale, consentendo di non rimettere in discussione significati già compresi in rapporto a casi precedenti e scoraggiando i ricorsi pretestuosi, così contribuendo all'efficienza della Corte di Cassazione²¹⁴.

La dottrina, allora, individua oggi un vero e proprio dovere giuridico²¹⁵ del giudice al rispetto del precedente o, meglio, il «tendenziale vincolo del giudice al rispetto del precedente»²¹⁶, fondato sia sul principio di eguaglianza sia sul principio della prevedibilità delle decisioni, quale proiezione del principio della libertà di autodeterminazione ricavabile dall'art. 13 della Costituzione; principi costituzionali, che devono convivere con il principio dell'indipendenza del giudice ex art. 101 co. 2 Cost.²¹⁷.

²¹² F. Palazzo, *Legalità tra law in the books e law in action*, cit., 11

²¹³ Cass., SU civ., 6.11.2014, n. 23675; cfr. Corte Suprema USA, 29.6.1992, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (O'Connor), 854 ss.

²¹⁴ G. Cocco, *op. cit.*, 395; cfr. A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014, 8 ss.; Id., *Presentazione*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma 2017, 19 ss.; E.Lupo, *Relazione introduttiva*, ivi, 34 ss.; E.Bacigalupo, *Applicazione del diritto penale e uguaglianza dinanzi alla legge*, in *RIDPP* 2004, pag. 971; A. Nappi, *op. cit.*, 522 per le proposte di riforma della Suprema Corte 523 ss.;

²¹⁵ G. Gorla, *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma 1991, 4.

²¹⁶ F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 18; Id., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, Napoli 2016, 251, «quanto meno nell'ipotesi in cui tali precedenti siano tra loro coerenti e non – come purtroppo a volte avviene – contraddittori». Cfr. A. Cadoppi, *Il valore del precedente*, cit., 222; Taruffo, *Il vertice ambiguo*, cit., 59 ss.

²¹⁷ M. Vogliotti, *Indipendenza del giudice*, cit., 56. Cfr. F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E Paliero, S.Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, Napoli 2016, 234 ss. - 254, che afferma che «il sistema penale italiano abbia bisogno, oggi più che mai, di una dose massiccia di cultura del precedente: che è, anche, cultura del limite al potere del (singolo) giudice, e argine al rischio che il giudice stesso si percepisca come onnipotente». In materia A. Nappi, *op. cit.*, 507 ss. Contra F. Palazzo, *Legalità tra law in the books*, cit., 11 ss.

La sesta sezione della Suprema Corte in una recentissima pronuncia ha esaltato la rilevanza del precedente delle Sezioni Unite, che ai sensi dell'art. 618, comma 1-bis, Cpp assume «valenza di precedente relativamente vincolante»: «Una regola di stabilizzazione, quella enunciata dalle Sezioni unite, a cui va attribuita una valenza non solo "di tipo essenzialmente persuasivo", disvelando la potenzialità semantica del testo della disposizione normativa (Corte cost., sent. n. 230 del 2012), ma che, dopo l'intervento della legge 23 giugno 2017, n. 103, ha avuto anche una valenza di precedente relativamente vincolante»; «è stato dunque introdotto, con riguardo alle sole sentenze delle Sezioni Unite, il *vincolo del precedente*: un vincolo relativo, in quanto limitato all'interno della sola Corte di cassazione e non operante nei confronti dei giudici di merito. Un precedente che, ancorché fluido e superabile, produce un vincolo ed esprime *una regola di stabilizzazione* rispetto alla quale viene procedimentalizzato l'eventuale dissenso della Sezione semplice (Sez. U, n. 8052 del 26/10/2023- dep. 2024, Rizzi, Rv. 285852)».

La Suprema Corte precisa che si tratta di un vincolo relativo concernente la sola Corte di Cassazione, ma il giudice di merito dovrebbe ben motivare per discostarsi da tale precedente che rappresenta la più affidabile espressione per il cittadino della *law in action* in un determinato momento storico, che dovrebbe guidare la sua condotta indicandogli il confine tra lecito e lecito; e allora il rispetto del principio di legalità/prevedibilità dovrebbe indurre il giudice al rispetto di tale precedente. Fermo restando, come evidenzia Zaccaria, che il diritto, si esprima nella forma della legge o si concretizzi – al termine della dialettica processuale – nella decisione del giudice, «deve essere di volta in volta nuovamente reperito e realizzato alla luce delle novità del caso singolo, dunque con un rapporto sempre nuovo e rinnovato tra la norma e il fatto»²¹⁸. Si devono conciliare le ragioni della stabilità, che spingono verso il rispetto del precedente, con le opposte ragioni del mutamento, fermo restando che queste ultime devono essere gravi e ben motivate perché nel diritto penale l'esigenza della certezza del diritto e della stabilità è fondamentale²¹⁹.

In tal modo si garantirà anche il rispetto del principio di uguaglianza, evitando il raccapricciante spettacolo cui si assiste nelle aule giudiziarie per cui per lo stesso fatto due soggetti sono accusati di due reati diversi o, affidati a due Gup diversi, si ritrovano

²¹⁸ G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma 2012, 9; M. Vogliotti, *Nuovi problemi*, cit., 26, «il diritto non solo non può essere "congelato" nei testi legislativi – come si era a lungo illusa la penalistica moderna – ma «non si trova preconstituito neppure nel "deposito" dei precedenti».

²¹⁹ M. Vogliotti, *Nuovi problemi*, cit., 26; cfr. C. Sotis, *Il principio di legalità*, cit., 91.

rinvii a giudizio per due reati diversi (in un caso di presunto concorso universitario pilotato il rinvio a giudizio per abuso d'ufficio, prima dell'abrogazione²²⁰, da una parte, e per turbata libertà del procedimento di scelta del contraente ex art. 353 bis Cp, dall'altra – applicazione dell'art. 353 bis palesemente analogica come dichiarato dalla Suprema Corte italiana²²¹).

La rilevanza del precedente è confermata anche da una buona prassi che si va diffondendo nella Suprema Corte per garantire orientamenti interpretativi uniformi, perlomeno nella stessa sezione. In base all'art. 47-quater della legge sull'ordinamento giudiziario, introdotto con il d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, alcune sezioni hanno avviato la prassi delle «riunioni sezionali» tra i magistrati. Come osserva il presidente della VI sezione, Giorgio Fidelbo, particolarmente impegnato su questo fronte, in tali riunioni «si parte da un caso concreto per individuare orientamenti interpretativi condivisi sulle diverse fattispecie, orientamenti e principi che troveranno applicazione nelle future sentenze su casi analoghi, il tutto sulla base di un gentlemen agreement che i magistrati della sezione rispettano, limitando l'autonomia interpretativa in funzione del valore della uniformità, certezza e prevedibilità del diritto». Pur rilevando la difficoltà di seguire questa buona prassi, a causa della «incapacità dei magistrati di rinunciare alla "propria" interpretazione in funzione di una maggiore certezza e prevedibilità della giurisprudenza sezionale», «negli ultimi tempi si registra una maggiore consapevolezza nell'utilizzo di tali riunioni, almeno in alcune sezioni». «La riunione di sezione è funzionale non solo a prevenire o a risolvere i contrasti interni, ma anche a rendere conoscibile e, quindi prevedibile, la giurisprudenza della

²²⁰ Disegno di legge n. S. 808, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare». Il d.d.l. è stato approvato dal Senato il 13.2.2024 e dalla Camera (C. 1718) il 10.7.2024; per l'iter cfr. <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/57329.htm>. Cfr. C. Cudia, *Appunti su abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: un'alternativa (interpretativa) alla abrogazione dell'art. 323 c.p. sarebbe stata possibile*, in www.sistemapenale.it 29.7.2024; R. Cantone, *Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, *ivi*, 19.9.2023; R. Garofoli, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio*, *ivi*, 19.9.2023; G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, *ivi*, 19.5.2023; G. Lattanzi, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d'ufficio. Note critiche*, *ivi*, 20.9.2023; M. Pellissero, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, *ivi*, 18.9.2023; C. Cupelli, *La fine (temporanea) dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 16.2.2024. Recentemente il rapporto tra burocrazia difensiva e riforma dell'abuso d'ufficio è stato considerato dalla Corte costituzionale nella sentenza 18.1.2022, n. 8, con cui ha dichiarato inammissibili e infondate le censure di costituzionalità mosse con riguardo all'art. 323 Cp. Sui difficili rapporti della norma con il principio di legalità, tra gli altri, cfr. D. Perrone, *op. cit.*, 124 ss.

²²¹ In relazione all'art. 353 Cp, Cass. 24.5.2023 (dep. 25.7.2023), n. 32319, con nota di G.L. Gatta, *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, sì al (moribondo) abuso*, in www.sistemapenale.it 26.7.2023; Cass. Sez. VI, 10.5.2023 (dep. 16.6.2023), n. 26225.

sezione»²²².

Per rispondere all'esigenza di prevedibilità delle decisioni penali, l'affermazione di un precedente presuppone chiaramente anche «la chiara individuazione dei presupposti e dei limiti di una corretta ermeneutica prescrittiva» che individui «le condizioni di legittimazione e di autorevolezza della decisione giudiziale, e quindi le precondizioni affinché possa divenire precedente», ricordando l'importanza dell'affermarsi di una corretta *cultura del precedente*: ogni giudice dovrebbe elaborare la sentenza quale potenziale precedente, nel senso che non solo la decisione del giudice sul caso in esame debba essere rivolta al passato, ma anche come *regula iuris* proiettata su casi futuri²²³ (come potenziale precedente²²⁴), esprimendo «la cura di decidere un caso mediante un criterio utilizzabile in futuro anche per altri casi simili»²²⁵. Il giudice deve elaborare tale regola nella maniera più precisa possibile, assumendo il principio di precisione la «veste di criterio di valutazione della stessa attività di produzione normativa svolta dalla giurisprudenza nella sua attività di interpretazione delle disposizioni legislative», anche alla luce dell'art. 111 Cost., e cioè dell'obbligo di motivazione delle sentenze²²⁶; e precisione vuol dire prevedibilità per il futuro²²⁷. E tale esigenza di chiarezza e precisione della *regula iuris* – elaborata dalla giurisprudenza come premessa maggiore del sillogismo giudiziale – vale in massimo grado per la giurisprudenza di legittimità²²⁸.

²²² G. Fidelbo, "Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche", in *www.sistemapenale.it* 5.12.2022, f. 12, 33-47.

²²³ Cfr. G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino 2018, 304.

²²⁴ Cfr. F. Viano, *Il principio di prevedibilità*, cit., 244.

²²⁵ P. Scevi, *op. cit.*, 173 la quale denuncia una deprecabile prassi di utilizzo meramente retorico di talune formule, che invece sono state introdotte dalla stessa giurisprudenza «con la finalità di indicare criteri rigorosi di ricostruzione ermeneutica o di verifica probatoria»(171).

²²⁶ Così A. Massaro, *op. cit.*, 353 la quale afferma che «il canone della determinatezza, anzitutto inteso nella sua dimensione sintattica, debba riferirsi anche alle sentenze, le quali rappresentano la "verbalizzazione" del procedimento-ragionamento interpretativo seguito dal giudice».

²²⁷ Cfr. F. Viano, *Il principio di prevedibilità*, cit., 244; cfr. sul principio di precisione, anche in questa accezione G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di Diritto Penale*, cit., 156.

²²⁸ *Idem*, 246. Piuttosto critico cfr. G. De Francesco, *L'uguaglianza attraverso la legge*, cit., 4: «E tuttavia, conviene subito osservare come la strada intrapresa sia apparsa ben presto tutt'altro che agevole da percorrere. Come dimostrano, in primo luogo, le titubanze e i contrasti che ne hanno segnato il cammino: da chi ha paventato uno 'strapotere' della Corte di cassazione, a chi ha avvertito che non si tratterebbe di promuovere una 'cultura del precedente', quanto piuttosto una "cultura della giurisdizione" ispirata a misura e self restraint nel prevenire i conflitti, da chi ha suggerito un miglioramento dell'attività di 'massimazione' delle sentenze a chi ha ipotizzato un nuovo sistema di rilevazione degli indirizzi giurisprudenziali, rivolto ad una selezione dei precedenti circoscritta a quelli suscettibili di "generalizzazione"; né è mancato chi, molto autorevolmente (Lupo), ha giudicato le proposte ispirate al vincolo del precedente "non necessarie e pericolose": con ciò lasciando filtrare, in ultima analisi, la convinzione secondo la quale le stesse prerogative del potere giudiziario, malgrado le

9. In questo processo di valorizzazione del precedente, nell'ordinamento italiano è particolarmente significativa alla luce della giurisprudenza della Corte EDU la sentenza Beschi delle Sezioni Unite, che all'insegna della massimizzazione della protezione dei diritti fondamentali, nella prospettiva consacrata dall'art. 53 della C.E.D.U. e richiamata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 317/2009²²⁹, ha sancito che «L'obbligo di interpretazione conforme alla convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo “elemento di diritto”, idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 Cpp, anche il mutamento giurisprudenziale che assume specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il “diritto vivente”»²³⁰. In questa sentenza le Sezioni unite penali sanciscono la funzione della «mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente creativa della interpretazione, la quale, senza varcare la linea di rottura col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima»²³¹. Facendo esplicito riferimento alla nozione

contrarie apparenze, risulterebbero svuotate ed indebolite, laddove esso venisse sottoposto a vincoli gerarchici diversi dalla legge».

²²⁹ Cfr. G. Grasso, *Politiche penali*, cit., 61.

²³⁰ Cass., S. U., 21.1.2010, n. 18288, P.G. in proc. Beschi, in *FI*, 2010, II, 566; cfr. Cass., S. U, 29.5.2014, n. 29556; Cass. 18.2.2016, n. 21596.

²³¹ Cass., S. U., 21.1.2010, n. 18288, P.G. in proc. Beschi, in *FI*, 2010, II, 566. Con la riforma Cartabia, art. 36 della l. n. 150/2022, è stato introdotto l'art. 628 bis Cpp – collocato nel titolo III-bis del libro IX rubricato «Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo» - che prevede che il condannato e la persona sottoposta a misura di sicurezza possono richiedere alla Corte di cassazione di revocare la sentenza penale o il decreto penale di condanna pronunciati nei loro confronti, di disporre la riapertura del procedimento o, comunque, di adottare i provvedimenti necessari per eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione accertata dalla Corte EDU, quando hanno proposto ricorso per l'accertamento di una violazione dei diritti riconosciuti dalla CEDU o dai suoi Protocolli e la Corte ha accolto il ricorso con decisione definitiva o sia stata disposta la cancellazione del ricorso dal ruolo secondo la previsione di cui all'art. 37 della Convenzione in conseguenza del riconoscimento della violazione da parte dello Stato. Alla base della scelta legislativa vi è la necessità di individuare la modalità riparatoria più adeguata, tenuto conto dell'obbligo delle Parti contraenti di conformarsi alle sentenze definitive della Corte ex art. 46 CEDU, superando la dicotomia tra revisione europea e incidente di esecuzione – soluzioni entrambe individuate dalla giurisprudenza costituzionale prima e di legittimità poi – con un unico rimedio che attribuisce alla sola Corte di cassazione la valutazione del dictum europeo, con un vaglio preliminare sul vizio accertato dalla Corte di Strasburgo. Cfr. Relazione introduttiva al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150: «l'ordinamento italiano evidenziava infatti un deficit di tutela insuperabile in via interpretativa: la griglia chiusa dei motivi di revisione di cui all'art. 630 era insuscettibile, per effetto del principio di tassatività, di estensioni idonee a consentire la revisione del giudicato “ingiusto” a seguito di

europea della legalità, la Corte ha sancito che «il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso unicum, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa». Il giudice, prosegue la Corte, «riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza».

In tal guisa, alla luce della giurisprudenza della Corte Edu nell'ordinamento italiano la giurisprudenza della Suprema Corte ha accolto il principio di irretroattività dell'interpretazione *in malam partem* della giurisprudenza²³², affermando che sussiste «il costante indirizzo di questa Corte, secondo cui, in tema di successione di leggi penali nel tempo, l'art. 7 CEDU (ove si stabilisce che «nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale», e che «non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso») - così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU - non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale più sfavorevole di una norma penale solo quando il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa (Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, dep. 06/08/2018, Fabbrizi, Rv. 273876), atteso che l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole presuppone il ribaltamento imprevedibile di un quadro giurisprudenziale consolidato (Sez. 5, n. 47510 del 09/07/2018, dep. 18/10/2018, par. in c. Dilaghi, Rv. 274406) »²³³. Tale principio, del resto, era già stato proposto in epoca risalente dalla dottrina che dall'art. 25, co. 2, Cost. riteneva fosse possibile ricavare il principio per cui «l'interpretazione delle norme

violazioni del fair process diagnosticate dalla Corte di Strasburgo; l'inerzia del legislatore sul punto determinava, perciò, una crisi non più tollerabile del sistema, per rimuovere la quale la Corte costituzionale, con la sentenza n. 113 del 2011, era intervenuta, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 630 nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 paragrafo 1 C.e.d.u., per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

²³² Cass., S.U., 31.5.2018 n. 51815, M. , che richiama la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani che, a sua volta, ha censurato l'overruling interpretativo in *malam partem* per violazione dell'art. 7 CEDU (C. eur., Sez. 3, 17.10.2017, Navalnyy c. Russia, e Grande Camera, 21.10.2013, Del Rio Prada c. Spagna); Cass. 9.7.2018, n. 47510; Cass., 24.4.2018, n. 37857.

²³³ Cass. 23.11.2021, n. 46184.

penali, nell'applicazione ai fatti passati, debba essere esclusa [...] ove essa implichi più gravi conseguenze penali, [poiché essa] dà luogo ad una innovazione sostanziale della norma legislativa a danno del delinquente; [...] la disposizione costituzionale è tesa a garantire che le punizioni seguano secondo le norme e non solo secondo le formule legislative in vigore al momento del commesso delitto; [...] inoltre la regola che nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto compiuto non si rivolge solo al Legislatore cui divieta di disporre in senso diverso, ma è destinata anche all'interprete, per il quale determina come debba giudicare nel caso concreto»²³⁴.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte²³⁵ hanno precisato nel caso fratelli minori di Contrada che l'overruling non consentito perché non prevedibile per l'imputato, è configurabile solo nei casi di *radicale innovazione* della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con i precedenti, mentre è esclusa quando la soluzione si collochi sul solco di precedenti noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di interpretazioni, che rende l'esito dell'interpretazione presente e possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario; «nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo» (Corte cost., sent. n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009).

Un orientamento diverso è stato accolto dalla Suprema Corte in una recentissima pronuncia della VI sezione (la 28594/2024)²³⁶, che non riconduce al principio di legalità/tassatività e, quindi, alla disciplina in materia di successione di legge un caso di mutamento giurisprudenziale innovativo e, quindi, non prevedibile, ma preferisce applicare l'art. 5. La Suprema Corte evidenzia, innanzitutto, che «è noto come il contrasto giurisprudenziale di tipo *sincronico* - due o più interpretazioni difformi della medesima norma coesistono nel medesimo intervallo temporale - incida *sul principio di determinatezza e di prevedibilità delle decisioni*, impedendo ai consociati di calcolare le conseguenze giuridico-penali della propria condotta, mentre il c.d. contrasto di tipo *diacronico* - cioè l'esistenza di linea interpretativa "afferzata" in un determinato lasso

²³⁴ C. Esposito, *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, 1950, 513; cfr. M. Leone, *Aspetti costituzionali del principio di irretroattività in materia penale*, in *Giust. pen.*, 1982, 278: «l'irretroattività dell'interpretazione evolutiva qualora [essa] implichi più gravi conseguenze penali risolvendosi in tal caso in una innovazione sostanziale della normativa in danno del soggetto, mentre consegue la piena retroattività dell'interpretazione evolutiva qualora risulti favorevole per l'imputato. E ciò è chiaro in forza del combinato disposto dell'art. 25 cpv. e dell'art. 2 c.p.».

²³⁵ Cass., S.U., 3.3.2020, n. 8544.

²³⁶ Cass. 16.7.2024 (ud. 26.3.2024), n. 28594.

temporale che, tuttavia, viene smentita da una decisione successiva e che origina una "svolta" giurisprudenziale in senso sfavorevole all'imputato - incida sul principio di *prevedibilità* ed evoca in senso lato il tema della *irretroattività della "norma" penale sfavorevole* - corollario fondamentale del principio di legalità -, potendosi in astratto venire a determinare -qualora non intervengano opportuni meccanismi di "neutralizzazione" - un fenomeno di c.d. "*retroattività occulta*"²³⁷. Sino a qui la Corte tratta la questione in termini di rispetto del principio di legalità/tassatività/prevedibilità/irretroattività e, quindi, su un piano oggettivo.

La Suprema Corte prosegue affermando che il *mutamento evolutivo*²³⁸ si realizza «quando, nella pressoché assenza di precedenti, si estende la portata applicativa della fattispecie incriminatrice attraverso una interpretazione che arricchisce, specifica, integra ovvero adegua il significato precedentemente attribuito all'enunciato legislativo, permettendo alla norma, cristallizzata nella disposizione, di adattarsi ad un nuovo contesto storico-normativo»; si realizza, invece, il *mutamento innovativo* «quando vi è, secondo la stessa giurisprudenza, la necessità di porre rimedio - nell'immutato contesto di riferimento - a quello che viene di fatto ritenuto dall'interprete come un vuoto di tutela derivante da una precedente interpretazione che viene considerata non più condivisibile».

La Corte, quindi, riconosce l'importanza riconosciuta al mutamento giurisprudenziale *contra reum* distinguendo tra la posizione della sentenza Beschi che lo equipara a una *modifica normativa in malam partem* («sia che si voglia attribuire al mutamento giurisprudenziale una valenza sempre più assimilabile a quella che si realizza con una modifica normativa *in malam partem* (cfr., Sez, U, n. 18288 del 21/01/2010, Beschi, Rv. 246651)»), e la posizione della Corte Costituzionale nella decisione 230/2012 che attribuisce al *mutamento giurisprudenziale natura meramente dichiarativa della reale portata della norma*²³⁹; in entrambi i casi, si riconosce, «il mutamento giurisprudenziale sfavorevole pone "questioni" perché è destinato a "colpire" anche chi ha commesso il fatto anteriormente ad esso, quando cioè predominava l'orientamento "favorevole", generatore di affidamento».

²³⁷ Utilizza questa espressione A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 115.

²³⁸ Già in epoca risalente M. Leone, *Aspetti costituzionali del principio di irretroattività in materia penale*, in *GP*, 1982, 278. Cfr. D. Perrone, *op. cit.*, 72 s. sulla distinzione tra interpretazione evolutiva e interpretazione innovativa.

²³⁹ «Sia che, invece, si voglia attribuire al "diritto vivente" la tradizionale valenza meramente "dichiarativa" della reale portata della norma di legge (C. cost., n. 230 del 2012, in tema di mutamento giurisprudenziale favorevole al reo; cfr., anche C. cost. n. 24 del 2017; C. cost. n. 115 del 2018; C. cost. n. 9 del 2021)».

La Suprema Corte ammette, quindi, il rilievo che ha assunto il precedente, come sopra esaminato, in seguito all'introduzione dell'art. 618, c. 1 bis, Cpp che ha posto «le basi per la creazione di un sistema del "precedente"» - seppure inteso in senso relativo - da cui consegue la necessità di attribuire «maggiore rilievo al tema del c.d. mutamento giurisprudenziale» divenendo le pronunce delle Sezioni Unite sempre più rilevanti per effetto del «vincolo» («In presenza infatti di pronunce delle Sezioni unite sempre più rilevanti per effetto del "vincolo" da esse derivante, emerge chiara sullo sfondo la questione di cosa accada ogni qual volta la sentenza delle Sezioni unite attuino una "svolta" giurisprudenziale, in senso peggiorativo per l'imputato»). Al punto da riconoscere che «più un sistema tende ad assicurare maggiore uniformità alla giurisprudenza, più il mutamento giurisprudenziale finisce per "avvicinarsi" ad una modifica legislativa, senza tuttavia avere gli effetti di questa». A questo punto la Suprema Corte prende atto che «il sistema del precedente vincolante, attribuendo alla regola enunciata dalle Sezioni Unite una valenza di tendenziale stabilizzazione dei rapporti, è funzionale ad assicurare la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e, quindi, ad offrire al cittadino la possibilità di conoscere le conseguenze delle libere scelte di azione e di fare affidamento su un assetto normativo stabile»; l'accessibilità e la conoscibilità della norma derivano non solo dal grado di precisione «del testo di legge, ma anche [d]alla stabilizzazione dell'orientamento ermeneutico interno che quella disposizione scolpisce nella sua portata. Non si tratta di equiparare il diritto vivente alla legge, quanto, piuttosto, di riconoscere al primo un ruolo, una funzione che interferisce con la ragionevole prevedibilità delle decisioni future (in tal senso, anche testualmente, Sez. U, Rizzi, cit.). Dunque, la disposizione e la sua interpretazione "stanno e cadono insieme", in un contesto unitario tra diritto e processo, tra legalità sostanziale e processuale, tra esigenza di certezza e tutela dell'affidamento incolpevole, tra responsabilità e colpevolezza».

La Suprema Corte, però, pur riconoscendo che «ove si assimili il c.d. mutamento giurisprudenziale imprevedibile ad una norma penale sfavorevole sopravvenuta, il tema della tutela dell'affidamento incolpevole e della prevedibilità delle conseguenze della propria condotta, troverebbe il suo riferimento nell'applicazione dell'art. 2 cod. pen. e, dunque, nella irretroattività della applicazione della "norma" sopravvenuta ai fatti in precedenza commessi», ritiene sostanzialmente «di non equiparare il mutamento giurisprudenziale sfavorevole ad una norma penale sopravvenuta che allarga la tipicità della fattispecie», e, allora, «il tema "passa" e si interseca con quello

della colpevolezza e, sotto il profilo soggettivo, della calcolabilità delle conseguenze giuridiche e della prevedibilità delle decisioni». E, quindi, pur con tutti i nodi ancora irrisolti in tema di prevedibilità del mutamento giurisprudenziale ²⁴⁰, si sancisce che «Il tema della prevedibilità non è distante da quello della conoscibilità del precetto, della prevedibilità del diritto penale - cioè della norma penale destinata ad operare nel caso concreto - e della colpevolezza, intesa come rimproverabilità soggettiva; il tema incide sul presupposto principale di ogni istanza di responsabilizzazione penale». E, a questo punto si richiama la «sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1998 che ha pronunciato sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 cod. pen. affermandone l'illegittimità nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, l'ignoranza inevitabile. Ci si deve riferire alle fondamentali affermazioni della pronuncia che ha segnato l'affermazione del moderno principio costituzionale di colpevolezza, declinandone il fondamento per come delineato dalle disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 25, comma secondo, 27, commi primo e terzo e 73, comma terzo, Cost.». Si ricorda che «secondo la Corte costituzionale, il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente sono per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella "non colpevole" e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto». Nel contesto dell'affermata necessità, quale presupposto della responsabilità penale, della "rimproverabilità" della condotta (siccome giustificativa della necessità di rieducazione alla quale è volta la pena a norma del terzo comma dell'art. 27 Cost.), è stata affermata l'indispensabilità della "conoscibilità" del precetto penale²⁴¹. Ritornando al tema di partenza la Suprema Corte evidenzia che «Poiché

²⁴⁰ «Si è consapevoli che, sul tema della prevedibilità, costituiscono nodi ancora irrisolti quelli relativi alla portata dell'interpretazione giurisprudenziale, alla struttura del giudizio di prevedibilità, al parametro al quale esso deve essere ancorato - cioè se si debba fare riferimento ad un criterio soggettivo, ritagliato sull'agente concreto, ovvero ad un criterio oggettivo-, all'oggetto del giudizio di prevedibilità, al "quantum di prevedibilità" - necessario per assurgere a salvaguardia delle esigenze garantistiche della rimproverabilità soggettiva e della colpevolezza; al di là delle questioni indicate, tuttavia, è stato acutamente osservato in dottrina, il principio di prevedibilità opera «come un indicatore di direzione, come una fondamentale esigenza del sistema», come espressione «di una forte esigenza di stabilità ed uniformità del prodotto normativo risultante dall'integrazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale nella norma "vivente". Ciò che deve essere verificato, dal punto di vista della garanzia di cui all'art. 7 CEDU, è "se l'individuo potesse concretamente prevedere l'estensione interpretativa" sulla base delle indicazioni della giurisprudenza - giuste o sbagliate che fossero - nello stato in cui si trovava al momento della commissione del fatto».

²⁴¹ Tale principio «si riconnette, infatti ai principi di fondo della convivenza democratica a termini dei quali» un

infatti il soggetto ha posto in essere il fatto quando esso veniva nella sostanza qualificato come lecito, una sua eventuale punizione non significherebbe altro che far retroagire l'incriminazione. Il tema dell'errore sul precetto presenta profili di connessione con il tema della "incertezza interpretativa", atteso che in entrambi i casi l'agente versa in una situazione di errore in ordine alla rilevanza penale della propria condotta.....». La Suprema Corte, dunque, ritiene che «Ciò che deve essere verificato è se l'errore sulla rilevanza penale della propria condotta sia dipeso o meno da negligenza, se sia possibile o meno muovere un addebito di responsabilità anche sulla base del parametro dell'homo ejusdem condicionis et professionis - già utilizzato in tema di error iuris. Il diritto "di cambiare idea" e il mutamento dell'interpretazione passano attraverso la necessità di considerare il diritto individuale dell'imputato alla prevedibilità della decisione, e, in tal senso, soccorre l'art. 5 cod. pen. che, si è fatto acutamente notare, consente "di adeguare l'interpretazione del diritto ai mutamenti del contesto sociale e dello stesso sistema normativo, senza però sacrificare il diritto soggettivo del destinatario dei precetti alla libertà e sicurezza delle proprie scelte d'azione"; in tal senso, «la colpevolezza è capace di tutelare l'individuo contro le incertezze e i difetti della produzione giuridica, legislativa e giurisprudenziale perché essa si modella alle effettive capacità conoscitive del soggetto concreto, realizzando il principio di responsabilità" »²⁴².

In conclusione, è stato affermato il seguente principio di diritto: *«costituisce causa di esclusione della colpevolezza il mutamento di giurisprudenza in malam partem, nel caso in cui l'imputato, al momento del fatto, poteva fare affidamento su una regola stabilizzata - enunciata dalle Sezioni unite - che escludeva la rilevanza penale della condotta e non vi erano segnali, concreti e specifici, che inducessero a prevedere che, in futuro, le stesse Sezioni unite avrebbero attribuito rilievo a quella condotta, rivedendo il*

ordine è democratico «quanto sappia porre i privati in grado di comprenderlo senza comprimere la loro sfera giuridica con divieti non riconoscibili ed interventi sanzionatori non prevedibili», ricordando che, sempre come affermato nella sentenza 364/88, «sottoporre il soggetto agente alla sanzione più grave senza alcuna prova della sua consapevole ribellione od indifferenza all'ordinamento tutto, equivale a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati».

²⁴² Nel caso di specie, l'imputato, al momento in cui i fatti furono commessi, poteva fare affidamento su una regola stabilizzata che escludeva la rilevanza penale della propria condotta e non vi erano concreti, specifici, "segnali" che inducessero a prevedere che, dopo cinque anni dalla sentenza "Casani", le Sezioni unite della Corte avrebbero in seguito attribuito a quella condotta rilievo penale, rivedendo in senso "peggiorativo" il precedente orientamento. L'imputato poteva ragionevolmente confidare di porre in essere un fatto lecito in ragione di una norma "vivente", che operava in concreto e che impedisce di formulare un giudizio di colpevolezza-rimproverabilità soggettiva.

precedente orientamento in senso peggiorativo».

Siamo di fronte a due approcci opposti, da una parte si riconduce sul piano oggettivo della legalità/tipicità e quindi sulla disciplina della successione di leggi la questione della modifica dell'interpretazione *in malam partem* maggiormente in linea con l'approccio della Corte EDU, affermando il principio di irretroattività dell'interpretazione *in malam partem*, dall'altra parte, la più recente pronuncia delle Sezioni Unite risolve la questione sul piano soggettivo, l'errore sul precetto ex art. 5 Cp²⁴³.

Come sottolineato in dottrina, la giurisprudenza della Corte Edu nella sua giurisprudenza in materia di irretroattività dell'interpretazione *in malam partem* ha stabilito che «la prevedibilità/riconoscibilità del precetto è un principio che riguarda sia la legalità e sia la colpevolezza in una reciproca interazione di effetti», ma con la fondamentale precisazione che «tuttavia si tratta di piani distinti: la *riconoscibilità del precetto* è un dovere dello Stato e può viziare l'applicazione della legge sul piano oggettivo». «La *non conoscibilità del precetto sul piano soggettivo* può dar luogo a una scusante – per quanto oggettivata e normativizzata come tutte le cause di esclusione della colpevolezza – solo se il profilo della oggettiva conoscibilità non è stato compromesso da inadempimenti originari dello Stato o di suoi organi»²⁴⁴, così richiamando innanzitutto all'imprescindibile dovere dello Stato di rispettare il principio di legalità/tassatività/precisione del dettato normativo.

In relazione al profilo oggettivo della “prevedibilità/*riconoscibilità del precetto*” si deve precisare, infatti, che lo Stato – nel rispetto del principio di legalità, come sancito dalla sentenza n. 364/1988 –, deve garantire l'emanazione di norme chiare, il cui precetto sia intellegibile, empiricamente fondato, e quindi riconoscibile, altrimenti

²⁴³ Cfr. in materia R. Bartoli, *Le garanzie*, cit., 176 ss. Cfr. R. Bartoli, F. Palazzo, *Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività A proposito di una sentenza “storica”*, in www.sistemapenale.it 17.9.2004, 4 che apprezzano la soluzione della Corte in quanto comporta «una sorta di quadratura del cerchio che nel riconoscere valenza all'interpretazione, distaccandosi così dall'orientamento legalista, attraverso l'impiego dell'art. 5 prende anche le distanze da quello che invece, nell'ammettere l'irretroattività, rischia di rompere la legalità», anche se poi ne evidenziano i rischi 7 ss.

²⁴⁴ M. Donini, *Fattispecie o case law?*, cit., § 17; cfr. correttamente V. Valentini, *La ricombinazione genica*, cit., 21 evidenzia che «come la legalità penale europea, anche quella continentale si preoccupa di garantire la prevedibilità soggettivo-impersonale della punizione (già sul piano dei “connotati obiettivi” dell'illecito, da parte del cittadino-destinatario di media avvedutezza), rilasciando al test di colpevolezza, e quindi alla regola ex art. 5 Cp, le questioni che attengono alla prevedibilità soggettivo-individualistica (da parte di quell'accusato in carne e ossa); perciò, ribadire il divieto di analogia, e includere il formante giurisprudenziale nel fuoco dell'affidamento tutelato dall'art. 25, co. 2, Cost., significherebbe enfatizzarne la dimensione umanistica senza scalfire quella ordinamentale (art. 53 C.E.D.U.)».

viola il principio di legalità/precisione/tassatività/determinatezza; anche la Corte Costituzionale italiana riconosce il principio di "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost.: «esiste, pertanto, un altro "presupposto" della responsabilità penale, costituito, appunto, dalla "riconoscibilità" dell'effettivo contenuto precettivo della norma. L'oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto, nella quale venga a trovarsi "chiunque" (non soltanto il singolo soggetto, particolarmente considerato) non può gravare sul cittadino e costituisce, dunque, un altro limite della personale responsabilità penale» (§ 17). Emerge come la Corte Costituzionale, quindi, fonda il principio di riconoscibilità, innanzitutto, sul principio di legalità²⁴⁵.

Sembra criticabile, allora, il ricorso all'art. 5²⁴⁶ e, quindi, all'errore sul precetto, che, in realtà, sembra un rimedio legato al caso singolo e che garantisce sicuramente il diritto soggettivo alla prevedibilità e affidabilità, ma non garantisce per tutti i consociati, erga omnes, la prevedibilità del dato normativo nei confronti di un'interpretazione *in malam partem* che estende l'ambito di applicazione di una fattispecie. Dinanzi al cammino verso l'affermazione del *tendenziale vincolo del precedente*, rispetto in particolare alle decisioni delle Sezioni Unite, e all'affermarsi della cultura del precedente, sembra assolutamente più garantistico quell'approccio affermato dalla stessa Suprema Corte che, come sopra esaminato, in accoglimento della giurisprudenza consolidata della Corte EDU in relazione all'art. 7, applica il principio di irretroattività anche in relazione all'interpretazione *in malam partem* della giurisprudenza²⁴⁷, affermando che sussiste un «costante indirizzo di questa Corte, secondo cui, in tema di successione di leggi penali nel tempo, l'art. 7 CEDU ..- così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU - non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale più sfavorevole di una norma penale», pur delimitando correttamente tale principio alle ipotesi in cui «il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa ..., atteso che l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole presuppone il ribaltamento imprevedibile di un quadro giurisprudenziale

²⁴⁵ Richiama sempre nel § 17 «alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la extrema ratio di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da esser percepite anche in funzione di norme "extrapenali", di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare».

²⁴⁶ A. Nappi, *op. cit.*, 484.

²⁴⁷ Cass., Sez. un., 31.5.2018 n. 51815, M. .

consolidato»²⁴⁸; anzi nel caso Contrada le Sezioni Unite hanno precisato che l'overruling non consentito, è configurabile solo nei casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con i precedenti, mentre è esclusa quando la soluzione si collochi sul solco di precedenti noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di interpretazioni, che rende l'esito dell'interpretazione presente e possibile.

La soluzione sul mero piano soggettivo affidata all'art. 5 è sicuramente più in linea con una concezione legalistica della legalità e semplice, evitando di porre il problema oggettivo di stabilire quando si realizzi un mutamento giurisprudenziale *in malam partem* imprevedibile che rappresenti una radicale innovazione, ma sicuramente meno garantistica per i cittadini ai quali occorre assicurare non che non saranno puniti se errano nell'interpretazione della norma, ma in positivo la riconoscibilità della norma e la prevedibilità dell'intervento punitivo a garanzia della loro libertà; limitarsi a garantire l'applicazione dell'art. 5, deresponsabilizza i giudici nello sforzo non solo di interpretare la disposizione, ma di individuare la "norma" alla luce dei precedenti e di *motivare* laddove se ne discostino, non educa i giudici alla cultura del precedente e allo sforzo di precisione nell'elaborazione della *regula iuris*. Il ricorso all'errore sul precetto risulta anche meno efficiente in termini di prevenzione generale perché per rispettare la legge e tutelare i beni giuridici, il cittadino deve sapere prima nella maniera più chiara possibile quale sia il confine tra lecito e illecito; spetta, innanzitutto, al legislatore il dovere di emanare norme chiare e precise, intellettivamente intelleggibili e che facciano riferimento a fatti empiricamente verificabili e che possono essere provati in giudizio. Non solo ma alla fine la soluzione affidata all'applicazione dell'art. 5 è meno garantistica perché maggiormente affidata alla discrezionalità del giudice nel singolo caso concreto, a parte la tendenza della giurisprudenza ad applicare con difficoltà l'art. 5 Cp.

Il ricorso all'art. 5 dovrebbe avvenire in seconda battuta laddove il giudice non ritenga che sussista la *radicale innovazione* che rappresenti un overruling imprevedibile, equiparabile ad una *innovatio legis in malam partem*.

10. La Corte Edu ha affermato in virtù dell'art. 7 CEDU anche il principio di retroattività della norma penale di favore - celebre la sentenza *Scoppola c. Italia*²⁴⁹ -, principio che

²⁴⁸ Cass. 23.11.2021, n. 46184.

²⁴⁹ Corte Edu, Grande Camera, 17.9.2009, *Scoppola contro Italia*, n. 10249/03; C. eur., *Mihai Toma c. Romania*, 24.1.2012, ric. n. 1051/06; C. eur., 27.4.2010, *Morabito contro Italia* e 7.6.2011, *Agrati ed altri contro Italia*; C. eur.,

la Corte Costituzionale italiana fonda sull'art. 3 Cost.²⁵⁰ (ritenendolo derogabile dalla necessità di preservare interessi contrapposti) e sull'art. 117 c. 1 Cost. che vincola al rispetto dell'art. 7 CEDU²⁵¹.

La Corte Costituzionale nella sentenza n. 394/2006 fonda tale principio su basi oggettive e non soggettive. La Corte, infatti, dopo aver affermato che il principio di retroattività della norma più favorevole non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, ma trova fondamento nel principio di eguaglianza, aggiunge: «va, tuttavia, precisato che i fatti commessi prima e dopo l'entrata in vigore della norma penale favorevole sono identici nella loro materialità, ma non sul piano della "rimproverabilità". Altro, infatti, è il porre in essere una condotta che in quel momento è penalmente lecita o punita in modo mite; altro è porre in essere la stessa condotta in contrasto con la norma che in quel momento la vieta o la punisce in modo più severo. Il principio della retroattività *in mitius* è legato, dunque, ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali: a fronte di essa, la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena. Se la valutazione del legislatore in ordine al disvalore del fatto muta – nel senso di ritenere che quel presidio non sia più necessario od opportuno; o che sia sufficiente un presidio meno energetico – tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore»²⁵².

In questa decisione, in relazione alla norma più favorevole, la Corte Costituzionale riconosce che la retroattività *in bonam partem* si fonda non sull'esigenza di garantire il principio di colpevolezza e, quindi, la prevedibilità soggettiva - perché nel momento in cui agisce il fatto è penalmente rilevante e la norma conoscibile-, ma piuttosto sull'esigenza di garantire *il principio di offensività e di uguaglianza*: laddove il giudizio di offensività e, quindi, di proporzione della reazione punitiva è cambiato,

18.2.2020, Jidic c. Romania; CGUE, 3.5.2005, C-387/02, C-391/02, C-403/02, Berlusconi e altri, 68 – 70. Cfr. C. Sotis, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma 2012, 69 ss.

²⁵⁰ C. cost. 23.11.2006, n. 394; C. cost. 22.7.2011, n. 236; C. cost. 3.7.2013, n. 210; C. cost. 20.2.2019, n. 63

²⁵¹ C. cost. 22.7.2011, n. 236; C. cost. 20.2.2019, n. 63.

²⁵² C. cost. 8 (23).11.2006, n. 394.

rappresenterebbe sul piano oggettivo una violazione del principio di uguaglianza, nonché di rieducazione e proporzionalità (perché la pena non svolgerebbe più alcuna funzione rieducativa o risulterebbe sproporzionata) continuare a punire per quel fatto o a punirlo più severamente chi lo ha commesso prima della decisione *in bonam partem*. Alla luce di queste considerazioni si tratta, allora, di verificare se sia possibile estenderne l'ambito di applicazione anche all'interpretazione *in bonam partem*, e in particolare un'interpretazione che espunge dall'ambito di applicazione di una norma un fatto prima considerato punibile. Chiaramente sembra corretta la proposta di delimitare l'operatività della retroattività *in bonam partem* dell'interpretazione, capace di travolgere il giudicato, solo rispetto all'overruling delle Sezioni Unite²⁵³.

Non vi dovrebbero essere dubbi laddove si tratti di fatti, che anche se commessi prima dell'affermazione dell'interpretazione *in bonam partem*, sono ancora *sub iudice*; il giudice, anche se nel momento in cui il fatto è stato commesso per il soggetto era rimproverabile, in base all'approccio oggettivistico sopra esaminato, potrà applicare l'ultimo precedente affermato dalle Sezioni Unite; rappresenterebbe una violazione del principio di uguaglianza e del principio di offensività e di rieducazione, applicare una pena che in base all'ultimo precedente sancito dalla Sezioni Unite non è meritevole di intervento penale. «Il giudice della cognizione che si trova a giudicare *ex novo* un fatto analogo, se da un lato può disattendere la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, dall'altro lato, nel momento in cui lo fa, è indubbio che si viene a violare il principio di eguaglianza, in quanto, come abbiamo appena visto, la situazione che sta giudicando è assolutamente identica a quella decisa dalle Sezioni Unite»²⁵⁴.

In realtà la Corte Costituzionale nella sentenza n. 230/2012 ha escluso l'equiparazione della retroattività dell'interpretazione *in bonam partem* alla retroattività della norma più favorevole. Ciò in base ad una concezione legalistica della legalità, fondata sulla separazione dei poteri: «è assorbente la considerazione che il principio in questione [principio di retroattività] attiene alla sola successione di "leggi". Per poterlo estendere anche ai mutamenti giurisprudenziali bisognerebbe, dunque,

²⁵³ Cfr. G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., 1439 il quale cita a sostegno della possibilità di travolgere il giudicato sia l'art. 618 *bis* Cpp che finisce per riconoscere la rilevanza del diritto giurisprudenziale derivante dalle Sezioni Unite, sia le sentenze Ercolano e Gatto che hanno ammesso la revocabilità del giudicato da parte del giudice dell'esecuzione in presenza di una declaratoria di illegittimità costituzionale di norme diverse da quelle incriminatrici, e, quindi, al di fuori dell'unico caso previsto dall'art. 673 Cpp facendo leva sull'art. 30 c. 4, della legge n. 87/1953 istitutiva della Consulta. Cfr. Cass., SU, 24.10.2013, n. 18821, Ercolano, con nota di F. Viganò, in *www.penalecontemporaneo.it* 12.5.2014; SU, 14.10.2014, n. 42858, Gatto, con nota di G. Romeo, *ivi*, 17.10.2014.

²⁵⁴ R. Bartoli, *Le garanzie*, cit., 180.

poter dimostrare [...] che la consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione normativa. Ad opporsi a una simile equazione non è, peraltro, solo la considerazione attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una pronuncia delle Sezioni Unite. Vi si oppone anche, e prima ancora [...] il principio di separazione dei poteri specificamente riflesso nel precetto che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge»²⁵⁵.

Ancora la Corte Costituzionale nella sentenza n. 230/2012 esclude la possibilità che il mutamento giurisprudenziale favorevole, la decisione delle Sezioni Unite, possa travolgere il giudicato; tra l'altro, la Corte evidenzia che «la stessa Corte di Strasburgo ha avuto modo, del resto, di rilevare, in termini generali, come, nel caso di avvenuta composizione di un contrasto di giurisprudenza da parte di un tribunale supremo nazionale, l'esigenza di assicurare la parità di trattamento non possa essere utilmente invocata al fine di travolgere il principio di intangibilità della res iudicata: infatti, «intendere il principio di eguaglianza nell'applicazione della legge nel senso che ciò che risulta dalle decisioni posteriori implica la revisione di tutte le decisioni definitive anteriori che risultino contraddittorie con quelle più recenti sarebbe contrario al principio di sicurezza giuridica» (Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 2007, Perez Arias contro Spagna, sempre nella misura in cui i principi interpretativi siano applicabili al nostro ordinamento)».

Ricordiamo che nell'ordinamento italiano il limite del giudicato vale per la successione di leggi *in bonam partem*, in cui il fatto rimane punibile ma con una diversa

²⁵⁵ La Corte prosegue mettendo in evidenza che in questo caso non si tratta di garantire il principio dell'affidamento fondato sulla prevedibilità dell'intervento punitivo, come avviene in relazione all'applicazione del principio di irretroattività all'interpretazione in *malam partem*, affermando: «Né varrebbe obiettare che [...] stante l'"affidamento" generato nei consociati dalla decisione delle Sezioni Unite, il giudice della cognizione che si discosti da quest'ultima non potrebbe comunque condannare l'imputato, in virtù della ipotizzata estensione del principio di irretroattività anche alla nuova interpretazione sfavorevole della norma. Tale obiezione potrebbe – in ipotesi – risultare appropriata se il giudizio vertesse su un fatto commesso dopo la decisione delle Sezioni Unite: non qualora si tratti di fatto anteriormente realizzato, il cui autore non aveva alcuna ragione di fidare sulla liceità penale della propria condotta, posta in essere quando era imperante un orientamento giurisprudenziale di segno contrario». In realtà, come correttamente evidenziato in dottrina R. Bartoli, *Le garanzie*, cit., 179 - «proprio quest'ultima affermazione, in cui precisa che quando si tratta di fatto realizzato prima della sentenza delle Sezioni Unite, la retroattività non opera perché l'autore non poteva fidare sulla liceità penale non può essere condivisa. Da un lato, contrasta con l'assunto fondamentale della stessa giurisprudenza costituzionale, secondo cui l'eguaglianza che sta alla base della retroattività dipende, non già dalla rimproverabilità soggettiva di essersi posti contro l'ordinamento, ma da una concezione oggettivistica del diritto penale e quindi dal criterio del disvalore oggettivo», come evidenziato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 394/2006..

disciplina ex art. 2, c. 4, ma rispetto all'ipotesi di *abrogatio criminis* la norma più favorevole travolge il giudicato ai sensi dell'art. 2, c. 2.

La Consulta ritiene non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 Cpp, «nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni Unite)» che escluda che un certo tipo di fatto sia previsto come reato; l'ordinanza di rimessione credeva di poter desumere dalla giurisprudenza della Corte Edu la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole²⁵⁶.

La posizione assunta in questa sentenza del giudice delle leggi, probabilmente andrebbe rivista alla luce della fondamentale esigenza di garantire il principio di uguaglianza e il rispetto dei diritti e della libertà del cittadino: non ha più senso applicare una pena per un fatto che per la prassi applicativa successiva non sarà più considerato penalmente rilevante. Chiaramente estendere il principio della retroattività dell'interpretazione penale di favore rappresenterebbe un'ulteriore affermazione della rilevanza del diritto vivente. In realtà emergono delle resistenze rispetto allo stesso principio di retroattività della norma penale di favore, come dimostra il fatto che la Corte Europea ritiene che la retroattività della norma favorevole può travolgere il giudicato solo se previsto dall'ordinamento interno e non in quanto imposto dall'art. 7 CEDU²⁵⁷ e la nostra Corte Costituzionale ritiene che il giudicato rappresenti un limite alla retroattività della legge favorevole sopravvenuta in considerazione della necessità di salvaguardare la certezza dei rapporti ormai esauriti²⁵⁸. Pur considerando l'importanza della certezza dei rapporti ormai esauriti,

²⁵⁶ Nella stessa direzione Cass., sez. VII, 25.1.2019 n. 10458; Cass. 19.10.2017, n. 11076: «In tema di esecuzione, la sentenza di condanna passata in giudicato non può essere revocata, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., nell'ipotesi in cui, in assenza di innovazione legislativa ovvero di declaratoria di incostituzionalità, si verifichi un mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale di una disposizione rimasta invariata, in quanto tale mutamento - anche se sancito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - non determina alcun effetto abrogativo della disposizione interpretata. (Fattispecie in cui era invocata la rideterminazione "in executivis" della pena, previa esclusione dell'aggravante ex art. 80, comma secondo, d.P.R. n. 309 del 1990, in virtù dell'arresto giurisprudenziale relativo ai presupposti applicativi di tale disposizione, rappresentato dalla pronuncia delle Sezioni Unite Penali n. 36258 del 2012)»; Cass., sez. I, 21.2.2013, n. 13411: «In tema di esecuzione, l'art. 673 c.p.p. opera soltanto nel caso in cui, a seguito di innovazione legislativa o di declaratoria di incostituzionalità, si verifichi un'ipotesi di abrogazione esplicita o implicita di una norma, non potendo, invece, la predetta disposizione trovare applicazione, quando l'eventuale abrogazione implicita derivi da un mutamento di indirizzo giurisprudenziale, che non può costituire "ius superveniens" anche a seguito di pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione».

²⁵⁷ C.eur, 12.1.2016, Gouarrè Patte c. Andorra, n. 48074/2010; 12.7.2016, Ruban c. Ucraina; esclude che possa travolgere il giudicato C. cost. 22.7.2011, n. 236; C. cost. 3.7.2013, n. 210; C. cost. 24.2.2017, n. 43.

²⁵⁸ C. cost. 20.5.1980, n. 74.

sembra problematico che in uno Stato di diritto la tutela della libertà e degli altri diritti fondamentali del cittadino travolti dall'esecuzione della pena (a partire dalla reputazione, la dignità, ..) possano essere subordinati alla tutela della certezza del diritto. La pena non svolgerebbe più la sua funzione rieducativa ed essere avvertita come proporzionata, ma piuttosto sarà subita dal reo come ingiusta e discriminatoria laddove venga applicata per un fatto che non costituisce più reato²⁵⁹.

In tale direzione parte della dottrina evidenzia che il principio di retroattività in bonam partem sancito dall'art. 49 della Carta Europea dei diritti fondamentali («Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima») non prevede il limite del giudicato in nessun caso e non solo nel caso di abrogatio criminis, trovando il suo fondamento nel principio di proporzione: «il divieto di squilibrio tra la gravità del reato e la quantità/qualità di sofferenza legale inflitta. Punto e basta»; «in caso di successione, se si nega l'applicazione retroattiva, la sproporzione tra la gravità del reato e la pena inflitta è sempre la stessa: prima o dopo la sentenza definitiva di condanna»²⁶⁰. E anche alla luce del principio di proporzionalità materiale, sancito dall'art. 52, c. 1 della Carta, non si ritiene che la limitazione del giudicato alla rilevanza del principio della retroattività in bonam partem sia necessaria per garantire l'effettività del sistema penale e l'efficienza del processo (i controinteressi che sarebbero tutelati da tale limite)²⁶¹. Considerando che la Corte di Giustizia applica espressamente il principio di irretroattività in malam partem anche all'interpretazione giurisprudenziale²⁶², si

²⁵⁹ Critico nei confronti della sentenza A. Cadoppi, *Una tessera in più per il puzzle della legalità. La Sentenza n. 98/2021 della Corte Costituzionale*, in *Scritti in onore di N. Mazzacova*, Pisa 2023, 59 «si è consumata un'ingiustizia», ritenendo che si dovesse attribuire in questo caso rilevanza «alla dimensione in action della legalità, anche al fine di scongiurare plateali violazioni del principio di uguaglianza, e di altri principi ancora».

²⁶⁰ Così C. Sotis, *Le "regole dell'incoerenza"*, cit., 129.

²⁶¹ Idem, 131 ss.

²⁶² CGUE, I Sez., 5.5.2022, C-570/20, *BV con l'intervento di Direction départementale des finances publiques de la Haute-Savoie*, §§ 37 ss.; CGUE, V sez., 9.9.2021, C-906/19, FO, § 46; Avvocato Generale M. Campos Sánchez-Bordona, 9.12.2021, C-570/20, *BV con l'intervento di Direction départementale des finances publiques de la Haute-Savoie*, § 62; Avvocato Michal Bobek, 4.3.2021, *FO contro Ministère public*, C-906/19, § 53; CGUE, 20.12.2017, *Vaditans*, C-102/16, EU:C:2017:1012, punto 51 e giurisprudenza ivi citata; CGUE, 28.3.2017, *Rosneft*, C-72/15, EU:C:2017:236, punto 166; CGUE, 22.10.2015, *AC-Treuhand/Commissione*, C-194/14 P, EU:C:2015:717, § 41: «il principio di legalità dei reati e delle pene non può pertanto essere interpretato come un divieto di graduale chiarimento, da una causa all'altra, delle norme sulla responsabilità penale da parte di un'interpretazione giurisprudenziale, a condizione che il risultato sia ragionevolmente prevedibile al momento della commissione dell'infrazione, alla luce in particolare dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione»; CGUE, 3.6.2008, *Intertanko e a.*, C-308/06, EU:C:2008:312, § 71; Tribunale, 8.7.2008, *AC-Treuhand AG*, C-T-99/04, 142; CGUE 8.2.2007, causa C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee*, § 90; CGUE, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, 28.6.2005, C-189/02 P, C-202/02 P, da

potrebbe estendere il principio di retroattività in bonam partem anche all'interpretazione e ai sensi dell'art. 49 della CEDF ritenere che per tale principio non valga il limite del giudicato in base al dettato normativo e al suo fondamento convenzionale sul principio di proporzione.

In materia è intervenuta più recentemente la Corte Costituzionale con la sentenza n. 25/2019 che, accogliendo le critiche della Corte EDU nella sentenza De Tommaso²⁶³, nega la conformità al principio di tassatività del contenuto delle misure di prevenzione²⁶⁴, precedentemente dichiarate conformi dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 282/2010 e 94/2012²⁶⁵. Nonostante lo sforzo della giurisprudenza e, in particolare, delle Sezioni Unite Paternò²⁶⁶ di fornire un'interpretazione "tassativizzante e tipizzante"²⁶⁷, convenzionalmente conforme nel

C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, § 219 - 227; G. Grasso, *Politiche penali*, cit., 58 il quale evidenzia come in tal modo vengono accresciute le garanzie offerte dall'art. 25 Cost.; A.M. Maugeri, *I principi fondamentali della "materia penale"*, cit., 124; Id., *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza come diritto fondamentale nel diritto penale europeo, pur con qualche tentennamento*, in AP 2022, 203. Per il principio di retroattività della norma più favorevole, cfr. CGUE, 10.7.1984, Kirk, C-63/ 83, Racc., 2718; CGUE, *Silvio Berlusconi-Sergio Adelchi-Marcello Dell'Utri e a.*, 3.5.2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, § 67; Avvocato Generale Yves Bot, 27.11.2007, *Rüdiger Jager c. Amt für Landwirtschaft Bützow*, C-420/06, § 48.

²⁶³ C. eur., 23.2.2017, Grande Camera, *De Tommaso*, n. 43395/09.

²⁶⁴ Ad avviso della C. eur., alcune delle prescrizioni previste dal comma 3 dell'art 5 della legge n. 1423/1956 sono espresse in termini troppo generici e il loro contenuto è estremamente vago e indeterminato. Questo vale in particolare per le previsioni concernenti gli obblighi di "vivere onestamente, di rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti" (formulazione cambiata nel codice antimafia che non contiene più l'ultima ipotesi), nonostante l'intervento della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 282/2010 ha negato la violazione del principio di tassatività da parte delle disposizioni in questione (§ 119). L'aspetto più inquietante di tale mancanza di tassatività è determinato, inoltre, dal fatto che la violazione di tali prescrizioni è incriminata ai sensi dell'art. 9 della legge n. 1423/1956 (come modificato dall'art. 14 del d.l. n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 155 del 2005) e oggi ai sensi dell'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011, *fattispecie punita con pena detentiva sino a cinque anni*.

²⁶⁵ Cfr. F. Viganò, *Il principio di prevedibilità*, cit., 219; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di Diritto Penale*, cit., 143 ss.

²⁶⁶ Cass., S. U., 27.4.2017, Paternò, n. 40076, in *www.penalecontemporaneo.it* 2.5.2017, che hanno precisato, con un'interpretazione convenzionalmente orientata, e con una sorta di operazione di ortopedia interpretativa, che la norma incriminatrice di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011 non ha ad oggetto anche la violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi", perché si tratta di «prescrizioni generiche e indeterminate, la cui violazione può tuttavia rilevare in sede di esecuzione del provvedimento ai fini dell'eventuale aggravamento della misura». Cfr. F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *DPenCont* 2016, 3, 146. In posizione similare G. Biondi, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso C. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*, in *www.penalecontemporaneo.it*. 30.10.2017, f. 10, 167 ss.

²⁶⁷ Cass., S. U., 27.4.2017, Paternò, n. 40076, § 9. Cfr. V. Maiello, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli 2020, 45; P. Pomanti, *op. cit.*, 181 il quale ritiene che «dare sostanza e precisione ad una «intera» disposizione vaga, caratterizzata da una generale indeterminatezza dei presupposti applicativi significa trasformare l'interprete in legislatore violando la riserva di legge e la separazione dei poteri ex art. 25, co. 2 Cost.»

rispetto del principio di legalità²⁶⁸, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 75, c. 2, del decreto legislativo n. 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", nonché, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della l. n. 87/53 l'illegittimità costituzionale della contravvenzione prevista dall'art. 75, c. 1, cod. antimafia²⁶⁹. In questa decisione, richiamando la sentenza n. 230/2012, la Corte Costituzionale ritiene necessaria la dichiarazione di parziale incostituzionalità perché la norma non può essere parzialmente abrogata in via interpretativa, in quanto «l'abolitio criminis - per ius superveniens o a seguito di pronuncia di illegittimità costituzionale - è cosa diversa dallo sviluppo della giurisprudenza, essenzialmente di legittimità, che approdi all'esito (simile) di ritenere che una determinata condotta non costituisca reato. In un ordinamento in cui il giudice è soggetto alla legge e solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che vuole che sia la legge a prevedere che il fatto commesso è punito come reato. L'attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante, ma rimane pur sempre un'attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo".

In tal modo, come dichiara la stessa Corte Costituzionale, la dichiarazione di incostituzionalità è stata strumentale alla *revoca delle sentenze passate in giudicato* e alla *rilevabilità d'ufficio* dell'*abolitio criminis* ex art. 129 Cpp²⁷⁰. La Corte Costituzionale riconosce espressamente l'importanza del suo intervento proprio a tali fini, anzi solo a tali fini «sussiste non di meno una limitata area» che rende rilevante la questione di legittimità costituzionale rispetto a un diritto vivente che ha già abrogato la fattispecie

²⁶⁸ Principio di precisione/tassatività come canone ermeneutico a disposizione del giudice comune per ridurre l'area delle fattispecie criminose in conformità alla ratio del principio di legalità, rappresentata da esigenze di garanzia per l'individuo, cfr. F. Viganò, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fatti specie di reato*, in www.penalecontemporaneo.it 13.9.2017, f. 9, 146.

²⁶⁹ Nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti la misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

²⁷⁰ C. cost. 9.4.2019, n. 75, §§ 5 - 6. Cfr. A. Santangelo, *op. cit.*, 321.

in esame: «Orbene, la convergenza delle Sezioni unite verso la citata pronuncia della Corte EDU segna l'arresto ultimo del diritto vivente, ben posto in risalto dall'ordinanza di rimessione: l'inosservanza dell'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi, quale prescrizione della misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, non integra la fattispecie di reato di cui al censurato art. 75, comma 2. Però – per quanto sopra ritenuto in ordine alla rilevanza e all'ammissibilità delle questioni – non si è di fronte a un'abolitio criminis per successione nel tempo della legge penale; ciò comporta che, proprio per l'affermata non riconducibilità dell'orientamento giurisprudenziale sopravvenuto a uno ius superveniens, sussiste non di meno una limitata area in cui occorre ancora domandarsi se la fattispecie penale suddetta, schermata solo dall'interpretazione giurisprudenziale, sia conforme, o no, al principio di legalità in materia penale, vuoi costituzionale che convenzionale. Area questa costituita – come già sopra rilevato – sia dall'esecuzione del giudicato penale di condanna, sia dalla rilevanza ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. in caso di ricorso per cassazione recante solo censure manifestamente infondate e quindi inammissibili. In questi stretti limiti si pone, in sostanza, la questione di costituzionalità come possibile completamento dell'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU, già fatta dalle Sezioni unite nei limiti in cui l'interpretazione giurisprudenziale può ritagliare la fattispecie penale escludendo dal reato condotte che prima si riteneva vi fossero comprese».

La Corte Costituzionale, pur negando la possibilità di equiparare il mutamento interpretativo favorevole allo ius superveniens, completa con efficacia erga omnes, nel pieno rispetto del principio di uguaglianza, l'opera di parziale abrogazione della fattispecie incriminatrice già avvenuta in sede di interpretazione "tassativizzante e tipizzante" da parte del massimo organo della nomofilachia, le Sezioni Unite, in attuazione della sentenza De Tommaso²⁷¹ della Corte EDU, realizzando – tra l'altro – un perfetto modello di collaborazione e dialogo tra le Corti.

In un sistema costituzionalmente fondato sulla separazione dei poteri e la riserva di legge, pur potendosi attribuire rilievo al mutamento giurisprudenziale favorevole – decisione delle Sezioni Unite – che in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata delimita l'ambito di rilevanza penale della norma, il tipo criminoso, ai fini dell'abrogatio criminis erga omnes che travolge il giudicato si ritiene necessario l'intervento della Corte Costituzionale, quale giudice delle leggi che potrà intervenire

²⁷¹ C. eur., 23.2.2017, Grande Camera, *De Tommaso*, n. 43395/09

chiaramente solo laddove ritenga che la "norma" in esame sia costituzionalmente illegittima, a partire dall'incostituzionalità per violazione del principio di legalità/precisione/tassatività/determinatezza (come nel caso in esame in cui la prescrizione di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" risultava assolutamente indeterminata). Si tratta di un compromesso in cui, pur riconoscendosi sempre più la rilevanza del ruolo con-formativo della giurisprudenza e della rilevanza del precedente qualificato, in particolare delle Sezioni Unite (art. 618, c. 1 bis Cpp), si attribuisce alla Corte Costituzionale il ruolo di garante del rispetto dei principi costituzionali e della qualità della legge a tutela dei diritti fondamentali del cittadino, garante dell'equilibrio dei poteri e della piena realizzazione del nostro assetto istituzionale/costituzionale.

In realtà, però, nel caso esaminato dalla sentenza n. 25/2019 la Corte Costituzionale si trova di fronte a un'ipotesi in cui la disposizione, il dettato normativo è parzialmente incostituzionale perché in contrasto con il principio di legalità/precisione e, quindi, correttamente non ritiene sufficiente l'interpretazione costituzionalmente orientata e l'eventuale retroattività in bonam partem dell'interpretazione, rientrando nella sua competenza il compito di eliminare erga omnes la disposizione; discorso diverso quando la disposizione rimane in vita e si tratta di "abrogare" un'interpretazione più ampia della norma capace di far rientrare nel suo ambito di applicazione fatti che non sono più ritenuti meritevoli di intervento penale, come nell'ipotesi esaminata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 230/2012 e, quindi, il problema rimane laddove in una simile ipotesi si sia formato il giudicato.

La soluzione dovrebbe essere una riforma dell'art. 673 Cpp (o un intervento della Corte Costituzionale che dichiari la parziale illegittimità dell'art. 673 Cpp), che consenta la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale in bonam partem con effetto abrogativo attraverso una sentenza delle Sezioni Unite. Tale soluzione comporterebbe un ulteriore riconoscimento del ruolo del diritto vivente, che potrebbe non scandalizzare laddove si tratta comunque dell'affermazione del prevalere di un orientamento in bonam partem nel rispetto della libertà e della dignità del cittadino, che sarebbe sottratto all'esecuzione di una pena per un fatto non più considerato penalmente rilevante: si tratta di esigenze che dovrebbero prevalere su quelle della certezza del diritto, come esaminato.

Salvo a ritenere che anche in tale ipotesi sia possibile un intervento della Corte Costituzionale che potrebbe con una sentenza interpretativa di rigetto attribuire efficacia erga omnes all'interpretazione in bonam partem e rigettare la questione di

costituzionalità della norma interpretata in maniera più estensiva, così salvando la norma e attribuendo efficacia erga omnes all'interpretazione restrittiva, ma per travolgere il giudicato attraverso l'art. 673 Cpp si dovrebbe comunque fare rientrare nella nozione di «dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice» anche una simile tipologia di decisione che sostanzialmente dichiara l'illegittimità costituzionale dell'interpretazione più estensiva della norma (con una conseguente abolitio criminis di fatto). O, ancora, la Corte Costituzionale potrebbe dichiarare l'incostituzionalità dell'interpretazione in malam partem - e, quindi, del diritto vivente - laddove considerata una forma di *interpretazione analogica* in contrasto con il principio di legalità ex art. 25, c. 2 Cost. (come avviene di fatto con la sentenza n. 98/2021 che si esaminerà nel prossimo paragrafo), consentendo tout court l'applicazione dell'art. 673 Cpp. In una simile ipotesi, come si esaminerà, nel prossimo paragrafo, si confermerebbe la rilevanza assunta dal diritto vivente che diviene direttamente oggetto del sindacato di costituzionalità.

11. La Corte Costituzionale oscilla tra orientamenti maggiormente ispirati a una c.d. legalità formale e orientamenti ispirati alla c.d. legalità giurisprudenziale; si tratta poi di capire se quella che può apparire come un'obsoleta affermazione di legalità formale²⁷², non rappresenti la necessità condivisibile che, pur in presenza di un'interpretazione costituzionalmente orientata, sia necessario ribadire il limite del dato testuale²⁷³ contro possibili derive interpretative, che finiscano per estendere l'ambito di applicazione di una norma in chiave analogica, pur perseguendo anche legittime esigenze di tutela; esigenze che devono, però, essere perseguite dal legislatore, non potendo in uno Stato di diritto - fondato sul principio della separazione dei poteri - affidare le scelte di politica criminale tout court al giudice e trasformarlo nel legislatore del caso concreto.

La legalità formale sembra emergere nella sentenza n. 327/2008 che sembra svilire il ruolo dell'interpretazione giurisprudenziale, affermando: «come l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale. Sostenere il contrario significherebbe, difatti, "tradire" entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione - cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo

²⁷² C. Cost. 1.8.2008, n. 327; C. cost. n. 230/2012, cit.; Cass. SU civ., 6.12.2021, n. 38596.

²⁷³ Cfr. A. Santangelo, *op. cit.*, 281 ss.

della produzione della *regula iuris* - verrebbe meno giacché, nell'ipotesi considerata, la *regula* verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione - cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato - non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti».

O, ancora, richiama la funzione dichiarativa della giurisprudenza la sentenza delle Sezioni Unite civili n. 38596/2021 che pretende di perseguire l'interpretazione più corretta del dettato normativo in rigorosa applicazione dei criteri di cui all'art. 12 delle preleggi, per cui «il giudice non crea diritto, ma opera secondo i criteri ermeneutici noti e dentro i limiti del diritto positivo»; come afferma Fiandaca, emerge il timore che si tratti della «insistita difesa «ideologica! di un modello di giudice il più possibile rispettoso del testo di legge»²⁷⁴.

Nella medesima direzione la decisione della Corte Costituzionale n. 230/2012 – sopra citata - che ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 Cpp, «nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni Unite)» che escluda che un certo tipo di fatto sia previsto come reato e ha, quindi, riaffermato un modello rigoroso di legalità fondato sulla riserva di legge e la soggezione del giudice soltanto alla legge. Anche l'orientamento delle Sezioni Unite ha valore "essenzialmente persuasivo", si afferma, e può essere disatteso «in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione». Le stesse Sezioni unite possono «trovarsi a dover rivedere le loro posizioni». La Corte precisa che «[a]l pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)». In tal senso, pur con qualche distinzione, si è pronunciata anche la giurisprudenza di legittimità²⁷⁵. Rispetto alle posizioni assunte in questa sentenza, non dobbiamo dimenticare però che le recenti riforme hanno riconosciuto e valorizzato il ruolo di nomofilachia della Suprema Corte, come esaminato.

Nella direzione opposta, soprattutto in passato, la Corte Costituzionale tendeva a

²⁷⁴ G. Fiandaca, *Il giurista (penalista)*, 85.

²⁷⁵ Cass., S.U., 29.10.2015 (23.6.2016), n. 26259; Cass. 1.6.2023, n. 32469; Cass., sez. VII, ord. 25.1.2019, n. 10458; Cass., sez. I, 15.11.2016, n. 11076.

valorizzare il diritto vivente e a non dichiarare la violazione del principio di legalità/tassatività/precisione pur a fronte di norme con precetto assolutamente indeterminato, come l'abuso innominato di atti di ufficio (oggetto poi di diverse riforme, sino alla recentissima abrogazione)²⁷⁶. In tal guisa la già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 172/2014, in materia di atti persecutori (art. 612 *bis* Cp), ha confermato la legittimità costituzionale della norma proprio alla luce del diritto vivente, della giurisprudenza consolidata in materia, pur in presenza di una norma che presenta serie ambiguità in termini di tassatività e determinatezza – la nozione di reiterazione, eventi di carattere psicologico di difficile determinazione e accertamento, come fondato timore e grave e perdurante stato di ansia e di paura, o comunque rispetto ai quali è difficile stabilire la soglia minima di tipicità, come il cambiamento delle abitudini di vita -²⁷⁷. Ad avviso della Corte²⁷⁸ «occorre tenere conto del fatto che si è ormai consolidato un "diritto vivente" che qualifica il delitto di cui all'art. 612-bis cod. pen. come reato abituale di evento, ... (ex plurimis, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenze n. 20993 e n. 7544 del 2012). Ciò conferma quanto risulta evidente già dalla formulazione legislativa del precetto e, cioè, che il reato di cui all'art. 612-bis cod. pen. non attenua in alcun modo la determinatezza della incriminazione rispetto alle fattispecie di molestie o di minacce, di cui costituisce una specificazione». Si ritiene sufficiente che «attraverso l'interpretazione integrata, sistemica e teleologica, si pervenga alla individuazione di un significato chiaro, intelligibile e preciso dell'enunciato»²⁷⁹.

²⁷⁶ C. cost., 19.2.1965, n. 7; si veda nota 212 sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio.

²⁷⁷ C. cost., 11.6.2014, n. 172

²⁷⁸ «Il fatto che il legislatore, nel definire le condotte e gli eventi, abbia fatto ricorso a una enunciazione sintetica della norma incriminatrice e non abbia adottato, invece, una tecnica analitica di enumerazione dei comportamenti sanzionati, non comporta, di per sé, un vizio di indeterminatezza, purché attraverso l'interpretazione integrata, sistemica e teleologica, si pervenga alla individuazione di un significato chiaro, intelligibile e preciso dell'enunciato». E, proseguono: «Il principio di determinatezza non esclude, infatti, l'ammissibilità di formule elastiche, alle quali non infrequentemente il legislatore deve ricorrere stante la impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a giustificare l'inosservanza del precetto e la cui valenza riceve adeguata luce dalla finalità dell'incriminazione e dal quadro normativo su cui essa si innesta».

²⁷⁹ La Corte continua affermando: «Invero, come già affermato da questa Corte, l'esigenza costituzionale di determinatezza della fattispecie ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost., non coincide necessariamente con il carattere più o meno descrittivo della stessa, ben potendo la norma incriminatrice fare uso di una tecnica esemplificativa (sentenze n. 79 del 1982, n. 120 del 1963 e n. 27 del 1961), oppure riferirsi a concetti extragiuridici diffusi (sentenze n. 42 del 1972, n. 191 del 1970), ovvero ancora a dati di esperienza comune o tecnica (sentenza n. 127 del 1971). Il principio di determinatezza non esclude, infatti, l'ammissibilità di formule elastiche, alle quali non infrequentemente il legislatore deve ricorrere stante la «impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a "giustificare" l'inosservanza del precetto e la cui valenza riceve

In tale direzione anche la sentenza n. 24/2019 pretende il rispetto del principio di legalità/tassatività a tutela della prevedibilità, da una parte, ma dall'altra, valorizza il diritto vivente verificando la compatibilità con il principio di legalità della norma sottoposta così come interpretata. La Corte dichiara l'incostituzionalità dell'art. 1, lett. a, d.lgs. 159/2011 per la violazione del principio di tassatività/precisione della categoria dei destinatari delle misure di prevenzione descritta come "soggetti indiziati di essere dediti a traffici delittuosi" (art. 1, lett. a d.lgs. 159/2011), ritenendo che, nonostante gli sforzi di c.d. "tassativizzazione" compiuti dalla più recente giurisprudenza della Suprema Corte – sia prima che dopo la sentenza De Tommaso della Corte EDU²⁸⁰ –, non sia stato possibile riempire il disposto normativo in esame di significato certo e ragionevolmente prevedibile ex ante. La Corte, invece, ritiene che, «alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza de Tommaso, risulti oggi possibile assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dell'art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera b), del d.lgs. n. 159 del 2011», - «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» - «sì da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali "casi" – oltre che in quali "modi" – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca»²⁸¹. In questo caso la Consulta, non solo attribuisce «un ruolo tassativizzante alla giurisprudenza rispetto ad un precetto che nella sostanza si ritiene di per sé, già in astratto, assolutamente indeterminato»²⁸², ma compie una sorta di operazione di

adeguata luce dalla finalità dell'incriminazione e dal quadro normativo su cui essa si innesta» (sentenze n. 302 e n. 5 del 2004)». Sulla difficoltà di tipizzazione di questa fattispecie, anche nel diritto comparato, cfr. A.M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica (stalking between political criminal necessity and media promotion)*, Torino 2010.

²⁸⁰ C. eur., 23.2.2017, Grande Camera, *De Tommaso*, n. 43395/09.

²⁸¹ *Contra* G. Amarelli, *Misure di prevenzione e principio di determinatezza*, in Treccani - Libro dell'anno, 2019, § 3, ritiene che anche questa seconda ipotesi dovesse essere dichiarata incostituzionale perché «secondo il criterio enucleato anche dalla Corte costituzionale della cd. non interpretabilità della disposizione, l'interpretazione tassativizzante conforme a Costituzione è possibile unicamente in presenza di plurime opzioni interpretative, ma non nel caso di vuoto contenutistico come quello che caratterizza i punti critici delle fattispecie di pericolosità». Conforme F. Mazzacupa, *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *RIDPP* 2019, 992; F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, cit., p. 911.

²⁸² G. Amarelli, *Misure di prevenzione*, cit., 9.

ortopedia legislativa, fornendo un'interpretazione garantistica e restrittiva della disposizione in questione²⁸³.

11.1. In questo alternarsi di decisioni in materia di legalità che assumono un approccio piuttosto contrapposto, legalistico – da una parte –, giurisprudenziale – dall'altro –, alcune recenti decisioni sembrano, al di là dei contrasti, ribadire l'esigenza di affermare in materia penale il principio di tassatività, pur a fronte del riconoscimento del ruolo conformativo della giurisprudenza.

In tale direzione la decisione n. 115/2018 (c.d. Taricco 2, ben conosciuta per aver chiuso la c.d. "saga Taricco") che si è appellato alla teoria dei contro-limiti derivanti dai nostri principi costituzionali²⁸⁴. La dottrina annovera tale sentenza tra le decisioni della Corte Costituzionale che sembrano prediligere un approccio legalistico, ma in realtà questa sentenza ha sancito il limite determinato dal *dato testuale*, pur riconoscendo il ruolo dell'interprete, e ciò al fine di garantire la prevedibilità dell'intervento punitivo e, quindi, la libertà del cittadino. La Corte contesta la mancanza di tassatività della norma richiamata dal giudice (l'art. 325 TFUE) per denunciare come nel caso di specie «il testo non permette alla persona di prospettarsi la vigenza della regola Taricco», per poi ribadire principi ben noti anche alla giurisprudenza della Corte EDU e, cioè, «la necessità che le scelte di diritto penale sostanziale permettano all'individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, in base al testo della disposizione rilevante, e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici». Si precisa, dunque, come «Perlomeno nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia, ciò avvalorava (finanche in seno al diritto dell'Unione, in quanto rispettoso dell'identità costituzionale degli Stati membri) l'imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati. Rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato a scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo». «Se è vero che anche

²⁸³ Cfr. A.M. Maugeri, P. Pinto De Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria* (C. cost. n. 24/2019), in *DPenCont* 2019, 90 ss..

²⁸⁴ Cfr. V. Manes, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Scritti in onore di N. Mazzacuva*, Pisa 2023, 181.

«la più certa delle leggi ha bisogno di "letture" ed interpretazioni sistematiche» (sentenza n. 364 del 1988), resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla previa *lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone « la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione » (sentenza n. 364 del 1988) [...].».

Nella medesima direzione, da ultimo, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 98/2021²⁸⁵ ha ribadito il divieto di analogia *in malam partem* (art. 25, c. 2 Cost.) in materia penale, dinanzi ad un'interpretazione dilatata del concetto di convivente al fine di applicare il reato di maltrattamenti in famiglia piuttosto che quello di atti persecutori (il giudice del procedimento principale non aveva spiegato le ragioni per le quali aveva ritenuto che, a fronte di una relazione affettiva durata qualche mese e caratterizzata da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro, la vittima potesse essere considerata, alla stregua del linguaggio comune, come persona già appartenente alla medesima "famiglia" dell'imputato, ovvero con lui "convivente"). Tale sentenza sembra adottare un approccio legalistico laddove valorizza il testo della legge, *il limite del dato testuale*²⁸⁶ e ribadisce con forza che il divieto di applicazione analogica della legge penale a sfavore del reo costituisce un limite insuperabile rispetto alle opzioni a disposizione del giudice di fronte al testo della legge, giusta «il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo: canone affermato a livello di fonti primarie dall'art. 14 delle Preleggi nonché – implicitamente – dall'art. 1 cod. pen., e fondato a livello costituzionale sul principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) ». La Corte ricostruisce i diversi criteri interpretativi, ma ribadisce la primazia del criterio letterale, o meglio il limite dato dal testo della legge, rispetto al criterio teleologico e sistematico, ogni torsione ermeneutica trova un limite nella *littera legis* anche al cospetto di legittime istanze di tutela. Il divieto di analogia «non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, 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

²⁸⁵ Cfr. A. Cadoppi, *Una tessera in più per il puzzle della legalità*, cit., 49 ss.

²⁸⁶ V. Manes, *Sui vincoli costituzionali*, cit., 183.

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. Ciò vale non solo per il nostro, ma anche per altri ordinamenti ispirati alla medesima prospettiva, come dimostra la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, secondo cui in materia penale «il possibile significato letterale della legge fissa il limite estremo della sua legittima interpretazione da parte del giudice»²⁸⁷. Avverte il Giudice delle leggi che «Il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale: corollari posti a tutela sia del principio "ordinamentale" della separazione dei poteri, e della conseguente attribuzione al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti, nonché – evidentemente – tra le diverse figure di reato; sia della garanzia "soggettiva", riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, a tutela delle sue libere scelte d'azione».

In questa sentenza, quindi, la Corte ribadisce la distinzione tra interpretazione estensiva e analogia, precisando che «l'analogia si ha quando il giudice riferisce la norma incriminatrice a «situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali»²⁸⁸, ed enfatizza la connessione del divieto di analogia, non solo con il principio della separazione dei poteri e della connessa riserva di legge in materia penale²⁸⁹, ma anche con «la garanzia "soggettiva", riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, a tutela delle sue libere scelte d'azione (sentenza n. 364 del 1988)». In tal modo si accoglie quella nozione di legalità quale garanzia della prevedibilità dell'intervento punitivo e, quindi, della libertà del cittadino propria della giurisprudenza della Corte EDU e, come

²⁸⁷ BVerfGE 73, 206, (235); in senso conforme, più recentemente, BVerfGE 130, 1 (43); 126, 170 (197); 105, 135 (157); 92, 1 (12)

²⁸⁸ A. Cadoppi, *Una tessera*, cit., 55.

²⁸⁹ «Il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale (su quest'ultimo profilo, si vedano in particolare le sentenze n. 96 del 1981 e n. 34 del 1995, nonché, con riferimento alle sanzioni amministrative di carattere punitivo, n. 121 del 2018): corollari posti a tutela sia del principio "ordinamentale" della separazione dei poteri, e della conseguente attribuzione al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti (ordinanza n. 24 del 2017), nonché – evidentemente – tra le diverse figure di reato»; cfr. C. cost., 26.1.2017, n. 24, § 9. Cfr. A. Santangelo, *op. cit.*, 353,

sopra evidenziato, già pienamente riconosciuta dalla storica sentenza n. 364/1988.

Per contro, però, in questa sentenza la Corte sembra pienamente riconoscere il ruolo *con-formativo* della giurisprudenza laddove, pur dichiarando la questione inammissibile per «una lacuna motivazionale sulla rilevanza delle questioni prospettate», dichiara espressamente il contrasto con il divieto di analogia non della disposizione, ma *dell'interpretazione* offerta, che ha esteso l'applicazione dei maltrattamenti anche a relazioni basate su un rapporto meramente affettivo e senza convivenza, ritenendo che l'ambito di applicazione della fattispecie andasse delimitato correttamente in base al testo della legge a relazioni stringenti di condivisione di una reale esistenza in comune²⁹⁰. La Corte Costituzionale valorizza a tal punto l'interpretazione giurisprudenziale da ammettere – anche se non nel caso di specie – la dichiarazione di incostituzionalità dell'interpretazione che viola il controllo esterno sugli esiti ermeneutici²⁹¹; in questa ipotesi «[i]l controllo di costituzionalità non è più [...] un giudizio su fattispecie ipotetica, il diritto per come esso è in potenza; diventa, invece, un giudizio su fattispecie concreta, il diritto per come esso è in atto»²⁹². In questi casi, riprendendo la distinzione di Crisafulli tra disposizione e norma (enunciato frutto dell'interpretazione)²⁹³, si dichiarerebbe l'incostituzionalità della norma ma non della disposizione (anche se nel caso di specie la Corte, quale giudice delle leggi, si limita a dichiarare la questione inammissibile).

Da questa giurisprudenza della Corte Costituzionale, emerge, allora, da una parte il richiamo fondamentale al limite all'interpretazione rappresentato dalla lettera legis e dal divieto di analogia, dall'altro, come autorevolmente affermato, il riconoscimento del ruolo conformativo della giurisprudenza, al punto che oggetto del giudizio

²⁹⁰ A. Cadoppi, *Una tessera*, cit., 60 propone l'introduzione del ricorso de amparo per risolvere simili casi; la medesima proposta A. Nappi, *op. cit.*, 467.

²⁹¹ Cfr. R. Bartoli, *Nuovi scenari*, cit., 8.

²⁹² G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Bologna 2007, 209; F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 10; in tale direzione C. cost., 26.2.2020, n. 32, in cui la Corte ha dichiarato incostituzionale la norma della "Spazzacorrotti" "in quanto interpretata" nel senso che le modificazioni da essa introdotte si applichino anche ai condannati per fatti commessi prima della sua entrata in vigore, con riferimento alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena.; C. cost., 31.7.2020, n. 193, che non dichiara incostituzionale la norma proprio alla luce del diritto vivente, quale emerso dopo la precedente declaratoria di incostituzionalità (n. 32/2020) che «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».

²⁹³ V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *ED*, vol. XIII, 195 ss. Cfr. M. Donini, *Fattispecie o case law?*, in *QuestG* 2018, 81; Id., *Iura et leges. perché la legge non esiste senza il diritto*, in *www.sistemapenale.it* 20.12.2019.

costituzionale sono le "norme" e cioè le disposizioni così come interpretate e applicate dai loro giudici naturali, che sono per l'appunto i giudici comuni; «e la Corte si limita a offrire la propria interpretazione, eventualmente in chiave adeguatrice rispetto ai principi costituzionali, soltanto nei casi in cui queste norme non siano ancora evincibili dalla giurisprudenza comune, o non siano ivi sufficientemente consolidate. Il che – se non vedo male – non può che sottendere, al di là delle affermazioni di principio contenute in sentenze come la n. 230 del 2012 poc'anzi citata, un riconoscimento sostanziale della Corte circa la funzione con-formativa del diritto svolta dai precedenti giudiziali, che fissano regole ulteriori rispetto a quelle più generali stabilite dalle fonti legislative interpretate»²⁹⁴.

L'importanza del dato testuale e del divieto di analogia *in malam partem*, è, da ultimo, confermata dalla Sesta sezione della Suprema Corte che, richiamando le sentenze della Corte Costituzionale n. 115/2018 e 98/2021, sancisce che le scelte di diritto penale sostanziale devono permettere all'individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, per poi ribadire che «l'attività di interpretazione trova un limite nel significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore a cui il giudice non può assegnare un significato del tutto diverso da quello semantico al fine di ricercare profili in grado di colorare in senso estensivo il perimetro dell'illecito, in quanto nell'applicazione dinamica delle disposizioni penali occorre garantire al cittadino oltre la conoscibilità delle leggi scritte, anche la prevedibilità degli orientamenti interpretativi nelle diverse fattispecie trattate» (in tal guisa la Suprema Corte ha contestato che si possa applicare l'art. 353 Cp al concorso universitario e che l'interpretazione che lo ha ammesso fosse in contrasto con il dato testuale della norma incriminatrice, perché nella disposizione in materia di turbata libertà degli incanti e, in particolare, nella formula semantica utilizzata dal legislatore - «gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private» - non vi è nessun riferimento ai concorsi per il reclutamento del personale)²⁹⁵. «Alla luce di tale principi il motivo di ricorso rivela la sua infondatezza perché basato su una interpretazione in obiettivo contrasto con il dato testuale della norma incriminatrice, rispetto al quale si rivela incompatibile. Una interpretazione che porta con sé il rischio di far prevalere

²⁹⁴ F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 12.

²⁹⁵ Cass. 24.5.2023 (dep. 25.7.2023), n. 32319, con nota di G.L. Gatta, *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, sì al (moribondo) abuso*, in www.sistemapenale.it 26.7.2023; Cass. Sez. VI, 10.5.2023 (dep. 16.6.2023), n. 26225.

l'intenzione dell'interprete sul dato letterale della norma, con conseguente violazione del divieto di analogia in malam partem; una interpretazione che rivela una frattura tra la struttura e la tipicità della fattispecie e l'intento dell'interprete volto a "conservare" la ratio della norma e ad evitare, direttamente o indirettamente, la creazione di "zone franche"». La Suprema Corte denuncia il preciso intento di colmare quella che viene considerata una lacuna con l'analogia *in malam partem*, assumendo il giudice il ruolo di legislatore del caso concreto; l'interprete non può cambiare il testo della norma: «nel caso di specie, dunque, diversamente dagli assunti del Procuratore ricorrente, non si tratta di precisare, di conformare, di adattare i confini di una precetto penale che, in ragione della sua genericità, si presta sul piano testuale a interpretazioni eterogenee, ma di cambiare il testo della norma». Nel caso di specie il limite del dato testuale è ancora più pregnante perché di carattere tecnico²⁹⁶: «E' stato acutamente evidenziato in dottrina» da una parte, che le definizioni propriamente tecniche, come nel caso di specie, sono in rapporto di eterogeneità col linguaggio comune, con l'effetto che il loro significato ha un contenuto evidente, stabile, insuscettibile di modifiche, ...».

Tale richiamo al divieto di analogia e al rispetto della littera legis²⁹⁷ pur nel pieno riconoscimento della rilevanza dell'interpretazione giurisprudenziale, sembra assolutamente apprezzabile in un panorama come quello attuale multiculturale, complesso, e sgretolato dal punto di vista valoriale, politico, ideologico, anche laddove si attribuisce l'assoluta prevalenza alla necessità di un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, nonché conforme al diritto UE; il giudice deve arrestarsi ai "cancelli delle parole"²⁹⁸, ricordando che "l'interpretazione conforme a Costituzione non è un procedimento interpretativo più "libero" degli altri, non è ricerca di un risultato interpretativo comunque conforme a Costituzione, ma è piuttosto scelta fra più possibili significati, tutti interni però al perimetro semantico

²⁹⁶ «Si tratta, come è stato autorevolmente osservato, di nozioni tecniche che hanno un loro significato infungibile e reperibile nella normativa di settore e, in particolare, nel R. D. n. 2440 del 1923 e R. D. n. 827 del 1924, nonché nel Codice degli appalti».

²⁹⁷ Cfr. P. Pomanti, *op. cit.*, 294 ss. sul ritorno dell'ermeneutica contemporanea al «valore letterale della disposizione, il perimetro semantico della fattispecie», assicurando all'esito dell'interpretazione la conformità al tipo (strutturale, contenutistico, funzionale, 298) e alla dimensione teleologica, «la sostanza dell'incriminazione, che poi diviene il senso normativo della disposizione penale, fissata nel valore protetto, nel bene giuridico, cuore e anima del reato, "configurante" la dimensione teleologica della norma penale nella sua duplice conformazione interna e sovranazionale» (299).

²⁹⁸ N. Irti, *I «cancelli delle parole». Intorno a regole, principi, norme*, Napoli 2015, 28.

della disposizione, di quello che appare conforme o più conforme a Costituzione"²⁹⁹.

13. L'invito emerso dal convegno sull'uso alternativo del diritto "penale" del 1972, ad affermare il ruolo con-formativo della giurisdizione come "pratica sociale"³⁰⁰ volta, nel settore penale, a smantellare le istanze autoritarie del codice Rocco e a fornire un'interpretazione della norma capace non solo di rispettare, ma anche di implementare i diritti e le libertà riconosciute nella Costituzione, a partire dal principio di uguaglianza sostanziale, nasce in contrapposizione a una giurisprudenza espressione della classe dominante che con approccio formale, legalitario e tecnocratico, si limita ad applicare il diritto penale autoritario del codice Rocco in maniera servente a un certo assetto di potere – anche economico –.

Nel rispetto del principio della separazione dei poteri e, quindi, nel rispetto della riserva di legge, rimane fermo che il riconoscimento dell'attività interpretativa quale *politica del diritto* deve avvenire nella sola e mera *implementazione* del dettato costituzionale e del principio di eguaglianza sostanziale affermato dall'art. 3 della Costituzione (come affermato da Aldo Moro, nella tensione al pieno sviluppo della persona umana, così come è stata tratteggiata agli articoli 2 e 3 del dettato costituzionale), o in ogni caso nello sforzo di interpretare la norma nel massimo rispetto possibile delle direttive costituzionali, in attuazione della tutela dei diritti fondamentali e del rispetto dei principi fondamentali espressi dalla Costituzione, nonché dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'affermazione del principio della massimazione delle tutele ex art. 53 CEDU; ogni giudice nazionale come giudice europeo è chiamato a interpretare la norma penale nel rispetto dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla CEDU e dal diritto UE, a partire dalla CEDF, o meglio ad applicare la norma penale per tutelare tali diritti e libertà.

E, allora, «dal punto di vista istituzionale, la soggezione del giudice alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) – e dunque il vincolo gerarchico di compatibilità dello stesso "diritto vivente" alla legge – esprime l'idea della primazia del Parlamento nella configurazione del diritto; primazia a sua volta limitata dalla necessità che la legge rispetti la Costituzione, il cui enforcement è ripartito nel nostro ordinamento tra la

²⁹⁹ Così F. Palazzo, *Costituzione e divieto di analogia*, in *DPP* 2021, n. 9, 1222; conforme V. Manes, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *RIDPP* 1239.

³⁰⁰ M. Vogliotti, *La nuova legalità penale*, cit., 60

Corte costituzionale e gli stessi giudici comuni, ai quali spetta il duplice compito dell'interpretazione conforme e della sollevazione della questione di legittimità costituzionale, nei casi in cui il testo della legge si opponga alla stessa interpretazione conforme»³⁰¹.

In materia penale l'uso alternativo del diritto nell'opera di reinterpretazione costituzionalmente orientata del codice Rocco si è realizzato anche grazie all'affermazione della teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata e del principio di offensività, come «limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario» e criterio ermeneutico che impone al giudice di ricondurre nell'ambito di applicazione della norma solo comportamenti offensivi del bene tutelato (al punto che l'offensività diviene vettore di determinatezza). In tal guisa ricordiamo che la verifica della tipicità deve essere sottoposta ai vincoli dimostrativi sottesi alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, per cui il giudice ha il dovere di «puntuale motivazione ed esplicitazione del percorso logico dimostrativo seguito in sede di controllo della conformità al tipo»³⁰².

L'affermazione del ruolo della giurisprudenza ha trovato, poi, un avallo fondamentale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia, che hanno accolto una nozione sostanziale di legge come *law in action*, che deve avere la qualità dell'accessibilità e della *prevedibilità* della *regula iuris*, a garanzia della libertà del cittadino che deve sapere prima il confine tra lecito e illecito, come del resto già evidenziato dalla Corte Costituzionale nella storica sentenza n. 364/1988 che aveva enfatizzato il dovere dello Stato di emanare norme chiare e la stretta connessione tra il principio di legalità e quello di colpevolezza (l'uno l'altra faccia della medaglia dell'altro). Si è così affermata quella che possiamo definire legalità "costituzionale europea multilivello" nella contrapposizione tra una legalità

³⁰¹ F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 16 s.; cfr. F. R. Dinacci *I valori della Costituzione a presidio dell'esigenza di certezza e "prevedibilità"* (*La difficoltà di una corretta esegesi tra nova fenomenici, ordinamento "liquido" e norme diluite*), in *AP* 2022, 2, 21 «Ne deriva che anche in un sistema giuridico "smarrito" ed incapace a fungere da guida esegetica, il dato costituzionale dotato di cogenza anche con riferimento al momento ermeneutico viene a costituire il necessario punto di riferimento dell'interprete. In tal modo si perviene ad una "ricostruzione" per via costituzionale dell'ordinamento e dei principi ad esso sottesi. Si tratta, all'evidenza, di un rimedio ad una situazione patologica posto che in un ordinamento rigido non è pensabile che il "sistema" di norme e la loro interpretazione esprima frizioni con i principi della Carta dei valori; questi infatti costituiscono dei punti fermi che non possono essere superati da motivazioni ideologiche o di ragion pratica. Solo con questa consapevolezza si può recuperare quell'unitarietà del sistema capace a guidare un corretto metodo interpretativo osservante di quel costituzionalismo dei valori che impone la riscoperta della funzione di legalità della Costituzione».

³⁰² A. Gargani, *Processualizzazione del fatto*, cit., 856.

formale/legalitaria e una legalità giurisprudenziale, che rischia di violare lo stesso principio della separazione dei poteri per rispondere all'emergere di nuovi fenomeni criminali o alla mancanza di tassatività della legge penale.

In questo contesto si afferma, allora, quello che è stato definito il diritto del cittadino alla "prevedibilità" del diritto e, anche in virtù dell'introduzione all'art. 618, c. 1 bis Cpp, il tendenziale dovere del giudice al rispetto del precedente – fondato, è importante ribadirlo, sul rispetto del principio di eguaglianza e del principio della prevedibilità delle decisioni, proiezione del principio della libertà di autodeterminazione ex art. 13 Cost. –, nonché il dovere del giudice di interpretare cercando di formulare una "regula iuris" valida per il futuro nell'ambito di una corretta cultura del precedente. «In uno scenario come quello attuale, nel quale la giurisdizione ha assunto un ruolo di primo piano nella configurazione del diritto penale e dove si va sempre più diffondendo, anche grazie alla giurisprudenza di Strasburgo, la consapevolezza che la garanzia della conoscibilità del diritto non dipende più solo dalla qualità della legislazione, ma anche dagli atteggiamenti interpretativi dei giudici, non è più possibile attribuire al precedente una mera autorità di fatto o persuasiva, secondo una formula tralatizia che poteva giustificarsi solo nell'ambito di un paradigma scientifico che attribuiva all'interpretazione dei giudici una mera funzione dichiarativa»³⁰³.

La prevedibilità del diritto, definita imperativo di rango costituzionale, come lucidamente evidenziato, garantisce il diritto di difesa degli imputati (indotti magari, soprattutto se con limitati mezzi economici, a negoziare in presenza di eccessiva incertezza sull'esito del giudizio) e dovrebbe indurre l'accusa a evitare procedimenti e processi dall'esito incerto per la mancanza di chiarezza preliminare su ciò che in astratto integra la fattispecie individuata dal pubblico ministero (basti pensare al caso Eternit³⁰⁴ con l'incertezza in punto di diritto su cosa si dovesse intendere per disastro, conclusa con l'annullamento senza rinvio della Suprema Corte con tutte le conseguenze negative in termini di aspettative di giustizia tradite in capo alle persone offese, di sprechi economici e di risorse per l'apparato giustizia, anche in violazione dell'art. 81 Cost., a parte la perdita di credibilità complessiva del sistema della giustizia penale italiana)³⁰⁵.

In tal modo «si concilia il riconoscimento del ruolo della giurisprudenza con il

³⁰³ M. Vogliotti, *Nuovi problemi*, cit., 25.

³⁰⁴ Cfr. S. Zirulia, *Processo Eternit: a che punto siamo?* In *DPenCont* 18.11.2013; L. Masera, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *RIDPP* 2015, 1565 ss.

³⁰⁵ F. Viganò, *Il principio di prevedibilità*, cit., 234 ss.

rispetto della riserva di legge, garantendo la prevedibilità del diritto, sia quale formante legislativo che giurisprudenziale, piuttosto che la prevedibilità delle decisioni in sé, le quali possono derivare da diverse variabili»³⁰⁶.

Non sempre la Suprema Corte e la Corte Costituzionale, però, hanno valorizzato del tutto la portata garantistica del principio di legalità/prevedibilità in termini innanzitutto di qualità della legge, tendendo piuttosto a valorizzare la dimensione *scusante* – in violazione del principio di colpevolezza – dell’ignoranza della legge dovuta a un orientamento gravemente caotico della giurisprudenza; per contro in dottrina si contesta che la considerazione di tale situazione sul piano della rimproverabilità non è sempre lineare, dovendo valutare i fattori soggettivi ed eccezionali che hanno reso non esigibile la conoscenza della legge e l’azione doverosa, mentre si tratta piuttosto di una situazione di mancanza di tipicità del fatto nella *law in action*³⁰⁷. Come esaminato quest’ultimo approccio appare meno garantistico, perché laddove il diritto non è prevedibile manca la stessa tipicità quale conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta che presuppone appunto una chiara e prevedibile delineazione di tale fattispecie e, quindi, l’affermazione del principio di irretroattività dell’interpretazione innovativa *in malam partem* e di retroattività dell’interpretazione innovativa *in bonam partem*, ferma restando l’opportunità dell’intervento della Corte Costituzionale che sancisca l’eventuale *abrogatio criminis* con effetti erga omnes.

La più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte sembra oscillare tra orientamenti maggiormente ispirati a una c.d. legalità formale e orientamenti ispirati alla c.d. legalità giurisprudenziale; ma in conclusione, appare preferibile l’approccio della Corte EDU che pur riconoscendo ampiamente il ruolo costitutivo della giurisdizione, pone all’interpretazione giurisprudenziale in materia

³⁰⁶ P. Scevi, *op. cit.*, 175; M. Donini, *Fattispecie o case law?*, in *QuestG* 2018, 85: «Prevedibile deve essere il diritto (legge + interpretazione), mentre la sua applicazione al caso e l’intreccio di questa applicazione con altri aspetti storico-processuali presenta margini di incertezza assai maggiori».

³⁰⁷ A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 316 ss.; M. Vogliotti, *Penser l’impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, in *Diritto e quest. pubbl.*, 2003, 348 ss.; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, 95 ss.; V. Valentini, *Diritto penale intertemporale*, cit., 150 ss.; F. Mazzazacuva, *Nulla poena*, cit., 241; cfr. D. Perrone, *op. cit.*, 363 ss., 380: «l’irretroattività dovrebbe essere estesa solo alle interpretazioni che incidono sfavorevolmente sulla rilevanza penale della condotta e sulla sua sussumibilità sotto una determinata previsione incriminatrice. Viceversa, un overruling in ordine all’interpretazione di una circostanza aggravante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato, di una norma processuale, ecc. – per quanto possa parimenti determinare effetti sfavorevoli inaspettati – non determina un vulnus all’esigenza di certezza tale meritare l’estensione dell’irretroattività. Breve: non ogni nuova interpretazione sfavorevole richiede necessariamente di essere assistita dalla garanzia intertemporale».

penale – come esaminato - il limite del rispetto *dell'essenza* della norma, per garantire la prevedibilità dell'intervento punitivo e, quindi, la tutela della libertà del cittadino, concetto – essenza della norma - che richiama da una parte il rispetto del "tipo criminoso" in base ad un'interpretazione teleologica ispirata al principio di offensività e dall'altra il limite del dato testuale.

In quest'ultima direzione possiamo ricordare che nel rispetto del principio della separazione dei poteri, con la sua imprescindibile vocazione politica di principio garantistico della libertà dei cittadini, già nelle sue prime affermazioni l'uso alternativo del diritto, come affermato da Pulitanò, non ha significato proporre un modello di ermeneutica soggettivista e antilegataria, ma l'uso alternativo in chiave progressista del diritto borghese si è considerato praticabile negli spazi del testo normativo, e, quindi laddove gli spazi lasciati aperti dal legislatore consentissero interpretazioni innovative non incompatibili con i dati testuali³⁰⁸.

E, allora, contro ogni deriva soggettivista e abusi interpretativi che nascondano vere e proprie estensioni analogiche *in malam partem* del dato normativo, pur riconoscendo il ruolo prezioso della giurisprudenza nell'implementazione o, meglio, nella con-formazione del diritto³⁰⁹, si deve ricordare, come esaminato e sottolineato anche recentemente dalla Corte Costituzionale (n. 98/2021), il limite del *dato testuale* rispetto a qualunque interpretazione, che chiaramente deve poi essere costituzionalmente e convenzionalmente orientata nonché conforme al diritto UE (anche l'interpretazione conforme non può avvenire *contra legem*³¹⁰); il dato testuale,

³⁰⁸ G. Fiandaca, *Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica*, in *Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino 2023, 78 ricostruendo il pensiero di D. Pulitanò, in *Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura democratica per l'attuazione dei valori democratici*, in P. Barcellona, *L'uso alternativo del diritto*, II, cit., 61 ss.

³⁰⁹ Per questa espressione F. Vigano, *Il principio di prevedibilità*, cit., 241 che precisa «mediante la formulazione da parte del giudice di una regola iuris specificamente ritagliata sulla tipologia di casi cui è riconducibile il caso concreto all'esame, ma che conserva carattere generale e astratto e funge, come tale, da (reale) premessa maggiore del sillogismo giudiziale», premessa la considerazione dell'interpretazione come atto di natura volitiva e non meramente come atto ricognitivo. Cfr. G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 7; Id., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 240 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, 159 ss.

³¹⁰ Cfr. P. Scevi, *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio garantistico?* in www.legislazionepenale.eu 16.11.2020, 38 ss. Con riferimento alle decisioni quadro, v. CGUE, 16.6.2005, C-105/03, Pupino, in *DPP* 2005, 1178 ss. La Corte ha stabilito che applicando il diritto nazionale il giudice del rinvio lo deve interpretare sulla scorta della lettera e dello scopo della decisione quadro per pervenire alla finalità da questa ricercata. Restano fermi, tuttavia, sia il divieto di determinare o aggravare la responsabilità penale dell'imputato, sia il limite alla interpretazione conforme, che non può pervenire ad una interpretazione *contra legem* del diritto interno. Cfr. C. cost., 28.1.2010, n. 28, in *RIDPP* 2011, 1134 ss., con nota di A.M. Maugeri, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove*

la lettera della legge, rimane il confine esterno dell'interpretazione che garantisce la prevedibilità del diritto e la riconoscibilità del significato della norma³¹¹. Il giudice deve arrestarsi ai "cancelli delle parole"³¹²; come afferma Eco, nonostante la complessità dell'interpretazione («sono d'accordo [sul fatto che] anche la sovrainterpretazione è feconda, sono d'accordo anche con l'idea del sospetto ermeneutico..[...]») si tratta di decidere che «è possibile stabilire alcuni limiti oltre i quali si possa dire che una data interpretazione è cattiva e forzata. Forse come criterio quasi popperiano è troppo debole, ma è tuttavia sufficiente al fine di riconoscere che *non è vero che qualunque cosa vada bene*»³¹³. L'interpretazione legittima non può «trascendere l'ambito dei significati possibili del testo normativo» e questo non vuol dire «ignorare la problematicità di tale limite, ma scegliere consapevolmente l'orientamento che meglio assicura in linea di principio e tendenziale l'osservanza del divieto costituzionale di analogia (esterna alla fattispecie)»³¹⁴; si tratta di una scelta fondata su una giustificazione politico-ideologica in chiave di garanzia per attuare la politica costituzionale della legalità penale.

Nel diritto penale, «il principio generale è quello del divieto di interpretazioni non solo *contra legem*, ma anche semplicemente *praeter legem*, per ciò che concerne almeno le norme incriminatrici»³¹⁵. Il giudice dovrebbe adottare un approccio antianalogico, privilegiando un'interpretazione rigorosamente consentita dal testo³¹⁶, rifuggendo dal delirio di onnipotenza che lo indurrebbe a volere colmare le lacune dell'ordinamento (autorevole dottrina richiama al limite del significato linguistico

prospettive?, nella quale si afferma che l'interpretazione conforme non è plausibile quando «contraddice ciò che chiaramente emerge dal testo della disposizione censurata» (§ 4 del Considerato in diritto); C. cost., 16.7.2009, n. 239 (§ 3 del Considerato in diritto) e 26.5.2010, n. 196 (§ 2 del Considerato in diritto).

³¹¹ Cfr. N. Irti, *op. cit.*, 28: «la legalità linguistica ci stringe nell'unità di umana e pacifica convivenza: mentre la "creatività" è chiusa ed esaurita nella propria solitaria ebbrezza». Cfr. A. Massaro, *op. cit.*, 346 ss.; V. Manes, *Sui vincoli costituzionali*, cit., 183, il quale evidenzia che nel caso in esame la tassatività della legge prevale sulla prevedibilità dell'interpretazione, perché l'interpretazione della Corte non era implausibile, ma in concreto "prevedibile" in quanto maggiormente congeniale all'evoluzione sociale del concetto di "rapporti di famiglia" e ad una nozione "dinamica" di convivenza.

³¹² Cfr. N. Irti, *op. cit.*, 28.

³¹³ U. Eco, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Bompiani 2002, 172.

³¹⁴ O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 286.

³¹⁵ F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 16, che precisa che «una interpretazione *praeter legem* conduce, infatti, all'applicazione della legge penale oltre i casi da essa abbracciati, e dunque a una sua applicazione analogica, vietata dall'art 25, secondo comma, Cost. (oltre che dagli artt. 14 Preleggi e 1 Cp)». Cfr. M. Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano 2011, 113.

³¹⁶ P. Scevi, *op. cit.*, 168.

come elemento utile a delimitare la naturale propensione del giudice «a farsi artefice di una tutela ad ogni costo», in quanto per quanto mobile, esiste un limite oltre il quale «non è possibile ricondurre una data fattispecie particolare all'area semantica di un certo termine»³¹⁷); solo così l'interpretazione rispetterà, del resto, il principio di ultima ratio e frammentarietà del diritto penale.

Chiaramente l'affermazione della legalità costituzionalmente e convenzionalmente orientata, a garanzia della libertà del cittadino, espressione del principio di ultima ratio del diritto penale e di separazione dei poteri, presuppone un *sistema democratico* in cui sia garantita innanzitutto *l'indipendenza della magistratura*³¹⁸, come recentemente evidenziato nella mozione finale del 36 Congresso ANM («Il tema della libertà dell'interpretazione è intimamente connesso con quello della imparzialità del magistrato, anch'esso oggetto della riflessione congressuale») e come ripetutamente ribadito dalla Corte di Giustizia, che ha evidenziato lo stretto legame tra la garanzia dell'indipendenza e imparzialità della magistratura, da una parte, e la garanzia della presunzione di innocenza, dall'altra³¹⁹. Nella decisione sul caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, la Corte di Giustizia ha chiarito che gli Stati membri sono certamente liberi di organizzare i sistemi giudiziari nazionali in piena autonomia, ma devono avere cura di assicurare il rispetto del principio di separazione dei poteri e l'indipendenza del potere giudiziario. La stessa Corte di Giustizia in passato ha riconosciuto nel principio di indipendenza delle autorità giudiziarie un valore fondante dell'Unione, necessario per garantire una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19 TUE) e il rispetto del diritto fondamentale a un giudice indipendente e imparziale di cui all'articolo 47 della Carta di Nizza, nonché per assicurare l'operatività del meccanismo del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFU³²⁰). Alla luce di queste osservazioni, la recente pronuncia della Corte di Giustizia ha il merito di esaltare la stretta

³¹⁷ F. Palazzo, *Legalità penale*, cit., 1261 ss.

³¹⁸ Cfr. sulla giurisprudenza della Corte EDU in relazione all'imparzialità del giudice, G. Caneschi, *L'imparzialità del giudice nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *AP* 2022, 2, 1 ss.

³¹⁹ CGUE, 27.2.2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*. Per un commento alla sentenza, si legga L. Bachmaier Winter, *Judicial independence in the Member States of the Council of Europe and the EU: evaluation and action*, in *ERA Forum* n. 20, 2019, 113 ss.; CGUE, 27.2.2018, causa C-64/16, *ASJP* e CGUE, 9.7.2020, causa C-272/19, *Land Hassen*. Cfr. CGUE, 2.2017, causa C-503/15, *Margarit Panicello*; CGUE, 6.10.2021, causa C-487/19, *W. Ž. e des affaires publiques de la Cour suprême – nomination*. Cfr. C.eur., 24.5.1989, *Hauschildt c. Danimarca*, ric. n. 10486/83.

³²⁰ Inoltre, i giudici di Lussemburgo hanno riferito la nozione di indipendenza alla terzietà dell'organo giudicante intesa sia quale capacità di resistere a pressioni provenienti da terzi, sia quale imparzialità ed equidistanza dalle parti della controversia, cfr. G. Caneschi, *op. cit.*, 1 ss.

conseguenzialità logica tra imparzialità, indipendenza e presunzione di innocenza capace di incidere profondamente sul modo in cui il processo penale viene condotto e, in special modo, sui poteri decisori dei giudici nel singolo procedimento³²¹.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, dal canto suo, ha ritenuto necessario sottolineare che «in una società democratica sia i tribunali che le autorità investigative devono rimanere liberi da pressioni politiche». A proposito di imparzialità, essa ne ha riferito la portata su due prospettive, quella del "foro interiore del magistrato", presunto imparziale fino a prova contraria, e quella della fiducia che gli organi giurisdizionali devono suscitare nella collettività e nell'accusato per assicurare una giustizia altrettanto imparziale³²².

L'indipendenza della magistratura e il principio della separazione dei poteri devono essere affermati e tutelati in questo delicato momento storico, caratterizzato in Italia da «uno scenario ben più allarmante [che] è venuto delineandosi a livello di iniziative e di progetti di riforma dell'assetto politico costituzionale. Alludiamo all'introduzione di un 'premierato' di derivazione popolare e di una 'separazione delle carriere' all'interno della magistratura, in una con il divisato superamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Il 'precipitato' comune di questa serie di interventi consiste, come ben s'intende, in un cospicuo rafforzamento delle prerogative dell'Esecutivo. Il quale, per vero, lascia temere una sua 'invasione di campo' negli altri due ordini di poteri: la magistratura, da un lato, il Parlamento, dall'altro³²³. Si tratta di

³²¹ Così cfr. G. Caneschi, *op. cit.*, 1 ss. Per un'analisi della tutela dello Stato di diritto come valore fondativo dell'Unione europea e della progressiva costruzione di un quadro comune dei principi di indipendenza e imparzialità della magistratura nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo G. De Amicis, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in www.sistemapenale.it 13.12.2021, 1 ss.. Sul punto cfr. A. Ruggeri, *La crisi dello Stato di diritto in Europa e i suoi possibili, temibili sviluppi*, in www.eublog.eu, 21.7.2021, 1 ss.; V. Zagrebelsky, *L'Unione Europea e lo Stato di diritto. Fondamento, problemi, crisi*, in www.giustiziainsieme.it, 28.5.2021, 1 ss.; CGUE, 8.7.1999, C-235/92, *Montecatini S.p.A.*; CGUE, 19.11.2019, cause riunite C 585/18, C 624/18 e C 625/18, *A.K.* (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema); CGUE, 8.4.2020, causa C- 791/19, *Commissione/Polonia (Regime disciplinare dei giudici)*; CGUE, 27.2.2018, causa C-64/16, *ASJP*.

³²² Cfr. C. eur., 24.5.1989, *Hauschildt c. Danimarca*, ric. n. 10486/83. Questi risultati ben possono essere estesi anche allo scenario giuridico dell'UE in forza del rinvio operato dalla Carta di Nizza alla CEDU. Il giudice non deve essere solo soggettivamente imparziale, ma deve apparire anche oggettivamente tale, sì da suscitare fiducia nella collettività. In tal senso si legga, O. Mazza, voce *Contraddittorio*, in *ED, Annali*, 249; Corte giust. UE, 6.10.2021, causa C-487/19, *W. Ž. e des affaires publiques de la Cour suprême - nomination*.

³²³ G. De Francesco, *L'uguaglianza attraverso la legge*, cit., «Quanto alla prima, è necessario tuttavia ricordare che l'idea di un suo 'smembramento' risale a proposte già formulate anteriormente all'insediamento dell'attuale maggioranza. Ed a tale proposito, pur senza condividere gli 'attacchi' (più o meno risoluti) al potere giudiziario, è impossibile negare come un'attenuazione del suo (pur talora comprensibile) protagonismo sarebbe forse servita ad arginare quella sorta di polarizzazione conflittuale tra magistratura e politica, che ha contribuito ad

un programma che vede entrare a piedi uniti nella vita della giustizia la stessa Autorità di Governo, e che prelude ad una sostituzione surrettizia del vincolo alla legge con il sindacato ed il ‘controllo’ a livello politico, facendo sì, tra l’altro, che proprio quell’‘uguaglianza’ eretta a base di legittimazione della fonte primaria possa venire in qualche modo aggirata mediante manovre ‘selettive’ effettuate nell’interesse del potere»³²⁴.

In questo scenario la dottrina deve richiamare con forza alle ragioni dell’indipendenza della magistratura e della separazione dei poteri, con il connesso principio di legalità a garanzia della libertà del cittadino; una legalità costituzionale – tanto più “europea multilivello” – che realizza pienamente l’esigenza di affermare una visione moderna e dialogica del principio della separazione dei poteri e che si può incarnare nel c.d. “uso alternativo del diritto” che affermi il volto costituzionale del diritto penale, quale ultima ratio per il perseguimento dei valori costituzionali.

‘attualizzare’ quell’inquietante programma».

³²⁴ *Id.*