

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glaucio Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

SEZIONE SPECIALE

ATTI DEL CONVEGNO

“TRA LEGGE E GIUDICE ALLA RICERCA DI UN EQUILIBRIO PER LA LEGALITÀ PENALE”

(FIRENZE, 20 MAGGIO 2022)

G. LATTANZI, <i>Appunto per la presidenza della sessione mattutina</i>	5
G. ZACCARIA, <i>Una “nuova” legalità penale tra testo e interpretazione</i>	11
G. FIDELBO, <i>Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche</i>	33
G. CANZIO, <i>Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia</i>	49
D. PULITANÒ, <i>Legalità penale e nomofilachia</i>	65
V. ZAGREBELSKY, <i>Legalità penale. La posizione della Corte europea dei diritti umani</i>	79
A. MASSARO, <i>Legalità penale e diritto europeo: c’è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d’antico</i>	83
E. LUPO, <i>Prospettive della legalità penale</i>	105
V. MAIELLO, <i>Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici</i>	121
R. ORLANDI, <i>Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di cassazione</i>	133
M. PELISSERO, <i>Prospettive della legalità penale</i>	149

* * *

D. PERUGIA, <i>L’errore giudiziario tra riparazione e risarcimento: le ricadute sullo Stato</i>	157
V. TARTARA, <i>La Corte di giustizia conferma il “divieto di conservazione generalizzata e indiscriminata” dei dati relativi al traffico delle comunicazioni elettroniche per finalità preventive di contrasto alla criminalità. Possibili ricadute nell’ordinamento italiano</i>	173
G. DONATI, <i>La turbata libertà degli incanti tra logiche d’autore e principio di offensività</i>	207
R. CIVITILLO, F. FUSCO, P. RICCI, <i>Accountability e rendicontazione socio-ambientale nel sistema giudiziario: uno stato dell’arte sulle pratiche attuali in Italia e Polonia</i>	225
F. RIPPA, <i>Un’apparente ‘provocazione’: può l’indotto nel delitto di cui all’art. 319-quater c.p. costituirsi parte civile?</i>	243

12/2022

SEZIONE SPECIALE

* * *

ATTI DEL CONVEGNO

"TRA LEGGE E GIUDICE ALLA RICERCA DI UN EQUILIBRIO PER LA LEGALITÀ PENALE"
(FIRENZE, 20 MAGGIO 2022)

* * *

**TRA LEGGE E GIUDICE ALLA RICERCA DI UN EQUILIBRIO
PER LA LEGALITÀ PENALE.
APPUNTO PER LA PRESIDENZA DELLA SESSIONE MATTUTINA**

di Giorgio Lattanzi

Il tema del convegno ci interroga sul ruolo che ha oggi la giurisprudenza nell'ordinamento e sul suo modo di operare.

La formazione dell'ordinamento oggi più che mai passa attraverso l'interpretazione e l'applicazione giurisprudenziale. L'atto legislativo costituisce la fonte della disposizione ma non di rado è l'applicazione giurisprudenziale a produrre la norma, stabilendone il significato. Non c'è legge che non richieda un'interpretazione – sia pure molto semplice, solo letterale – ma oggi in realtà il compito dell'interprete è diventato ben altro e non di rado richiede operazioni assai complesse. Leggi affrettate, che nella stessa materia si succedono senza dare modo all'interpretazione di stabilizzarsi. Sequenze di disposizioni che si aggiungono: *bis, ter, quater* ... Articoli composti a volte da centinaia di commi.

Un codice penale o di procedura penale, parlo da penalista, va riacquistato più volte nell'arco di un anno.

Alla normativa nazionale si sono aggiunte le norme dell'Unione europea e della Convenzione EDU. Si tratta di una normativa che viene interpretata e specificata dalla giurisprudenza delle Corti europee, che si impone al giudice italiano e che, a sua volta, richiede di essere interpretata.

Sui rapporti tra la normativa europea e la giurisprudenza europea, da un lato, e la normativa nazionale, con la relativa giurisprudenza, comune e costituzionale, dall'altro, ci potremmo intrattenere a lungo.

C'è poi la questione del rapporto tra la legge e la Costituzione, che introduce, tra l'altro, il tema dell'interpretazione conforme e del relativo onere del giudice. Interpretazione conforme che è dovuta sia rispetto alla Costituzione, sia rispetto alle normative europee, che ai sensi dell'art. 117, primo comma, possono, come norme interposte, determinare a loro volta situazioni di illegittimità costituzionale. *Sempreché,*

come è possibile per il diritto dell'Unione europea, non si tratti di norme da applicare direttamente, anche se sono in contrasto con norme interne.

L'interpretazione conforme ben può essere causa di incertezze, perché può variare da giudice a giudice.

Ancor di più può generare incertezze l'applicazione diretta delle norme dell'Unione europea con la contemporanea disapplicazione, o meglio non applicazione (come è stato precisato da alcune decisioni della Corte costituzionale) del diritto interno.

I principi enunciati dalla giurisprudenza delle Corti europee, e soprattutto dalla Corte di Strasburgo, possono dare luogo oltre che a un'interpretazione conforme, anche, direi, a un'interpretazione integrativa, e qui il ruolo del giudice nazionale si espande ulteriormente. Può infatti accadere che il principio affermato non abbia un riscontro normativo preciso nel nostro ordinamento, che non ci sia una norma al quale riferirlo in funzione interpretativa o che con esso risulti in contrasto e possa dar luogo a una questione di legittimità costituzionale. Può trattarsi di un principio nuovo, da inserire nel nostro ordinamento armonizzandolo con le norme esistenti.

Silvestri in proposito ha parlato di *ars combinatoria*

Gli esempi che mi vengono in mente sono numerosi, uno è quello relativo al principio del *ne bis in idem*, con riferimento ai reati e agli illeciti amministrativi, di cui la Corte costituzionale ha avuto occasione di occuparsi ancora di recente con riferimento all'art. 649 c.p.p. (si è in attesa della sentenza).

Dalla sentenza Grande Stevens a quella A. e B. contro Norvegia e a quelle successive il principio affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è cambiato e, per semplificare una questione parecchio complessa, posso dire che si è passati dall'affermazione secondo cui non sono consentiti per lo stesso fatto costituente sia un reato, sia un illecito amministrativo, due successivi procedimenti all'affermazione secondo cui i due successivi procedimenti sono consentiti ad alcune condizioni.

Una di queste condizioni è che la sanzione imposta all'esito del procedimento conclusosi per primo sia stata tenuta presente nell'ambito del procedimento che si è concluso per ultimo, in modo da non far gravare sull'interessato un onere sanzionatorio eccessivo; occorre quindi che l'importo complessivo delle diverse sanzioni applicate sia proporzionato. È accaduto così che la Corte di cassazione, investita di un ricorso contro una condanna per abuso di informazioni privilegiate di una persona che per lo stesso fatto era stata già condannata dalla Consob ha ritenuto che anche la successiva condanna penale fosse possibile, purché la sanzione complessiva non risultasse sproporzionata, e che a questo scopo, in applicazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che pure pone il divieto di *bis in idem*), il giudice penale avrebbe potuto anche disapplicare la norma penale infliggendo una pena inferiore a quella minima prevista per il reato (Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869).

Quello che mi preme rilevare è che – combinando da un lato il principio, affermato dalla Corte di Strasburgo, come pure da quella del Lussemburgo, che il *ne bis in idem* vale anche nei rapporti tra procedimento penale e procedimento relativo all'applicazione delle sanzioni amministrative con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dotato di applicazione diretta – la Cassazione è giunta a “integrare”, se

così si può dire, la norma penale nella parte relativa alla misura minima edittale della sanzione.

Altri esempi che mi vengono in mente potrebbero essere quello della diversa qualificazione giuridica del fatto non contestata all'imputato (caso Drassich) e quello del valore probatorio delle dichiarazioni rese dal teste che non può più essere sentito nel dibattimento.

Mi riferisco alla sentenza delle Sezioni unite 25 novembre 2010, n. 27918/2011, che, in un contesto di importanti affermazioni di principio sul valore probatorio delle dichiarazioni rese da persone non sentite nel dibattimento, è giunta alla conclusione che le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono – conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell'art. 6 della CEDU e diversamente da quanto prevede il codice di procedura penale – fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale.

Così decidendo, le Sezioni unite hanno combinato le regole interne, relative alla esclusione della prova dichiarativa non formata nel dibattimento e alle correlative eccezioni, con la diversa regola elaborata dalla giurisprudenza della Corte europea, che non opera sul versante dell'esclusione della prova e non si basa sul meccanismo tipico dell'inutilizzabilità dell'atto, ma pone criteri di valutazione, incidendo sul "valore" della prova dichiarativa regolarmente acquisita.

Ancora un altro esempio è quello della necessaria riassunzione di una prova dichiarativa per decidere sull'appello del pubblico ministero contro una sentenza di assoluzione. Penso alle sentenze delle Sezioni unite, 28 aprile 2016, Dasgupta; 19 gennaio 2017, Patalano e 21 dicembre 2017, Troise; 28 gennaio 2019, Pavan, e alla disciplina introdotta nell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. dalla legge n. 103 del 2017.

In queste operazioni di interpretazione generalmente accade anche che il giudice, dopo aver introdotto in ossequio alla giurisprudenza europea una nuova regola processuale, deve anche "inventarsi" (per usare un vocabolo caro a Paolo Grossi) la sanzione per il caso in cui quella regola non sia stata osservata, come in particolare è accaduto con la sentenza Dasgupta, che ha ritenuto configurabile un vizio di motivazione, o la sentenza Pavan che, dopo la positivizzazione della regola europea nell'art. 603 comma 3-bis, ravvisa una nullità.

La vicenda è ancora più complessa quando è la Corte di giustizia dell'Unione europea ad intervenire dopo un rinvio pregiudiziale da parte del giudice italiano, perché la Corte dopo avere riscontrato l'inosservanza della norma europea è solita affidare al giudice nazionale il compito di trovare il modo di farla cessare.

In molti casi non si tratta solo di disapplicare la norma interna in contrasto ma, anche qui, di "inventare" le regole necessarie per raggiungere quel risultato. E così il giudice diventa sostanzialmente un legislatore, in deroga all'assetto costituzionale dei poteri.

Il giudice italiano, io credo, non vorrebbe essere un creatore del diritto, non fa parte della sua cultura, ma sempre più di frequente è costretto suo malgrado a divenirlo.

Questa situazione ha determinato nel nostro ordinamento una torsione nel senso del diritto giurisprudenziale, che richiede una nuova consapevolezza da parte del

giudice e un suo mutamento di cultura, di abito mentale. Non c'è più solo un rapporto tra il giudice e la legge, secondo un'impostazione tradizionale, legata anche al modo di intendere la sua indipendenza e autonomia, ma c'è anche un rapporto tra il giudice e il diritto di fonte giurisprudenziale,

Se questo è il sistema, occorre che muti la cultura del giudice; occorre che il giudice si abitui a ragionare utilizzando i precedenti, individuando uguaglianze, diversità e analogie, e soprattutto che si senta vincolato da essi senza considerare questo vincolo un limite della propria indipendenza. È una cultura che spesso fa difetto anche alla Corte di cassazione, come è testimoniato dai suoi contrasti di giurisprudenza. Intollerabili perché sono incompatibili con la funzione attribuita alla Cassazione dall'ordinamento giudiziario e soprattutto con la funzione che è venuta ad assumere come fonte privilegiata del diritto vivente. Non si tratta di imbalsamare la giurisprudenza ma di "riconoscere" il valore del precedente, anche eventualmente per non farne applicazione quando il caso oggetto del giudizio presenta diversità che giustificano una soluzione diversa, oppure per disattenderlo ma con un'adequata motivazione.

Resta infine da dire degli effetti dei mutamenti giurisprudenziali.

La loro individuazione secondo i principi tradizionali sembra semplice: se il processo è ancora in corso il giudice terrà conto dei mutamenti; se si è concluso con una sentenza irrevocabile i mutamenti, favorevoli o sfavorevoli, saranno privi di effetti.

Però, se si riflette sulla funzione sostanzialmente normativa della giurisprudenza e dei suoi mutamenti, questa soluzione non è completamente appagante. Immaginiamo un caso in cui il mutamento giurisprudenziale abbia inquadrato in una figura di reato un fatto che era stato commesso quando generalmente lo si considerava lecito, come talvolta è avvenuto. Punirlo sarebbe non diverso dal punire un fatto che solo una legge successiva ha previsto come reato, cosa che è esclusa dall'art. 2, comma 1, c.p., oltre che dall'art. 25, comma 2, Cost.

Un rimedio può essere trovato abbastanza agevolmente sul piano soggettivo, riconoscendo che la persona si trovava in una situazione di ignoranza inevitabile della legge penale e quindi, a norma dell'art. 5 c.p. era scusato, in applicazione della sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale. Ma è un rimedio che non soddisfa, perché risolve sul piano soggettivo un caso che in realtà concerne l'esistenza stessa della norma penale, intesa come norma di origine giurisprudenziale creatrice della fattispecie penale.

L'impostazione della Corti europee è diversa.

Com'è noto, per la Corte europea dei diritti dell'uomo legge e giurisprudenza si integrano e congiuntamente formano la *base legale* sicché, da un lato, la "legge" viene considerata non conoscibile e non prevedibile se la giurisprudenza è in contrasto o è contraddittoria e, dall'altro, si ritiene che il principio di irretroattività sancito dall'art. 7, comma 1, della Convenzione, investa non solo il diritto legislativo, ma anche quello giurisprudenziale.

Sui contrasti di giurisprudenza e sulla conoscibilità della legge penale si ricordi il caso Contrada.

Aggiungo che effettivamente per me il concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso è di creazione giurisprudenziale, non perché non possa esistere un

concorso esterno nel reato associativo, come concorso di una persona nella partecipazione all'associazione di un'altra persona oppure come concorso nella direzione o organizzazione da parte di questa, ma perché l'aiuto all'associazione in quanto tale, di cui parla la giurisprudenza, è cosa diversa dalle situazioni ora considerate.

Il principio dell'integrazione tra la legge e la giurisprudenza, affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, fa escludere che un fatto che al momento della sua commissione non costituiva reato possa divenire punibile per effetto di una successiva diversa interpretazione della legge. Nello stesso senso, e particolarmente esplicita sul principio di irretroattività della norma penale sfavorevole frutto di una nuova interpretazione giurisprudenziale, è la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea quale emerge dalla sentenza Sez. II, 8 febbraio 2007, *Groupe Danone c. Commissione* (causa C-3/06 P), in *Cass. pen.*, 2007, p. 2201.

Può anche accadere che attraverso l'interpretazione e l'applicazione giurisprudenziale, senza che siano intervenuti mutamenti legislativi, venga considerato penalmente lecito un fatto che in precedenza era considerato reato. Situazione questa che aveva dato luogo a una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Torino, con riferimento all'art. 117, primo comma, e all'art. 3 Cost., per il contrasto con l'art. 7 della CEDU, rispetto all'art. 673 c.p.p. «nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna anche il "mutamento giurisprudenziale", determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato».

La questione si riferiva a una sentenza delle Sezioni unite che aveva ritenuto non fosse più preveduta come reato l'omessa esibizione di documenti da parte degli stranieri illegittimamente presenti nel territorio dello Stato e tendeva a consentire la revoca delle condanne già pronunciate. Questione che la Corte costituzionale con la sentenza n. 230 del 2012 ha dichiarato non fondata, sostanzialmente disconoscendo valore normativo alle affermazioni giurisprudenziali.

In sede teorica è vivace il dibattito sulla legalità e sul rapporto tra la legge e il diritto, specie quello di origine giurisprudenziale, sul valore della certezza giuridica e della prevedibilità delle decisioni e sulla necessità che ad assicurare questa prevedibilità sia la legge. Ma, quali che siano le nostre visioni teoriche, credo che allo stato non possiamo non prendere atto del ruolo che la giurisprudenza è di fatto chiamata a svolgere. E consentitemi di aggiungere che, se la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni mancano, la causa è soprattutto della cultura del giudice e di un malinteso senso di indipendenza, non dell'affermazione del diritto giurisprudenziale.

Troppo spesso il giudice dimentica che la parità dei cittadini davanti alla legge non può non significare anche parità davanti all'applicazione della legge, della quale si disinteressa sentendosi investito di un potere assoluto di decidere ciò che è giuridicamente corretto e ciò che è giusto o ingiusto.

Siamo così abituati a vedere trattamenti in concreto diversi, e talvolta anche evidentemente squilibrati, che non ci facciamo più neppure caso, e invochiamo la legge per avere certezza e prevedibilità, fingendo di non sapere che comunque la sua

12/2022

interpretazione può essere diversa, così come assai diversa può essere la sua applicazione al caso concreto. Ed è questo che andrebbe evitato.

UNA “NUOVA” LEGALITÀ PENALE TRA TESTO E INTERPRETAZIONE

di Giuseppe Zaccaria

SOMMARIO: 1. Che cosa significa «nuova legalità penale»? – 2. Il tramonto del paradigma moderno della legalità. – 3. Teorie ermeneutiche e giurisdizione penale. – 4. Discrezionalità o creatività dell’interprete penale? – 5. Pluralismo etico e diritto penale. – 6. Caratteri della nuova legalità penale. – 7. Come limitare l’applicazione giudiziale espansiva del diritto penale? – 8. Sul ruolo nomofilattico della Cassazione. – 9. Conclusione.

1. Che cosa significa «nuova legalità penale»?

C’è una parola chiave quando si voglia parlare della nuova legalità penale e del ruolo che in essa può svolgere la Corte di Cassazione. Questa parola chiave è l’aggettivo «nuova», che qualifica il tema classico della legalità penale. Perché nuova e rispetto a cosa?

Nuova sta a constatare la fine della lunga egemonia del paradigma moderno della legalità, che nell’ambito penalistico, fin dall’Illuminismo, esprimeva i due principi, tra loro strettamente intrecciati, di «determinatezza» della fattispecie incriminatrice e del fatto punibile e di assoluta riserva di legge. Per effetto di tali principi restava consegnato al legislatore un monopolio assoluto in materia penalistica, mentre il ruolo del giudice veniva relegato nello spazio di un’attività meramente esecutiva dei comandi legislativi, sorda alle ragioni del fatto concreto e attenta soltanto alla dimensione astratta della fattispecie. Ciò che di ideologico era presente nella concezione antica della legalità era precisamente il presupposto che attribuendo al legislatore il monopolio nella produzione del diritto penale, venissero date perciò stesso al destinatario di tale diritto garanzie efficaci di tutela. Una versione specifica dell’idolatria del legislatore, in tanti modi diversi declinata. Eppure quest’approccio, potente nella sua semplicità o meglio nella sua semplificazione, è stato per lunghissimo tempo alla base delle categorie teoriche e dell’immaginario della comunità penalistica, l’architrave dell’intero sistema penale, creando un vero e proprio mito; anzi, per dirla con Paolo Grossi, una vera e propria mitologia¹; ma ha finito nel contempo per scavare un solco profondo di distanza tra la teoria e la concreta esperienza del giurista, che scopriva e riscopriva ogni giorno la valutatività della scienza giuridica, la presenza di spazi di discrezionalità all’interno della funzione giurisdizionale, l’astrattezza della tesi della riserva assoluta di legge in materia penale.

¹ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, II ed., Giuffrè, Milano 2005. Sulle tensioni interne alla legalità penale, ID., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2015, p. 83-84.

Ma, si sa, i paradigmi scientifici e i modelli culturali, come quello della legalità penale a carattere legislativo, sono costruzioni umane, frutto di fasi storiche e di orientamenti contingenti; come tali nascono, crescono e deperiscono.

2. Il tramonto del paradigma moderno della legalità.

Nel nostro caso è una serie complessa di fenomeni che dapprima incrinano e poi progressivamente erodono le fondamenta culturali su cui si era edificato il paradigma moderno della legalità². È innanzitutto il nuovo costituzionalismo del secondo dopoguerra, che ridimensiona la concezione di legalità del paradigma giuridico moderno, con le sue tesi dell'onnipotenza della legge e dell'identificazione giuspositivistica tra diritto e volontà dello Stato: in esso i fini di giustizia vengono infatti strutturalmente incorporati nelle Costituzioni, i cui principi, ad un tempo giuridici e morali, esigono di essere realizzati non soltanto attraverso la legge che li sviluppa, ma anche attraverso l'azione giurisdizionale che li applica nei casi concreti. Con ciò, con il riconoscimento che la Costituzione non è kelsenianamente una *lex superior*, come nel classico schema della gerarchia delle fonti, ma la nuova forma politica di un patto civile che nasce dal basso, e che ha come suo referente un patrimonio culturale ben delineato, ma anche relativamente mobile³, si determina la fine del vecchio Stato legislativo e si apre ad un nuovo, inedito legame della giurisdizione con il mondo dei fatti e dei valori. A questa ripresa della connessione tra etica, politica e diritto non è certo estraneo il ritorno in ambito filosofico al primato della ragion pratica, che era stato caratteristico del pensiero greco classico e in particolare di Aristotele: anziché partire dalla deduzione delle norme occorre rovesciare il procedimento, muovendo dall'esperienza per poi giungere al principio.

Va peraltro rilevato che la presenza di valori e principi giuridici strutturalmente connessi alla dimensione morale all'interno delle Costituzioni è destinata a non accrescere la determinatezza della valutazione politico-legislativa, trovandosi spesso tali valori e tali principi in un rapporto di costante tensione tra loro, se non di potenziale conflitto.

Il fatto che il vaglio di costituzionalità, pronunciandosi sulla legittimità della disposizione penale, difficilmente possa evitare di sottoporre a giudizio critico le scelte contenutistiche effettuate dal legislatore democratico, contribuisce non poco ad un indebolimento della garanzia democratica della riserva di legge, che negli autori

² Sulla crisi della legalità penale, nell'ampia letteratura e tra i contributi più recenti, oltre alla voce *Legalità* di M. VOGLIOTTI, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. VI, Giuffrè, Milano 2013, sono da vedere F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale: valore e crisi della legalità oggi*, in *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, Giuffrè, Milano, 2000; T. PADOVANI, «*Jus non scriptum*» e crisi della legalità nel diritto penale, ESI, Napoli 2014; D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 29 ss., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*. Atti del III Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, ESI, Napoli 2017.

³ F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Conversazione sul diritto penale*, il Mulino, Bologna 2018.

dell'Illuminismo rappresentava la più tipica espressione della sovranità popolare⁴. I contenuti della legge sono infatti messi in discussione e rapportati ad altri parametri, che appartengono ad uno strato più alto di diritto: la legge è stata così «detronizzata»⁵. Per di più l'obbligo, da parte dei giudici di ogni grado, ripetutamente ribadito dalla Corte costituzionale, di effettuare un'interpretazione costituzionalmente orientata anche delle leggi penali, contribuisce ad incrementare gli spazi di movimento degli interpreti, chiamati a determinare nel concreto l'indeterminatezza dei principi costituzionali. Cosicché uno degli effetti del costituzionalismo contemporaneo è stato proprio quello di spostare, almeno in parte, la funzione di garanzia dal legislatore al giudice.

Vi è poi un ulteriore effetto del nuovo costituzionalismo sul diritto penale: quello di aver offerto, con la sua accentuazione degli aspetti valutativi del diritto, un significativo contributo al ridimensionamento di molti dogmi (come quelli di dolo e di colpa, di bene giuridico, di causalità ecc.) su cui si era retto per decenni l'edificio penalistico, e di conseguenza ad una maggiore articolazione delle categorie del diritto penale.

Un secondo fattore di indebolimento è rappresentato dalle caratteristiche che la legislazione penale è venuta via via progressivamente assumendo. Da molto tempo ormai l'illusione che il linguaggio legislativo denoti con precisione le fattispecie incriminatrici è svanita; e con essa è caduta anche l'ingenua convinzione che il diritto penale potesse restare immune da ogni valutazione di tipo discrezionale o, peggio, da strumentalizzazioni politiche contingenti. L'immagine idealtipica del diritto penale, per cui il legislatore storico conosceva e predeterminava in anticipo tutti i casi da lui regolati, era nata attorno a situazioni semplici, contraddistinte da un nucleo evidente di disvalore, da reati singoli e circoscritti e da un consenso sociale univoco. Ma quel mondo ha cessato da tempo di esistere. Ben altra è la complessità del diritto penale del nostro tempo, composto da un profluvio caotico di leggi e spesso caratterizzato da funzioni preventive e interventistiche più che sanzionatorie, tali da mettere in crisi l'idea classica del diritto penale dell'inesistenza di lacune nel diritto penale stesso, giacché ogni comportamento non espressamente qualificato come reato dovrebbe considerarsi come lecito. Il che non avviene, dal momento che la giurisprudenza spesso riconduce casi non previsti dal legislatore a fattispecie ricomprese in regole a suo tempo prodotte con tutt'altri intenti, ponendo in discussione lo stesso principio della prevedibilità anteriore al fatto commesso⁶. Inoltre, quasi a realizzare la «svolta linguistica» prodottasi nell'analisi del linguaggio, la disposizione, spesso costruita in modo generico, vago e confuso, non essendo in grado di denotare comportamenti precisamente individuabili, si rende effettiva solo nel contesto degli enunciati, cosicché il mitico omaggio al principio illuministico di legalità rischia di divenire sempre più rituale e teoricamente vuoto.

⁴ Sul punto cfr. M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Comunità, Milano 1966.

⁵ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino 2018, p. 132.

⁶ Sull'espansione del potere giudiziario in ambito penale cfr. L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino 2009, p. 51 ss., 161 ss.; ID., *Senza vendette*, il Mulino, Bologna 2022; *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, a cura di C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILETTI, Carocci, Roma 2016, nonché M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena 2014, p. 9 ss.

Fermo restando, naturalmente, che non è giustificabile un sistema basato sul predominio arbitrario del magistrato e che nel diritto penale i principi debbono passare attraverso la mediazione legislativa, è evidente che l'esigenza di determinatezza e di precisione della formulazione legale delle regole non è oggi soddisfatta dal legislatore, più che essere violata dal giudice, che si trova sovente di fronte ad enunciati formulati in modo indeterminato, talché la linea di demarcazione tra lecito e illecito penale diviene labile; e diviene problematico lo stesso fatto di agire all'interno del perimetro sintattico e semantico dato dal legislatore. Una disposizione formulata in modo impreciso, indeterminato o oscuro si presta più facilmente ad essere interpretata e applicata in modi diversi⁷. Non solo: non di rado, come si è detto, il legislatore indulge ad un uso incongruo, strumentale o addirittura smodato della sanzione penale⁸, pensata in senso preventivo più che reattivo o addirittura con funzioni di carattere etico-pedagogico o declamatorio; caratteristiche, queste ultime, che rendono legittimo chiedersi se una tale gestione dello strumento penale sia compatibile con il fine della limitazione dell'arbitrio del potere propria della legalità penale, per non dire del rispetto della dignità e dell'autonomia dei cittadini⁹. La proliferazione incontrollata e la cattiva qualità della legislazione penale, frammentaria, disorganica e pletorica¹⁰ minano dall'interno il principio di legalità, così come inteso dal paradigma moderno; delegittimano la stessa figura del legislatore e accentuano la discrezionalità giudiziale.

Infine, ed è questo un terzo, rilevante fattore di indebolimento del paradigma moderno della legalità, il diritto comunitario ed europeo priva sostanzialmente il legislatore nazionale del suo monopolio in materia penale¹¹ e determina un processo di europeizzazione del diritto penale nazionale. Con due famose sentenze del 2007 la nostra Corte costituzionale ha riconosciuto il rango di fonte del diritto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, così istituendo un'integrazione in positivo tra sentenze CEDU e giudizi di costituzionalità delle leggi.

Da sempre considerato come una proiezione della sovranità statale, il diritto penale è insomma costretto a misurarsi con una dimensione sempre più transnazionale e si afferma una piena competenza normativa dell'UE in materia penale¹². Il principio del *nullum crimen* è così sottoposto ad una doppia tensione, interna e sovranazionale.

⁷ V. FERRES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid 2002, p. 50 ss.

⁸ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002, p. 5.

⁹ Sul tema, v. J. WALDRON, *How Law Protects Dignity*, in *The Cambridge Law Journal*, 71, 2012, p. 200-222.

¹⁰ Sul punto ancora importante C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova 1985.

¹¹ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36/2007, t. II, p. 1298, ma anche L. SIRACUSA, *La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo*, in F. Viola (a cura di), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, il Mulino, Bologna 2012, pp. 11-138, nonché S. SANCHEZ, *Sullo stato della legalità penale*, in A.M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, ESI, Napoli 2015, p. 181 ss.

¹² Fortemente critico rispetto all'attribuzione di efficacia vincolante alle sentenze della Corte EDU è P. FERRUA, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto «vigente» e diritto «vivente»*, in *Cass. pen.*, LVII, settembre 2017, p. 3006-3015.

Da un lato il sistema CEDU appare fortemente influenzato dalla logica sostanzialistica dei sistemi di *common law*, dall'ideale del *rule of law* di conoscibilità e accessibilità delle norme penali da parte dei destinatari e dalla valorizzazione del precedente^{13,14}. Qui il tema, che diviene nevralgico, della prevedibilità delle decisioni giudiziali in ambito penale si estende all'idea dell'*affidamento circa le interpretazioni* che la giurisprudenza darà di un determinato precetto.

Dall'altro lato, la sempre più complessa interazione tra fonti normative eterogenee finisce per spostare completamente sul giudice il peso del reperimento della fonte e la scelta tra fonti concorrenti, sì che la ricerca delle fonti diviene questione eminentemente interpretativa¹⁵.

Questo nuovo paesaggio giuridico, fondato essenzialmente sul momento giurisprudenziale del diritto, e quindi in definitiva su un ruolo ben più rilevante che in passato giocato dal giudice nel sistema giuridico¹⁶, può evidentemente provocare non poche difficoltà nel giurista continentale, non più rassicurato dalla semplificazione teorica basata sulla sacralizzazione della legge e sulle esigenze massime di garanzia che dovrebbero connotare il diritto penale. Di qui una crisi profonda degli «arnesi teorici» della penalistica moderna e la necessità di dover ripensare a fondo quei principi di origine illuministico-liberale (legalità, tassatività, vincolo del giudice alla legge), che messi alla prova dei fatti mostrano di non reggere nei termini in cui erano stati originariamente pensati. Le categorie del paradigma penalistico moderno sono costrette a fare i conti con le profonde trasformazioni del diritto attuale¹⁷.

3. Teorie ermeneutiche e giurisdizione penale.

Ma il fattore culturale che forse più ha contribuito a scalzare il modello illuministico della legalità penale e la lunga persistenza nella dottrina di una concezione

¹³ Sul tema le posizioni della dottrina italiana sono articolate. Oltre al saggio di Ferrua sopra citato, cfr. G. UBERTIS, *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2013, p. 863-866; O. DI GIOVINE, [Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2013, p. 159 ss.; EAD., [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giudiziario](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 11 ss.; M.G. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della CEDU*, in *Quest. giust.*, 4/2018, p. 102-111.

¹⁴ Sul tema della prevedibilità della decisione cfr. F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione in materia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016; D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. giust.*, 4/2018, p. 45-54.

¹⁵ Cfr. in proposito il nostro *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 27 ss., 58 ss.

¹⁶ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 4 ss.

¹⁷ Può essere interessante, a questo riguardo, sottolineare la differenza di approccio tra la comunità scientifica penalistica, in cui si confrontano posizioni diverse e articolate, e la maggiore rigidità della comunità processualpenalistica, tetragona nel difendere il mondo di ieri e la visione tradizionale della legalità. Esemplare, in tal senso, la posizione di D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, LXIX, 2017, fasc. 2, pp. 421-454, che mitizza il disposto legale in omaggio ad un idealizzato principio di legalità e riduce un amplissimo fenomeno di portata mondiale, quello dell'ampliamento del ruolo della giurisdizione, che accomuna *civil law* e *common law*, a forme di posizione ideologica da parte della magistratura.

formalistica dell'interpretazione è stata la crisi innegabile che quel principio di interpretazione-applicazione tassativa delle singole fattispecie criminosi ha vissuto nella realtà concreta della giurisdizione. Per dirla semplicemente, le istanze garantistiche che in teoria potevano essere soddisfatte dal principio della riserva di legge non trovavano poi convincente e credibile conferma nel diritto penale *in action*.

Un ruolo rilevante nel far emergere tale difficoltà e nel richiamare vigorosamente l'attenzione sulla necessità di riadeguare teoria e pratica del diritto è stato giocato dalle teorie ermeneutiche, che insistendo sull'inconcepibilità del senso come mero attributo di un testo¹⁸ hanno efficacemente illuminato le caratteristiche e la complessità del procedimento interpretativo anche nell'esercizio della giurisdizione penale. È bene premettere che – come tutti sappiamo – l'ambito del diritto penale, dominato come si è detto dal principio della riserva di legge, non di rado letto in forme ideologicamente rigide, è sulla carta il settore del diritto più lontano dall'accogliere le tesi di un'interpretazione produttiva e costruttiva, e quindi in apparenza il più alieno dalle tesi ermeneutiche. Tanto è vero che anche di recente Massimo Vogliotti ha intitolato un suo saggio *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*^{19,20}. Se pur talora si riconosce che il caso concreto aggiunge qualcosa alla comprensione della relativa norma, si circoscrive poi questo dato alla sola evenienza dei casi c.d. *difficili*, e non alla fisiologia dell'interpretazione penale²¹. In realtà, quando parliamo del rapporto tra dottrina penalistica ed ermeneutica non ci riferiamo soltanto alla circostanza, oggi davvero universalmente riconosciuta, per cui l'applicazione della legge penale ai casi concreti implica una «precomprensione» dei testi di legge. L'aspetto più importante è che la comprensione del diritto penale, come ha mostrato in modo indiscutibile Winfried Hassemer²², mette a fuoco di volta in volta una diversa fattispecie, meglio compresa, che ridefinisce il significato dell'enunciato sulla base delle irriducibili novità del fatto e ridefinisce il fatto – sempre nuovo – sulla base della norma. Se insomma si archivia definitivamente l'antica, illuministica separazione tra il fatto e il diritto, in base alla quale la sfera dei fatti non poteva vantare alcuna incidenza sulla struttura del diritto, il procedimento di concretizzazione delle leggi penali implica non soltanto un passaggio dall'astratto al concreto²³, ma ancor più un'inesauribile ri-messa a fuoco e ri-

¹⁸ J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici* (1971), trad. it. di R. DE GIORGI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983, p. 41.

¹⁹ M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44 (2015), pp. 131-181.

²⁰ G. MARINUCCI, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1255, p. 1267.

²¹ Così ad esempio M. DONINI, [Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza](#), in *Quest. giust.*, 4/2018, p. 86 ss.

²² W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1968, pp. 107 ss., trad. it. a cura di G. CARLIZZI, ESI, Napoli 2007. Al riguardo, v. il nostro *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984, p. 173 ss., nonché V. OMAGGIO, *Teorie dell'interpretazione. Giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2003, p. 45 ss.

²³ Su quest'aspetto, all'interno dell'orientamento ermeneutico, su ciò che accade effettivamente nella dimensione decisoria, cfr. A. KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache»*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom*

specificazione dei contorni della fattispecie astratta sulla base della concretezza dei casi e dei reali fenomeni criminosi. È, dicevamo, l'idea di Hassemer di una «spirale ermeneutica» tra norma e caso, di un processo circolare di reciproco arricchimento e di mutua determinazione tra norme e casi concreti²⁴. La norma è anche il risultato delle sedimentazioni interpretative su di essa accumulate e comunque muta attraverso le decisioni su di essa fondate²⁵. Con terminologia diversa, ma non sostanzialmente dissimile, un autorevole teorico del ragionamento giuridico, non ermeneutico, come Frederic Schauer, ha parlato di «progressi incrementali» nella comprensione giuridica. Dunque non vi è alcun significato «oggettivo» della regola penale, dal momento che sono le circostanze dell'applicazione del diritto a evidenziare e a ridefinire sempre nuovi significati della regola stessa²⁶. Fatto e diritto sono elementi ermeneuticamente incompleti finché non sono posti in corrispondenza in relazione al fatto da giudicare.

L'effetto di queste tesi, sul piano della teoria generale, è il rafforzarsi dell'opinione, oggi larghissimamente condivisa, che gli ordinamenti giuridici, lungi dall'essere composti esclusivamente da norme che esprimono il significato di testi normativi, constano di molte norme elaborate dai giudici sulla base dei fatti concreti, e dunque non immediatamente riconducibili alle sole disposizioni delle fonti, norme che sovente includono premesse di tipo morale, sociale e politico²⁷.

Preso atto della frattura sempre più profonda apertasi tra la realtà e la teoria, vi è dunque l'urgente necessità di ripensare e ricostruire i principi illuministico-liberali della legalità penale, ridefinendone le basi teoriche in relazione ad un contesto totalmente mutato e a partire dall'esplicito riconoscimento alla giurisprudenza del ruolo di *formante* del diritto, mantenendo purtuttavia fermo quel valore difficilmente rinunciabile che il paradigma moderno intendeva proteggere, ossia «garantire che l'imputato non venga sorpreso da punizioni che nessun uomo ragionevole poteva prevedere»²⁸.

4. Discrezionalità o creatività dell'interprete penale?

Pur dando per acquisita l'idea di una fisiologica discrezionalità giurisprudenziale nel momento applicativo dei testi penali, e nella presa d'atto realistica

Typus, Decker & Müller, Heidelberg 1982, trad. it. a cura di G. CARLIZZI, Vivarium, Napoli 2003; J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenverstellung*, Duncker und Humblot, Berlin 1965, trad. it. cit.

²⁴ Sulla quale è da vedere G. CARLIZZI, *Contributi alla storia dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, La Scuola di Pitagora, Napoli 2012, pp. 121-160.

²⁵ W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo* cit., pp. 167-168.

²⁶ In senso analogo F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, in *Persona y Derecho*, 79/2018, p.16, ma v. anche il mio *La comprensione del diritto* cit., p. 9.

²⁷ Così D. CANALE, *In difesa della distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica*, in *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. II, a cura di P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo 2019, p. 239.

²⁸ W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto*, in *Ars Interpretandi*, 1997, p. 186.

del declino del principio di legalità²⁹, deve comunque rimanere saldo un discrimine teorico. Una cosa è infatti che questa libertà interpretativo-applicativa e l'intoglibile discrezionalità che essa porta con sé si muovano all'interno degli spazi semantici dei testi³⁰; altra cosa è che essa ne prescinda³¹, introducendo elementi dai testi non previsti o disinteressandosi di reperire riferimenti nel testo stesso. In tal caso si determinerebbe un salto senza motivazioni dal testo al contesto fattuale³² e si aprirebbe la strada all'arbitrio rispetto alla prescrizione di un trattamento eguale. E non pare da questo punto di vista molto fruttuoso – è anzi forse il sintomo di persistenti residui ideologici – il continuare a definire come norme generali e astratte le interpretazioni che danno luogo a diverse «norme»³³. Soprattutto se quest'insistenza nella riproposizione del paradigma illuministico e la correlativa critica della teoria ermeneutica, accomunano un po' sommariamente le posizioni ermeneutiche moderate di tipo gadameriano alla semiosi illimitata alla Derrida³⁴.

Vi è, è vero, un problema innegabile, e tanto più evidente in diritto penale, di tracciare dei confini allo spazio di discrezionalità³⁵ sempre crescente affidato all'interpretazione giudiziale e al corrispondente potere dei giudici. Ma ad esso non si risponde, come fa invece Luigi Ferrajoli, riproponendo una versione tradizionale e anzi paradossalmente «rafforzata» del prototipo garantista del ragionamento giudiziario, ispirata al giuspositivismo e negatrice, contro ogni evidenza, della ampiezza della discrezionalità giurisdizionale nell'applicazione del diritto³⁶. Certo per «creatività» della giurisdizione – espressione di per sé ambigua – si possono intendere cose tra loro molto diverse³⁷, ma per Ferrajoli essa è comunque programmaticamente illegittima perché in contrasto con il principio di legalità e di separazione dei poteri. Così impostato il problema, la risposta è scontata ed il dialogo chiuso ancor prima di cominciare. Solo parlare di porre in discussione il principio di legalità disegnato dal positivismo giuridico significherebbe la fine dello stato di diritto, il superamento della democrazia e la caduta di tutte le garanzie giurisdizionali. Ma a parte la contraddizione per la quale da un lato si depreca la crisi della legislazione e il dissesto del linguaggio legislativo e dall'altra parte si continua ad invocare il dogma intangibile della maestà della legge, il fatto è che, almeno per quanto riguarda le tesi ermeneutiche, la «creazione» giudiziale del diritto

²⁹ Sui cui diversi profili v. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, cit., pp. 402-420.

³⁰ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 4 ss.

³¹ F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 531 ss.

³² O. DI GIOVINE, «Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale), in *Quest. giust.*, 4/2018, p. 59.

³³ M. DONINI, *Fattispecie o case law?*, cit., p. 87.

³⁴ M. DONINI, *Fattispecie o case law?*, cit., p. 96.

³⁵ Sul tema della discrezionalità v. il classico F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. I: Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano 1965. L'insopprimibilità anche nell'interpretazione penale di un margine di incertezza e quindi di discrezionalità è riconosciuta anche da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 99 ss.

³⁶ L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars Interpretandi*, V/2016 n. 2, p. 23-43.

³⁷ M. BARBERIS, *Beccaria Bentham e il creazionismo giuridico*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2014, p. 559 ss.

non è mai creazione *ex nihilo* dei significati normativi nel momento della comprensione: la creatività dell'interpretazione si sviluppa entro la cornice dei possibili significati associabili all'enunciato interpretato e dunque entro il perimetro disegnato dal principio di legalità³⁸. Creazione è perfezionamento dell'opera di produzione normativa data dal legislatore, fondato su una razionalità discorsiva e argomentativa. In tal modo le decisioni giudiziali sono il risultato di ragionamenti giustificativi sviluppati a partire dalle premesse normative e orientati alla luce dei principi ordinamentali. C'è insomma una differenza strutturale tra creazione del diritto legislativa e creazione del diritto (se ancora si vuol usare questo termine equivoco) in sede applicativa. Anche quest'ultima si muove all'interno dell'orizzonte normativo fornito dal legislatore.

5. Pluralismo etico e diritto penale.

Sul piano più generale del concetto di diritto va riconosciuto che l'accentuato pluralismo e multiculturalismo del nostro tempo, che pongono in crisi il legame di appartenenza dell'interprete ad una comunità coesa e dotata di valori comuni, stanno spingendo verso l'individualizzazione e l'enfaticizzazione delle differenze piuttosto che verso la generalizzazione. I casi concreti, le persone singole sono diventati normativi per il diritto positivo e diviene estremamente difficile trattare in modo eguale persone diverse³⁹. Al valore della certezza tende a sostituirsi il principio dell'equilibrio⁴⁰. Cresce il disaccordo tra i cittadini sul modo con cui interpretare e praticare i valori costituzionali⁴¹ e non è pensabile che sia qualche disposizione penale o qualche sentenza giudiziale a recuperare un'unità attorno ai valori da tempo smarrita⁴². In un simile contesto frammentato, conflittuale e plurale va ricordato che il particolarismo e l'atipicità possono rappresentare un pericolo consistente per il diritto penale e non appare comunque ingiustificato un certo scetticismo sull'idoneità del diritto penale contemporaneo a svolgere una funzione identitaria sul piano dei valori di riferimento e efficacemente orientativa nel considerare i beni penalmente tutelabili sul piano dei comportamenti⁴³ e delle correlative sanzioni penali. C'è da dubitare del fatto che vengano tutelati beni la cui rilevanza non sia considerata in modo ampiamente condiviso nella società. Più che essere espressione di un assetto di valori morali e di etica pubblica, il diritto penale contemporaneo ne registra l'eclissi. Sono inoltre da considerare una serie di altri fattori, come le concrete modalità con cui nelle stesse procedure democratiche di leggi regolarmente votate in Parlamento, a causa del ruolo schiacciante assunto dall'esecutivo nel procedimento di produzione della legge, venga resa di fatto

³⁸ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto* cit., p. 12.

³⁹ F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, in *Persona y Derecho*, 2018/79, p. 19.

⁴⁰ G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari 2006, p. 5; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino 2007, p. 28-29.

⁴¹ Cfr. al riguardo G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, il Mulino, Bologna 2022, p. 209 ss., 319 ss.

⁴² M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., p. 13.

⁴³ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari 2017, p. 22.

impraticabile quella dialettica tra maggioranza e opposizione parlamentare su cui si impennavano l'idea di democrazia rappresentativa⁴⁴ e la prospettiva della legge prodotta dal Parlamento in quanto organo rappresentativo dell'intero popolo.

Tutto ciò non induce all'ottimismo circa la capacità attuale della legge di costituire una garanzia contro l'arbitrio e di assicurare un trattamento penale ispirato al principio di uguaglianza. La riserva di legge è formalmente rispettata, ma anche i legislatori perseguono, come è evidente, precisi interessi immediati, spesso senza la minima idea di come le leggi da essi prodotte verranno interpretate dai giudici. Molta letteratura penalistica in questo senso sopravvaluta gli aspetti garantistici della democrazia⁴⁵. Dovrebbe a questo riguardo ritornare ad essere centrale il ruolo dei giuristi, i soli da cui si possa esigere un contributo alla migliore redazione delle leggi ed uno sforzo ermeneutico qualificato⁴⁶. Insomma, quando parliamo di leggi penali oggi parliamo di qualcosa di completamente diverso dai luoghi comuni – primo tra tutti che le leggi fossero poche, chiare e precostituite al giudizio – propri della legge secondo l'Illuminismo giuridico, che ancor oggi alimenta l'idea fallace che la certezza del diritto si possa raggiungere con sempre nuova legislazione⁴⁷.

6. Caratteri della nuova legalità penale.

Alla luce di queste considerazioni si può dire in linea generale che la nuova legalità penale non è più tutta concentrata e risolta nella dimensione astratta della fattispecie, e quindi circoscritta alle norme staticamente considerate. Essa include in sé il piano dell'effettività⁴⁸, in precedenza completamente trascurato nel modello giuridico ortodosso «moderno», fondato sulla radicale dicotomia fatto/diritto⁴⁹. Ancora la nuova legalità penale non è più l'espressione di una singola volontà sovrana, di un'autorità che pone e dispone, quella del solo legislatore e delle sue scelte valutative nelle leggi scritte, ma è piuttosto il risultato di una prassi articolata di azioni, atti di posizione, di concretizzazione e di riconoscimento del diritto, che coinvolge una pluralità di soggetti, nazionali e esterni all'ordinamento nazionale⁵⁰. Primi tra tutti, come è evidente i soggetti

⁴⁴ Sulla crisi della rappresentanza v. il saggio introduttivo di S. CASSESE in AA.VV., *Il popolo e i suoi rappresentanti*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma 2019.

⁴⁵ G. PINO, *Legalità penale e rule of law* in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, Bologna 2016, p. 220.

⁴⁶ Sulla funzione dei giuristi teorici nel mutato contesto di riferimento, cfr. *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analysen, Empfehlungen*, Wissenschaftsrat Verlag 2012. Sul recupero di ruoli e di responsabilità da parte dei giuristi, cfr. P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Giuffrè, Milano 2021, p. 147.

⁴⁷ Così M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale tra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44 (2015), Tomo I, p. 101.

⁴⁸ Sull'arricchimento procurato al diritto dalla dimensione dell'effettività, v. ora la riflessione di G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè, Milano 2020.

⁴⁹ M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, cit.

⁵⁰ Si veda il nostro *Sul concetto di positività del diritto*, in G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino 1991, pp. 330, 358, ma anche F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni*, cit., pp.

istituzionali, i legislatori e i giudici, ma anche i giuristi, i portatori di interessi e più ampiamente i cittadini, che contribuiscono ad elaborare il panorama valoriale e pluralistico di fondo a partire dal quale legislatori e giudici effettuano le proprie scelte⁵¹. In altre parole, questa nuova concezione di legalità penale, che si connette strettamente ad un'idea diversa e più ricca di interpretazione⁵² e ad un'idea diversa e più articolata di positività del diritto⁵³, produce effetti relevantissimi anzitutto sul modo di concepire il rapporto tra comunità giuridica e contesti politico-sociali, i quali contribuiscono significativamente, assieme alla comunità dei giuristi, a forgiare ed influenzare il diritto⁵⁴.

Ma poi, essa contribuisce ad un profondo ripensamento del classico problema legislatore-giudice, così come tradizionalmente configurato⁵⁵. Se pur si riconosce, come avviene nell'art. 25 della nostra Costituzione, che al legislatore spetta il ruolo di fornire per sommi capi – attraverso gli enunciati di legge – indirizzi di carattere generale e indicazioni orientative dei comportamenti (almeno quando – ahimè oggi sempre più raramente – esso riesca a farlo!); mentre al giudice, posto di fronte al caso concreto, si assegna un ruolo complementare di co-protagonista nel processo di produzione del diritto⁵⁶, è la questione del vincolo alla legge⁵⁷ che va profondamente rivista: non solo perché non è più configurabile negli antichi termini imperativi di una sottomissione alla lettera della legge, ma anche e soprattutto perché 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

1305, 1323.

⁵¹ In tal senso può dirsi che la legalità è un valore giuridico. Cfr. R. DWORKIN, *La giustizia in toga* (2006), Laterza, Roma-Bari 2010, pp. 183 ss.

⁵² Sul punto, v. B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, CEDAM, Padova 2014, pp. 35 ss.

⁵³ Si veda il nostro *Sul concetto di positività*, cit., p. 356.

⁵⁴ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano 2008.

⁵⁵ Al riguardo alcuni spunti in *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2016, pp. 483 ss., nonché in R.G. CONTI (a cura di), *Il mestiere di giudice*, CEDAM, Padova 2020.

⁵⁶ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 21; M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo-teoria dello stato-epistemologia*, in *Ind. Pen.*, 1999, pp. 27 ss.; G. SILVESTRI, *Il ruolo del giudice in un'epoca di crisi delle fonti*, in F. Palazzo, O. Roselli (a cura di), *I professionisti della giustizia. La formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia*, ESI, Napoli 2007, p. 25 ss.; G. HIRSCH, *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia*, 2007, p. 107 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 99 ss.

⁵⁷ B. RUTHERS, *Vincolo alla legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, in *Criminalia*, 2007, p. 121 ss.

acquisito dal giudice a spese della legge rischia di mettere in discussione il fondamentale valore costituzionale dell'eguaglianza di trattamento.

Per non dire della giurisprudenza della Corte europea EDU, che abbandonata l'idea del *nullum crimen* basato sulla legge ed equiparata la giurisprudenza alla legge nella costellazione delle fonti, assegna alla giurisprudenza stessa un ruolo centrale⁵⁸ e rilegge la legalità penale come diritto universale dell'individuo alla prevedibilità delle conseguenze dei propri comportamenti e all'accessibilità delle fonti incriminatrici⁵⁹.

Con specifico riferimento alla legalità penale, il ruolo del giudice può essere analizzato da un duplice punto di vista: da un lato nell'ottica della dilagante espansione dei suoi poteri, causata dalla serie complessa di fattori, interni ed esterni all'ordinamento nazionale che abbiamo indicato, dall'altro nell'ottica dei limiti all'esercizio del suo potere punitivo, che dovrebbero essere introdotti da un'efficace realizzazione del principio di determinatezza della legge penale. Ma qui – come accennato – il legislatore contemporaneo mostra tutte le sue manchevolezze. L'uso smodato del ricorso alla sanzione penale (secondo recenti ricerche 7000 norme penali in Italia, tra codici e leggi complementari, con una netta prevalenza quantitativa di quest'ultime) alimenta infatti disposizioni ben lontane dalla chiarezza e dalla precisione di illuministica memoria. Non solo: sovente la legislazione 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 criminale⁶⁰). La conseguenza è quella di un tasso rilevante di ideologicità e di genericità in molte disposizioni di legge, tutte piegate al perseguimento di obiettivi contingenti di immediata utilità politica, e non di rado contenenti espressioni con funzione emotiva più che normativa. 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. Si diffonde un "diritto «formalmente» penale... che maschera però un obiettivo di prevenzione"⁶¹. Totalmente amministrativizzata, ossia ridotta a provvedimento amministrativo rapidamente superato dai fatti o ridotta a mera declamazione retorica di tipo etico-pedagogico rispetto ad emergenze non affrontate in passato, la norma penale in realtà rinuncia a quel ruolo «orientativo» dei comportamenti dei consociati come fattore di ordine futuro, che aveva alla sua base una stabile ragion d'essere. Più che un diritto della stabilità essa convalida l'idea di un diritto penale dell'instabilità. L'idea, oggi assai diffusa in una parte dell'opinione pubblica, per non dire prevalente in taluni settori del mondo politico-parlamentare, di quello che Filippo

⁵⁸ V. MANES, «Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del *nullum crimen* e sfide prossime future in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino 2017, p. 158 ss.

⁵⁹ Sul tema della prevedibilità cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, ESI, Napoli 2016, p. 213 ss.

⁶⁰ Sul tema, tra i molti contributi recenti, v. A. Di Martino, I. Bojano, F. Bindi Dal Monte, R. Raffaelli, *The Criminalization of Irregular Immigration: Law and Practice in Italy*, Pisa University Press, Pisa 2013; G. MATTIAZZI, *Oltre il cortocircuito della modernità*, Padova University Press, Padova 2022.

⁶¹ F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 43.

Sgubbi ha efficacemente definito «diritto penale totale»⁶², ossia che tramite il diritto penale si possa rimediare ad ogni ingiustizia e ad ogni male sociale e che di conseguenza si debba ricorrere più intensivamente alla punizione e alla repressione⁶³, origina un diritto penale non più frammentario⁶⁴, ma duramente sanzionatorio, caratterizzato da una dimensione ipertrofica delle scelte di criminalizzazione e declinato in un senso declamatorio e simbolico-moralizzatore più che reattivo, con le conseguenti insuperabile incertezza semantica dei testi e fluttuazione degli illeciti penali. Un diritto penale invasivo e basato sulla minaccia di sofferenze: il diritto penale come etica pubblica⁶⁵ si sostituisce al venir meno dell'etica pubblica, divenendone l'unico paradigma. Quest'idea di un diritto caratterizzato da un nucleo vendicatorio nel modo di concepire la pena, e quindi dalla sopravvivenza di un diritto penale di origine arcaica, confligge tra l'altro in modo radicale non solo con la centralità della persona e della sua dignità affermata dalla Costituzione, ma anche con i principi dell'*extrema ratio*, della proporzionalità e del divieto di retroattività, che caratterizzavano l'idea della legalità legislativa, così come raccontata nella narrazione dei manuali penalistici. Per non dire del principio di tipicità, che cede pesantemente il passo di fronte all'obiettivo di introdurre contenuti contingenti, anche a prescindere dall'ancoraggio a precise formulazioni legislative (si pensi, solo ad esempio, al reato di traffico di influenze illecite ex art. 346 bis c.p.). 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. Inoltre, specie se il giudice si misura con fenomeni criminali di ampia portata e dalle molteplici connessioni sistemiche, il suo fisiologico spazio di valutazione si amplia ulteriormente, dischiudendo all'interprete uno spazio relevantissimo e indefinito, destinato ad introdurre nuove fattispecie⁶⁶.

Lo stesso processo rischia così di legittimare provvedimenti di natura amministrativa e ispirati all'opportunità politica. Esorbitando nel suo potere, il giudice rischia di divenire non colui che colma delle lacune, ma il *giudice moralizzatore e giustiziere*⁶⁷, vero protagonista mediatico di una politica criminale soltanto declamata in modi strumentali dal legislatore, ma in realtà propria e dotata di una forte funzione di prevenzione generale. Una politica, quella di una giurisdizione così intesa, che, anziché

⁶² F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, il Mulino 2019.

⁶³ Sui meccanismi anche psicologici del diffondersi di questa mentalità, cfr. D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, trad. it. di L. Alunni, Feltrinelli, Milano 2018.

⁶⁴ Sulla frammentarietà del diritto penale resta esemplare F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione della legalità penale*, il Mulino, Bologna 1990, ma anche T. VORMBAUM, [Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, p. 51 ss.

⁶⁵ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica: considerazioni sul politico quale tipo d'autore*, Mucchi, Modena 2015. Ma in proposito v. anche S. ANASTASIA, M. ANSELM, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, CEDAM, Padova 2015.

⁶⁶ È ciò che lamenta D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, p. 161 ss.

⁶⁷ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino 2009, p. 375.

accertare fatti precedentemente accaduti conformi alle fattispecie⁶⁸, «crea il fatto»⁶⁹, costruisce attraverso nuove imputazioni regole nuove e si sostituisce ad una più ampia e comprensiva strategia di tutela e di prevenzione dei fenomeni, articolata su una pluralità di soggetti. Sul piano penale norme così formulate, sulla base non di interpretazioni ma di narrazioni, non solo non sono efficaci ma neppure giustificate: il cittadino ed il reo non sono trattati come esseri razionali, capaci di comprendere gli argomenti che si oppongono ai comportamenti delittuosi.

Un esempio concreto particolarmente chiaro di estensione dei confini della punibilità è rappresentato dalle interpretazioni estensive che sono state date dell'art. 416 bis codice penale⁷⁰ – introdotto nel 1982 per le mafie classiche avendo in mente i contesti ambientali di Cosa Nostra, Ndrangheta e Camorra, e relativo all'associazione di tipo mafioso – per reprimere fenomeni e comportamenti criminali di associazioni di nuova costituzione e di recente emersione (come nei processi per la c.d. «Mafia Capitale» o per il fenomeno criminale operante ad Ostia). Tali interpretazioni, anziché riferirsi al reato di associazione a delinquere semplice, enfatizzano la «forza intimidatrice» del vincolo associativo e contestano l'aggravante della modalità mafiosa, pur senza spesso disporre di un adeguato quadro probatorio che riscontri nei fatti la «forza intimidatrice» del vincolo associativo. In tali casi l'effetto è evidentemente quello di creare per via giudiziale nuove figure di reato, sbilanciando a favore dell'accusa l'accertamento dei fatti e la dialettica del processo e mettendo in crisi il principio di proporzionalità tra fatto e pena.

Tutte queste considerazioni, relative ad un'azione giudiziaria intesa come fattore di permanente moralizzazione, ci consentono di sottolineare la complessità e insieme l'ambiguità del principio di legalità penale: può valere anche per leggi provvedimento o per leggi che spostano su un soggetto diverso dal legislatore il potere di determinare i reati e le relative pene⁷¹? È legittimo chiedersi: fino a che punto la «stretta legalità»⁷² deve rimanere tale o non si perde e si vanifica, invece, la tassatività-determinatezza che la caratterizza⁷³, se per la vaghezza delle fattispecie penali viene completamente a mancare la precisione nella formulazione della fattispecie? È attraverso una repressione meramente *legislativa* che si risolvono problemi amplissimi che investono anche il costume sociale, la fragilità di «virtù repubblicane» e la mancanza di Stato? Interrogativi, questi, che mentre problematizzano il principio di legalità, almeno come di fatto si

⁶⁸ Sulla necessità che il diritto penale rimanga ancorato al fatto descritto nella norma, v. M. RONCO, *La legalità stratificata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1387 ss.

⁶⁹ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale cit.*, p. 73.

⁷⁰ Su cui cfr. da ultimo I. MERENDA, C. VISCONTI, [Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2019, pp. 1-24.

⁷¹ Così G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, cit.

⁷² Sulla quale, intesa come precisione nella formulazione della fattispecie, v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, pp. 71 ss., 371 ss.

⁷³ Sul principio di determinatezza v. l'ormai classico F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, Padova 1979.

incarna nel nostro diritto positivo, contribuiscono anche a svelarne, una volta di più, le radici storiche ed ideologiche⁷⁴, basate sull'eccessiva fiducia illuministica nella legge.

7. Come limitare l'applicazione giudiziale espansiva del diritto penale?

Quanto più si riconosce nitidamente il dato della pluralità delle interpretazioni delle disposizioni penali tanto più acuta diviene la possibilità di contrasti giurisprudenziali; e di conseguenza si pone il tema della stabilizzazione degli orientamenti interpretativi e giurisprudenziali, anche in rapporto alle esigenze di parità di trattamento dei cittadini e di limitazione dei possibili arbitrii.

La teoria ermeneutica, nella costante preoccupazione per il tema dei «limiti dell'interpretazione»⁷⁵, ha elaborato sofisticati criteri di controllo del procedimento interpretativo come elementi utili al giudice-interprete per sottoporre le proprie conclusioni, parziali o definitive, al vaglio della ragione. Tuttavia è anche vero che le difficoltà che nascono nell'ammettere possibili applicazioni giudiziarie espansive della legge penale non si possono risolvere in termini soltanto ermeneutici, ma debbono essere affrontate anche in termini istituzionali. Ad un controllo per così dire *interno* sul come interpretare deve affiancarsi anche un controllo di tipo *esterno*, su quella complessa attività istituzionalizzata, articolata in un pluralismo di argomentazioni, con cui si interpreta e si applica il diritto.

Se ci collochiamo nella prospettiva del reperimento di istanze capaci di adempiere un ruolo guida e di orientamento rispetto alla pluralità delle interpretazioni, nella direzione di una maggiore prevedibilità delle scelte interpretative, incontriamo le due problematiche, distinte ma connesse, del vincolo al precedente e del ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione.

Il vincolo al precedente⁷⁶ muove dall'idea di fondo di prevenire la stessa possibilità di formazione del contrasto interpretativo. Esso si differenzia dalla funzione nomofilattica (anche se può esservi collegato), per il fatto che mentre quest'ultima implica un'attività astrattiva (dal fatto alla regola giuridica), il vincolo al precedente effettua un percorso inverso, che si realizza con la concretizzazione di una regola in rapporto ad un particolare fatto⁷⁷.

Il precedente, instaurando un rapporto tra il giudice che ha pronunciato la decisione assunta come precedente e il giudice del caso successivo, agisce e si proietta

⁷⁴ G. PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014, p. 170.

⁷⁵ Si possono al riguardo vedere i nostri *Limiti e libertà dell'interpretazione* e *Interpretazione e controllo dell'interpretazione*, entrambi in *La comprensione del diritto*, cit., p. 82-111 e 126-141.

⁷⁶ Sul precedente, nell'amplessima letteratura recente, N. MAC CORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Routledge, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, 1997; G. LAMOND, *Do Precedents Create Rules?*, in *Legal Theory*, vol. 15 (2005), p. 1-26; E. HONDIUS (a cura di), *Precedent and the law*, Bruylant, Bruxelles 2007; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss., ID., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, ETS, Pisa 2015, pp. 37-57.

⁷⁷ G. FIDELBO, [Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale](#), in *Quest. giust.*, 2018, n. 4.

nella dimensione del futuro e in quella che Neil Mac Cormick ha chiamato *universalizzabilità* della decisione precedente⁷⁸. La legalità implica l'idea della *generalizzazione* ed in essa trova applicazione l'imperativo categorico kantiano: chi agisce deve volere che la massima della sua decisione divenga massima generale. Una volta riconosciuto simile, il precedente non mette in gioco nessun altro criterio se non quello della sua capacità di universalizzazione (trattare in modo simile casi simili)⁷⁹ e dunque rinvia ad una similarità che non è data, ma costruita per astrazione.

Nell'utilizzo del precedente dunque da un lato si ritorna al passato, nell'atto cioè in cui ci si ricollega ai precedenti giudizi pertinenti⁸⁰; e dall'altro ci si protende in avanti, con l'intento di cercare di vincolare il futuro⁸¹ e di condizionare con la forza persuasiva della propria decisione le decisioni di giudici futuri⁸². Grande è dunque la responsabilità⁸³ di chi ritiene che la sua sentenza possa essere considerata come precedente che va oltre il caso deciso⁸⁴,

Ricorrere al precedente implica perciò una complessa operazione di confronto tra la ricostruzione giuridica e fattuale operata nel caso anteriore e quella che si intende applicare nel caso susseguente⁸⁵. Il riferimento ai fatti resta fondamentale per l'individuazione della norma da applicare.⁸⁶ Si tratta di accertare quali somiglianze e quali differenze siano pertinenti nella vicenda considerata e in particolare se l'ipotesi normativa e la *ratio decidendi* coincidano. Già la *ratio decidendi* di una regola (ciò che fa precedente) è nozione sfuggente e non agevolmente definibile⁸⁷, ancor meno lo è il

⁷⁸ N. MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford U.P., Oxford 1978, pp. 82 ss., 134 ss., 214 ss. Similmente C. PERELMAN: «Hai l'obbligo di comportarti come se fossi un giudice la cui *ratio decidendi* deve fornire un principio *valido per tutti gli uomini*» (Cinq leçons sur la justice, in C. PERELMAN, *Droit, morale et philosophie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1968, p. 49). Sul tema v. anche F. FOLLIERI, *Correttezza (Richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, pp. 265-354.

⁷⁹ P. RICOEUR, *Interpretazione e argomentazione*, in *Ars Interpretandi*, 1996, 1, pp. 91-92; ma v. anche L. GIANFORMAGGIO, *Identity, Equality, Similarity and the Law*, in *Rechtstheorie*, Beiheft 15, Berlin 1993, pp. 121-134.

⁸⁰ N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., pp. 17, 23.

⁸¹ Così anche M. KRIELE, *Diritto e ragione pratica*, a cura di V. Omaggio, Editoriale Scientifica, Napoli 2006, p. 108.

⁸² Quest'aspetto è evidenziato da J. WALDRON, *Stare decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, 111 Mich. L. Rev 1 (2012), pp. 1 ss. Si veda anche M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 14.

⁸³ Sul punto M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem des Vefassungsinterpretation*, Duncker und Humblot, Berlin 1976 (2 ed.), pp. 312 ss.

⁸⁴ Sempre attuali le considerazioni di G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard U.P., Cambridge Ma 1982, cap. IX.

⁸⁵ Al riguardo, in originale prospettiva ermeneutica, J. MOURAO FILHO, *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporaneo*, Juspodium, Salvador-Bahia 2016 (2 ed.), p. 41 ss., 74 ss., 104 ss., 140 ss., 275 ss., 426 ss.

⁸⁶ Così D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli, Torino 2019, p. 25. Ma v. anche M. SERIO, *la rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2013, n. 2, pp. 357-394.

⁸⁷ Sul punto, cfr. G. MARSHALL, *What is Binding in a Precedent?*, in N. Mac Cormick, R.S. Summers, *Interpreting Precedent. A Comparative Study*, cit., pp. 503 ss., ma ancora fondamentale è R. CROSS, J.W. HARRIS, *Precedent*

ricorrere ad essa in una decisione susseguente, non essendo precostituiti accordi generalizzati su quali siano i criteri per identificarla. La *ratio decidendi* non può essere facilmente avulsa dal contesto del giudizio e della decisione.⁸⁸

Anche nel quadro dei sistemi penali la distinzione tradizionalmente avanzata tra precedente vincolante (negli ordinamenti di *common law*) e precedente meramente persuasivo (negli ordinamenti di *civil law*) palesa la sua debolezza e non è in grado di rappresentare pienamente l'efficacia del precedente negli ordinamenti contemporanei, la sua *vincolatività presuntiva*⁸⁹, che oggi costituisce un principio e una regola non scritta della pratica giuridica. La *forza* del precedente, che può essere formale ed esplicita in alcuni casi, informale in altri⁹⁰, deve in ogni caso misurarsi con la struttura dell'argomentazione riguardo all'interpretazione della norma giuridica e alla sua giustificazione. Se ci si allontana dalla regola di attenersi al precedente, l'obbligo di motivazione comporta l'onere di darne giustificazioni persuasive. Ma anche nelle sue versioni più rigide, come nel caso del diritto inglese, la pur genuina vincolatività del precedente non è mai assoluta o insuperabile⁹¹: il giudice mantiene una significativa discrezionalità. Si è pertanto diffuso un uso generico e non rigoroso di questo termine⁹², riferendolo a decisioni «precedenti» di qualunque forma e contenuto⁹³.

A parte queste considerazioni di carattere generale, è del tutto chiaro che il problema del precedente si presenta con una sua centralità e specificità nel campo del

in *English Law*, Oxford U.P., Oxford 1991 (4 ed.).

⁸⁸ In proposito v. P.S. Atiyah, *Form and Substance in Legal Reasoning: The Case of Contract*, in N. Mac Cormick, P. Birk (eds.), *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré*, Clarendon Press, Oxford 1986, pp. 19-44; L. SMITH, *The Rationality of Tradition*, in T. Endicott, J. Getzler, E. Peel (eds.), *Properties of Law: Essays in Honor of James Harris*, Oxford U. P., Oxford 2006, pp. 297-313; F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, a cura di G.B. Ratti, V. Velluzzi, Carocci, Roma 2016, pp. 80 ss., 103.

⁸⁹ D'obbligo il riferimento a M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung* cit., cap. IX, nonché *il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile*, CEDAM, Padova 1988, p. 527 ss., e *Diritto e ragione pratica*, trad. it. di V. Omaggio E. P. Paumgardhen, Editoriale Scientifica, Napoli 2006, pp. 101-122; in proposito il nostro *La comprensione del diritto*, cit., p. 7 ss. (ma l'intero orientamento ermeneutico offre contributi rilevanti sulla rilevanza «normativa» del vincolo al precedente, cfr. ad es. F. MULLER, *Strukturierende Rechtslehre*, II ed., Duncker&Humblot, Berlin 1994, p. 250-256). Su una linea analoga a quella di KRIELE, N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge e New York 2008, su cui S. WADDAMS, *Authority, Precedent and Principle*, in *University of Toronto Law Journal*, 2009, 59, 1, p. 127-133.

⁹⁰ R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, il Saggiatore, Milano 1989, p. 29-30, distingue tra dottrina dei precedenti *rigida* (che obbliga i giudici a rispettare le decisioni prese precedentemente da altre corti) e *moderata* (un giudice deve soltanto attribuire un certo peso alle decisioni precedenti su una questione analoga).

⁹¹ F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 104; di «forza persuasiva» del precedente parla A. PECZENIK, *The Binding Force of Precedent*, in N. Mac Cormick, R.S. Summers, *Interpreting Precedents*, cit., pp. 461 ss.

⁹² A. GAMBARO, *Note in tema di uso forense dei precedenti giudiziari*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., p. 182.

⁹³ Analiticamente si può distinguere tra precedenti interpretazioni di un testo normativo e precedenti decisioni di un caso concreto. In proposito, cfr. P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi di interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano 1999, cap. III e R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 262-263.

diritto penale⁹⁴, nel quale la stessa coesistenza di una pluralità di interpretazioni riguardo alle medesime norme, e ancor più le oscillazioni interpretative e la possibilità di conio di nuove norme in via interpretativa, possono entrare in forte tensione con la certezza del diritto e con la prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Come si è detto, dato che il precedente ha l'effetto di assicurare nel momento della decisione stabilità, riduzione dell'insicurezza, protezione delle aspettative legittime, quando non vi siano contro-argomentazioni consistenti a confutarlo è raccomandabile seguirlo. La certezza del diritto è un bene pubblico. L'*overruling*, ossia la scelta di respingere il precedente e di non rifarsi alla giurisprudenza precedente⁹⁵, è sempre possibile, ma richiede un'adeguata motivazione.

Con particolare riguardo al penale può essere rilevante la circostanza per cui la somiglianza o la diversità dei casi possano essere inserite in determinate «classi» che fungano da giustificazione, in quanto sicuramente appartenenti al sistema giuridico. L'interprete potrà così costruire un «sotto-insieme» di materiali normativi, un micro-sistema relativo ad una certa materia e basato su una selezione degli enunciati normativi ritenuti validi, che a sua volta si inserisce nel macro-sistema dell'ordinamento⁹⁶. Naturalmente la costruzione del sottoinsieme discende da una scelta che opta tra le varie interpretazioni possibili. Si tratta in altre parole per il giudice di rispondere non solo all'istanza di istituire una qualche isola d'ordine nel disordine delle fonti⁹⁷, ma anche a quell'esigenza di coerenza di carattere universale, senza cui le preferenze valutative riguardo agli aspetti di somiglianza o di differenza nel caso singolo rimarrebbero materia di valutazione inevitabilmente ingiustificata. L'elemento della giustificazione (e della sua ragionevolezza), assume qui dunque un ruolo essenziale: la soluzione del caso è ragionevole solo quando l'interprete voglia, motivandolo per massime generali, che un altro, successivo caso sia risolto in modo eguale⁹⁸.

8. Sul ruolo nomofilattico della Cassazione.

Poche parole infine riguardo al ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione⁹⁹, è ben noto che l'obiettivo dell'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del

⁹⁴ Si veda il lavoro pionieristico, tanto più meritorio in un contesto di sostanziale disinteresse per il tema da parte della dottrina italiana, di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino 2014 (2 ed.), ma v. anche V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma 2012.

⁹⁵ S. BRENNER, H.J. SPAETH, *Stare Decisis. The Alteration of Precedent in the Supreme Court. 1946-1992*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

⁹⁶ Sul punto, V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino 2002, nonché B. PASTORE, *Casi, micro-sistemi, principi nel disordine delle fonti*, in P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti, (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. II, Pons, Madrid 2019, p. 383 ss.

⁹⁷ Su ciò, oltre al nostro *La comprensione del diritto*, pp. 27 ss., 58 ss., cfr. B. PASTORE, *Casi, micro-sistemi, principi nel disordine delle fonti*, cit., nonché G. PINO, *Interpretazione e «crisi» delle fonti*, Mucchi, Modena 2014.

⁹⁸ M. KRIELE, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Lit Verlag, Münster-Hamburg-London 2003, p. 36.

⁹⁹ Sul quale resta tuttora fondamentale il riferimento allo studio giovanile di P. CALAMANDREI, *Cassazione civile* (1920), ora in ID., *Opere giuridiche*, voll. VI e VII, Morano, Napoli 1976, ma v. ora M. TARUFFO, *Verso la*

diritto è perseguito nel nostro ordinamento fin dal 1941. Il r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, tuttora in vigore, all'art. 65 proclama che la Corte di Cassazione «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge»¹⁰⁰. In questo senso resta sempre valida la definizione di «vertice ambiguo» che Michele Taruffo ha dato della funzione della Cassazione¹⁰¹, impossibilitata dalla stessa mole di ricorsi e dall'inflazione dei precedenti a funzionare come rigorosa corte del precedente. La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione si caratterizza per la sua *retroattività*, ossia per la circostanza che essa interviene a correggere errori di diritto, sostanziali e processuali, *già compiuti* da giudici delle corti inferiori. In tal senso, nelle funzioni di corte di terza istanza, sembrava prevalere l'obiettivo della *corretta* interpretazione della legge rispetto a quello dell'*uniformità* degli indirizzi giurisprudenziali¹⁰². Ma progressivamente la funzione di uniforme interpretazione della legge è venuta prevalendo rispetto alle violazioni di diritto commesse dalle pronunce giudiziario di merito.

Problemi antichi, già presenti in contesti profondamente diversi¹⁰³ e non risolti, furono in seguito sempre più acuiti dal fatto che, in presenza di un numero sempre più alto di ricorsi (circa 83.000 l'anno, di cui 50.000 per il penale), all'interno della stessa Corte di Cassazione si determinavano più interpretazioni e rapporti «conflittuali» tra le diverse sezioni, con conseguente crescita degli aspetti di disorientamento e di incertezza del diritto. Non dando risultati apprezzabili la spontaneità dei comportamenti della magistratura e superando l'impostazione sostenitrice della mera persuasività del precedente, il legislatore, per rendere effettiva la funzione nomofilattica della Cassazione, si è perciò orientato su una disciplina normativa dell'organizzazione giudiziaria.

Un punto di svolta importante, sulla via di una vincolatività «relativa» delle decisioni delle Sezioni Unite, si è realizzato sia con la riforma del processo civile di Cassazione del 2016, sia con la l. 23 giugno 2017, n. 103, che introduce l'obbligo di rimessione alle S.U. quando il collegio di una delle Sezioni Semplici non condivida il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite. In virtù del rafforzamento del ruolo assegnato a queste ultime, le Sezioni Semplici non hanno l'obbligo di conformarsi alle decisioni assunte dalle S.U., ma di rimettere loro il caso nell'eventualità di *dissenting opinion*, nella quale ipotesi il principio di diritto verrà enunciato dalle stesse S.U.

In sostanza, ai giudici di legittimità delle Sezioni Semplici è sottratta la possibilità di decidere direttamente in modo difforme dai principi espressi dalle S.U. Questa modifica legislativa, realisticamente consapevole dell'inevitabilità del pluralismo interpretativo e della conseguente possibilità di contrasti interpretativi nella giurisprudenza di legittimità, ha l'obiettivo di porre attenzione al principio di uguaglianza e di certezza del diritto. La sua importanza sta proprio nel riconoscere

decisione giusta, Giappichelli, Torino 2020, pp. 442 ss.

¹⁰⁰ Il valore dell'uniformità è stato ribadito da Cass. Civ., S.U., ord. 6 novembre 2014.

¹⁰¹ M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, il Mulino, Bologna 1991.

¹⁰² Sul tema v. M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 35 ss.

¹⁰³ G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, cit.

esplicitamente, per la prima volta nel sistema italiano, il valore del precedente, sia pure circoscritto all'interno del giudizio di legittimità e limitato alle sole sentenze delle Sezioni Unite.

Molti interventi hanno deplorato l'attribuzione di un ruolo gerarchico piramidale alle Sezioni Unite¹⁰⁴, ma è chiaro che l'unica alternativa è nel concepire il rapporto tra S.U. e Sezioni Semplici in termini dialogici. I contrasti giurisprudenziali possono assumere una funzione catalizzatrice di novità, che si possono affermare anche tramite successive correzioni di rotta. La nomofilachia ha infatti senso se assume un carattere *dialogico* e *partecipativo*, tale da scongiurare il pericolo di un solipsismo giudiziale, nella prospettiva di una costruzione condivisa del precedente. La solitudine del giudice (in questo caso dei giudici delle sezioni semplici) significherebbe ricadere nel vecchio paradigma codicistico, e non appare né opportuna né, forse, consentita all'interno di una giurisdizione superiore che ha proprio per obiettivo di risolvere i contrasti giurisprudenziali. Che all'interno di un medesimo ufficio di una corte superiore vi sia una difformità di orientamenti interpretativi nel decidere casi analoghi rappresenterebbe una palese disuguaglianza di trattamento, contraria al principio posto dall'art. 3 Cost. Una nomofilachia verticale e declinata in senso gerarchico e burocratico¹⁰⁵ negherebbe alla Cassazione il ruolo di luogo di confronto e sintesi tra punti di vista diversi: essa contraddirebbe infatti quell'idea della centralità del caso e di una pluralità di attori nell'applicazione del diritto e nell'elaborazione dell'indirizzo giurisprudenziale, che oggi, tramontato il modello verticistico nel concepire il ruolo dell'autorità nel diritto¹⁰⁶, appaiono largamente condivise. Oggi, quando l'ermeneutica ci ha insegnato che il giudizio si inserisce in un più vasto e dinamico processo comunicativo e che tutti gli attori di tale processo debbono fornire ragioni e giustificazioni alle loro tesi, così garantendo alla *ratio decidendi* un carattere generale e condiviso¹⁰⁷.

9. Conclusione.

Abbiamo ripetutamente insistito in questa relazione sia sulla modalità ideologica con cui da molta letteratura penalistica è ancora concepito il principio di legalità in materia penale, sia sull'abissale distanza che intercorre tra i sacri principi di derivazione illuministica e la realtà del diritto penale contemporaneo «in atto», caratterizzata da tecniche discutibili di formulazione delle disposizioni penali e da un larghissimo ricorso

¹⁰⁴ R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. Mirandola, T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, Milano 2017, p. 278; C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2300 ss.; L. LUDOVICI, *Il giudizio di cassazione dopo la c.d. riforma Orlando*, in G.M. Baccari, C. Bozano, K. La Regina, E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, CEDAM, Padova 2017, p. 445.

¹⁰⁵ G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, il Mulino, Bologna 2018, p. 31.

¹⁰⁶ F. VIOLA, *Una teoria deliberativa della giurisdizione*, in *Ars Interpretandi*, VII/2018 n. 1, p. 14.

¹⁰⁷ D. CANALE, *Presentazione a Ermeneutica e diritto processuale*, in *Ars Interpretandi*, VII, 2018, n. 1, p. 7.

al ruolo determinante dell'interpretazione e dell'applicazione. Ciò non toglie, a nostro avviso, che il principio di legalità penale rappresenti ancora non solo una condivisibile aspirazione, ma anche un valore che merita di essere perseguito e che è anche possibile perseguire¹⁰⁸, a condizione di rivedere completamente le «mitologie» del passato e di ritrovare nuovi paradigmi, che prendano atto della circostanza che il monopolio del legislatore nelle scelte di criminalizzazione è da tempo finito e che è insensato continuare a pensare ad un diritto penale esclusivamente nazionale e statuale nel contesto attuale di talora difficile «dialogo tra le corti» e di necessario reperimento della regola in un sistema complesso di fonti multilivello. Se ormai tutti conveniamo sul fatto che il diritto, anche il diritto penale, non è soltanto un complesso di testi legislativi, ma anche l'insieme delle interpretazioni di questi testi, il riconoscimento della centralità del momento interpretativo non conduce necessariamente a rendere irrilevante il principio di legalità penale¹⁰⁹, ma costringe a ridefinirlo sostanzialmente. Esso ricomprende le regole, le interpretazioni e le argomentazioni sulle regole, gli stessi principi che in nome della libertà e dell'autonomia garantite ai consociati limitano il potere punitivo e regolano i rapporti tra individui e autorità. Il sistema penale diviene così un'impresa collettiva¹¹⁰, nella quale ad una sfiduciata scienza giuridica spetta il compito di ricomporre i frammenti di un sistema andato in pezzi sotto la spinta dell'eccesso di sanzioni.

Inoltre, l'obiettivo di una realistica prevedibilità della decisione nella prospettiva di limitare l'incertezza e la disuguaglianza tra i cittadini continua ad apparire come meritevole di perseguimento; ed un contributo in questa direzione può essere offerto distinguendo chiaramente il ruolo dei giudici comuni da quello delle Corti superiori, che indicando ai giudici comuni precise linee interpretative possono dare maggiori certezze agli organi dell'applicazione.

Insomma, è tempo che molte convinzioni stereotipate sul diritto penale vengano riviste in profondità, con uno sguardo realistico, ma non dimentico dell'idealità: l'*ethos* della Costituzione, contraddistinto dal rispetto della persona, dall'attenzione al principio di ragionevolezza e dalla garanzia della prevedibilità delle conseguenze giuridiche del proprio operato può e deve ancora costituire un riferimento essenziale.

¹⁰⁸ G. PINO, *Legalità penale e Rule of law*, cit., p. 178.

¹⁰⁹ G. PINO, *L'insostenibile leggerezza*, cit., p. 179.

¹¹⁰ S. BONINI, *Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva*, in *Arch. pen. web*, 2, 2015.

IL DIRITTO PENALE GIURISPRUDENZIALE, LA SUA FORMAZIONE, LE SUE CARATTERISTICHE

di Giorgio Fidelbo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le condizioni estreme in cui si “forma” il diritto giurisprudenziale. – 3. Tendenze espansive dell’interpretazione e contrasti di giurisprudenza. – 4. Le riunioni sezionali. – 5. Il vincolo del precedente nelle sentenze delle sezioni unite. – 6. Uniformità e mutamento di giurisprudenza “favorevole”. – 7. Mutamento di giurisprudenza “sfavorevole”. – 7.1. Il *prospective overruling* nella giurisprudenza civile della Corte di cassazione. – 8. Il *prospective overruling* nella giurisprudenza penale della Corte di cassazione. – 8.1. Il mutamento di giurisprudenza in materia processuale... – 8.2. ... e in materia sostanziale. – 9. Considerazioni finali.

1. Premessa.

In un convegno dedicato alla ricerca di un “equilibrio per la legalità penale”, un intervento sulla formazione e caratteristiche del diritto penale giurisprudenziale non può che prendere le mosse dal superamento di quella che è stata definita “legalità legalistica” e dal riconoscimento, condiviso, della natura “latamente creativa” della giurisprudenza, da intendersi nel senso che con l’attività interpretativa i giudici danno concretezza alle fattispecie penali nel diritto vivente, non solo attraverso adattamenti alle modifiche intervenute nella società, nei tempi e con riferimento ai casi concreti, ma, soprattutto, fornendo letture costituzionalmente orientate ovvero rapportando le disposizioni interne ai principi desumibili dal diritto dell’Unione europea ovvero alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Insomma, è la stessa attività interpretativa ad avere una tale vocazione, anche nel diritto penale in cui, soprattutto a causa di una legislazione che produce disposizioni non sempre chiare, determinate e precise, spetta alla giurisprudenza stabilire cosa sia davvero punibile.

Allora, la ricerca del nuovo equilibrio della legalità penale impone di prendere in considerazione il momento dinamico dell’applicazione delle disposizioni penali nella migliore prospettiva indicata, che è quella di “garantire al cittadino non solo la previa conoscibilità delle leggi scritte, ma altresì la possibilità di prevedere gli orientamenti interpretativi con cui la giurisprudenza le applica ai casi concreti” (Fiandaca).

2. Le condizioni estreme in cui si “forma” il diritto giurisprudenziale.

Se l’attenzione deve posarsi sul diritto vivente, che è soprattutto quello prodotto dalla Corte di cassazione, è necessario, preliminarmente, considerare le condizioni in cui

opera il giudice a cui l'art. 65 ord. giud. attribuisce la funzione, essenziale per un ordinamento giuridico, di assicurare l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale.

Ebbene, la Corte di cassazione è stata solo sfiorata dalla riforma "Cartabia", come se godesse ottima salute.

Ma così non è: perché una Corte Suprema che deve decidere ogni anno circa 50.000 ricorsi rappresenta un *unicum* nel panorama europeo, in termini negativi.

È tutt'ora valida la definizione della Cassazione come di un vertice ambiguo (Taruffo) e già Giorgio Lattanzi, in un articolo di qualche anno fa (*Cassazione o terza istanza*, in *Cass. pen.* 2007, 1370 ss.), ha spiegato che la natura ambigua della Corte di cassazione è nel suo DNA fondativo: essa è Corte Suprema, dedicata allo *ius constitutionis*, in base all'art. 65 cit. che le attribuisce la c.d. funzione nomofilattica; ma è anche Corte di terza istanza, dedicata allo *ius litigatoris*, in base all'art. 111, comma 7, Cost., che prevede che contro tutte le sentenze è sempre ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge, configurandola come una Corte dei diritti e della legalità penale.

Funzioni essenziali entrambe, ma che devono trovare un equilibrio, mancando il quale l'opera interpretativa di costruzione del diritto giurisprudenziale rischia continui insuccessi.

In una Corte che gestisce quel numero impressionante di ricorsi di cui si è detto e che produce altrettante decisioni diventa complicato assicurare uniformità interpretativa, certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni, tutti elementi che incidono negativamente sul principio di uguaglianza.

Oggi la Corte di cassazione può essere raffigurata come una piramide trigonale con lati irregolari: a) il primo è occupato dalla settima sezione, impegnata ad operare la selezione dei ricorsi inidonei a stabilire il rapporto processuale perché inammissibili (oltre il 40% dei ricorsi che pervengono); b) il secondo lato, quello più ampio, è occupato dalle sezioni semplici che in prevalenza svolgono funzioni di corte di terza istanza (*ius litigatoris*) e con difficoltà, talvolta, fanno anche attività nomofilattica; c) il terzo lato, quello più angusto, è occupato dalle Sezioni unite, le sole che svolgono pienamente la funzione di giudice della nomofilachia, con una media di 12/15 sentenze all'anno.

Pertanto, il diritto giurisprudenziale di legittimità è, in via assolutamente prevalente, il prodotto delle sezioni semplici, cioè della Corte di cassazione quando esplica le sue funzioni di "giudice di terza istanza". Sono le sezioni semplici impegnate a decidere la maggior parte dei ricorsi, a districarsi in un sistema complesso di fonti multilivello, con continui e impegnativi dialoghi con altre Corti e, come vedremo, con le stesse Sezioni unite; sono le sezioni semplici che assicurano una tutela dei diritti delle parti, che offrono le prime risposte sulla corretta applicazione delle nuove leggi, che indirizzano l'interpretazione dei giudici di merito, che correggono le "decisioni ingiuste"; e sono sempre le sezioni semplici che svolgono la funzione di indagare le possibili soluzioni interpretative individuando le letture teleologiche e costituzionalmente orientate; sempre ad esse è affidato il controllo, ad esempio, sulla tassatività delle disposizioni. In altri termini, svolgono, in via principale, quella funzione

essenziale per le garanzie dell'imputato e per la legalità delle decisioni, funzione cui si riferisce il citato art. 111 Cost.

È evidente che la situazione descritta ha l'effetto di rendere estremamente difficile il ruolo nomofilattico della Corte di cassazione e il numero elevatissimo di decisioni pronunciate dalle sezioni semplici comporta il rischio, conseguente ed effettivo, di un aumento dei contrasti giurisprudenziali, determinato dalla oggettiva difficoltà di conoscere la "propria" giurisprudenza, spesso all'interno della stessa sezione (formata in media da 20/25 consiglieri), difficoltà accresciuta dalla confusione causata anche dal numero eccessivo di sentenze massimate, che spesso impediscono di individuare gli orientamenti consolidati.

Allora per parlare di diritto giurisprudenziale occorre partire da un dato, cioè che esso si forma in una situazione di estrema difficoltà, una situazione per descrivere la quale appare giustificato il ricorso alla teoria del caos (Taruffo).

È in questa complessa patologia che la Corte di cassazione rende la propria giurisprudenza, che spesso finisce per privilegiare, di fatto, la libertà interpretativa, anziché la certezza giuridica e la logica del precedente, conseguenza questa anche della oggettiva situazione disagiata in cui opera. Una giurisprudenza in cui, negli anni, soprattutto sotto la spinta dell'emergenza della criminalità organizzata, si è riscontrata una vocazione a privilegiare una lettura delle disposizioni penali "di tipo estensivo additivo", in un'ottica volta a valorizzare le esigenze di difesa sociale (Fiandaca).

3. Tendenze espansive dell'interpretazione e contrasti di giurisprudenza.

Infatti, il diritto giurisprudenziale è stato accusato di avere, in diverse occasioni, forzato il testo della disposizione penale, e spesso lo ha fatto nella consapevolezza dell'inadeguatezza delle norme vigenti a "fronteggiare" fenomeni criminali oppure nuove realtà sociali. Non vi è solo la nota vicenda del concorso esterno nell'associazione mafiosa (di cui sicuramente si parlerà nei prossimi interventi), ma penso al tema della c.d. corruzione funzionale, cioè del funzionario a libro paga (prima della modifica dell'art. 318 c.p. dovuto alla legge Severino), creazione della giurisprudenza, la quale si rende conto che l'atto amministrativo richiamato dall'art. 319 c.p. nella corruzione propria rendeva più complicato il perseguimento di certe corruzioni sistemiche che si realizzavano e che prescindevano da uno specifico atto, riguardando l'intera funzione amministrativa; a certe applicazioni dell'abuso d'uffici; alla lettura che la Corte di cassazione, per anni, ha fatto del reato di maltrattamenti in famiglia, estendo la tutela anche al convivente, soluzione che, da ultimo, è stata fortemente censurata dalla Corte costituzionale (sent. n. 98 del 2021); si pensi anche alla giurisprudenza sul disastro innominato oppure all'applicazione del reato di getto pericoloso di cose esteso alle emissioni di onde elettro magnetiche o, ancora, alle malattie professionali o all'estensione della lottizzazione abusiva.

Tuttavia, allo stesso modo, devono riconoscersi i contributi in termini di innalzamento dei livelli di tutela del *favor libertatis* realizzati dalla giurisprudenza di legittimità attraverso una presa d'atto convinta degli spunti offerti dalle decisioni di

Strasburgo: si pensi, ad esempio, all'interpretazione evolutiva dell'art. 7 CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo, che ha offerto un fondamento molto più solido al principio di retroattività della *lex mitior* e che ha portato poi le Sezioni unite Gatto ed Ercolano ad estenderne l'operatività anche *in executivis*; ai tentativi di estendere la sfera operativa dell'istituto del ricorso straordinario di cui all'art. 625-bis c.p.p. per dare esecuzione a sentenze della Corte EDU (caso Drassich); alla valorizzazione dell'istituto della restituzione in termini per porre rimedio alla disciplina del processo contumaciale (caso Somogyi); alla sostanziale abrogazione per indeterminatezza del reato previsto dall'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011, che puniva il soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale per non aver rispettato l'obbligo di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", operata dalle Sez. Un. Paternò nel 2017; alle Sez. Un. Caruso del 2019 sulla coltivazione di stupefacenti (ancora un intervento sulla tipicità del reato).

È un diritto giurisprudenziale che si fonda sul confronto degli argomenti, anche quelli portati dalla dottrina e dalle decisioni delle Corti europee; è una giurisprudenza che appare in continuo movimento, pronta a recepire i cambiamenti sociali, rivolta ad interpretazioni costituzionalmente e convenzionalmente orientate.

Tuttavia, si ha la sensazione talvolta che questo procedere impetuoso della giurisprudenza, questo movimento vorticoso diventi eccessivo e tenda a privilegiare interpretazioni estensive, rivelando, inoltre, un esasperante individualismo tra i giudici di legittimità, laddove, invece, occorrerebbe recuperare la capacità di assicurare anche certezza, senza rinunciare al pluralismo interpretativo, ma valorizzando la cultura del precedente.

4. Le riunioni sezionali.

È scontato rilevare che il numero di sentenze prodotte reca con sé il rischio, già evidenziato, di contrasti. Come risolve la Corte di cassazione tali contrasti in una situazione così "difficile"?

Un ruolo significativo può essere svolto dalle riunioni sezionali tra i magistrati, dirette, appunto, a superare e a prevenire i contrasti interni. Si tratta di uno strumento che assume un rilievo fondamentale in una Cassazione che come si è detto gestisce circa 50.000 ricorsi all'anno: è una modalità organizzativa spontanea che può assicurare una maggiore uniformità e prevedibilità della giurisprudenza di legittimità, soprattutto per le questioni di diritto sostanziale che sono attribuite alla competenza delle sezioni.

Ad esempio, attraverso queste riunioni, nella mia sezione, sono stati risolti alcuni contrasti che si erano verificati, tra cui, ad esempio, a) il corretto rapporto tra la corruzione funzionale di cui all'art. 318 c.p. e la corruzione propria di cui all'art. 319 c.p.; b) i limiti di configurabilità del reato di sottrazione di cose sottoposte a pignoramento (art. 388 comma 5 c.p.) nel caso in cui l'atto di disposizione di un bene immobile sia compiuto dopo la notifica dell'atto di pignoramento, ma prima della trascrizione nei registri immobiliari); c) la configurabilità del reato di turbata libertà nella scelta del contraente (art. 356-bis c.p.) quando la condotta perturbatrice ha ad oggetto l'affidamento diretto; d) i limiti di applicabilità della malversazione e dell'indebita

percezione di erogazioni pubbliche (artt. 316-*bis* e 316-*ter* c.p.) in caso di omissioni o false informazioni per ottenere finanziamenti del PNRR. Sono state già programmate altre riunioni, una sul reato di traffico di influenze illecite, la cui formulazione sta dando una serie di problemi applicativi, soprattutto a causa della indeterminatezza della fattispecie astratta, l'altra sul rapporto tra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di atti persecutori.

In queste 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 *gentlement agreement* che i magistrati della sezione rispettano, limitando l'autonomia interpretativa in funzione del valore della uniformità, certezza e prevedibilità del diritto e, aggiungerei, del diritto giurisprudenziale. In questi casi è la condivisione attorno alla soluzione individuata che la rende sostenibile nelle future decisioni, fermo restando che in mancanza di condivisione i singoli collegi sono comunque liberi nella soluzione interpretativa, potendo anche rimettere la questione controversa alle Sezioni unite.

È una buona prassi, ma particolarmente complessa e per questo non sufficientemente utilizzata: in tali riunioni si confrontano sensibilità diverse, diverse idee sui limiti della stessa interpretazione giurisprudenziale e sulla Corte di Cassazione, diverse "ideologie" sul diritto. Spesso queste riunioni mettono a nudo la incapacità dei magistrati di rinunciare alla "propria" interpretazione in funzione di una maggiore certezza e prevedibilità della giurisprudenza sezionale, con il rischio che sia il singolo collegio e non la sezione a stabilire gli orientamenti.

Negli ultimi tempi si registra una maggiore consapevolezza nell'utilizzo di tali riunioni, almeno in alcune sezioni. Val la pena di segnalare due casi in cui nella motivazione delle sentenze si è dato atto, espressamente, che l'orientamento interpretativo sostenuto era da ritenere, allo stato, consolidato, proprio in quanto frutto delle decisioni assunte nella riunione da parte di tutti magistrati della sezione (cfr., Sez. 6 n. 5536, del 28 ottobre 2021, Zappini e Sez. 6, n. 5538 del 22 novembre 2021, Arcari). In questo modo 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 sezione.

5. Il vincolo del precedente nelle sentenze delle sezioni unite.

Indubbiamente l'obiettivo dell'uniformità interpretativa, della certezza e della prevedibilità è rimessa, principalmente, alla funzione delle sezioni unite.

La novità per il diritto giurisprudenziale penale è costituito dall'introduzione del precedente vincolante.

Come è noto la legge 23 giugno 2017, n. 103 ha dettato nuove regole in materia di rapporti tra sezioni unite e sezioni semplici: il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p. introduce una rimessione "obbligatoria", che scatta ogni qual volta un collegio di una delle sezioni semplici ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite.

Lo *stare decisis* è stato limitato alle sole sentenze delle sezioni unite.

Ma può dirsi di essere in presenza di un modello definibile di precedente, seppur relativo?

Va evidenziato come tale modello non ha nulla a che fare con il sistema di precedente conosciuto nei paesi anglosassoni, i cui caratteri possono essere così sintetizzati:

- la decisione viene considerata regola da applicare ai casi futuri;
- il precedente è “creato” dalla seconda decisione che applica la medesima regola al caso simile;
- il precedente non è costituito dall’intera decisione, ma dalla *ratio decidendi*, cioè dalla regola di diritto da applicare;
- non sono precedenti gli *obiter*;
- essenziale è il collegamento al fatto, in quanto la regola del precedente può applicarsi solo a fatti simili.

Rispetto a questi caratteri principali, il precedente della nostra Corte di cassazione si differenzia notevolmente.

Esso non viene creato dal secondo giudice, dalla seconda decisione perché enuncia un principio o una regola persuasiva e autorevole, ma nasce già con lo stigma del precedente, ha cioè natura formale di precedente, nel senso che è la legge ad attribuirgli tale rilevanza. Siamo in presenza di un meccanismo formalizzato di precedente che è vincolante (relativamente) non perché riconosciuto autorevole, ma in quanto promana dalle sezioni unite, attraverso un procedimento che vede coinvolte anche le sezioni semplici e l’ufficio del massimario. È ritenuto precedente, quindi, anche se è un principio affermato per la prima volta, sicché non ha bisogno di una conferma dal secondo giudice. Inoltre, è un precedente che ha ad oggetto “principi”, in cui non è sempre coinvolto il “fatto”.

A questo modello di precedente sono state rivolte una serie di obiezioni.

Un primo aspetto critico è stato ravvisato nel rischio che le sezioni unite vengano percepite come un organo gerarchico di vertice all’interno della Corte di cassazione, depositario delle scelte interpretative a scapito del ruolo delle sezioni semplici, che vedrebbero ancor più ridotto il loro contributo alla funzione nomofilattica: tuttavia, non sembra che l’obbligatorietà della rimessione finisca per determinare «un quasi monopolio» sull’interpretazione in favore delle sezioni unite, dal momento che queste non sono sovraordinate alle altre sezioni e ad esse non è riconosciuta alcuna autonomia istituzionale esterna.

È stato anche evidenziato, come una contraddizione del nuovo sistema, il fatto che l’obbligatorietà della rimessione non è assistita da alcuna sanzione in caso di sua inosservanza: invero, la Corte di cassazione è istituito «affidato all’esperienza di coloro che cooperano al suo funzionamento, più che alle norme di diritto che lo disciplinano» (Andrioli), sicché, in questa materia, il rapporto tra sezioni semplici e sezioni unite deve stabilirsi su basi “partecipative”, non “coattive”.

Ma le critiche più radicali nei confronti dell’introduzione del principio del precedente vincolante sono quelle che ne mettono in dubbio la compatibilità con la Costituzione.

Deve ribadirsi che si tratta di un vincolo “relativo”, non assoluto, peraltro interno alla Corte di cassazione, caratteristiche che consentono di poter escludere che la nuova disciplina sia in contrasto con il principio di riserva di legge e con l’altro principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge. Le sezioni semplici non sono obbligate ad allinearsi alle decisioni assunte dalle sezioni unite, perché l’obbligo riguarda solo la necessità di rimettere il ricorso in caso di *dissenting opinion*; per la sezione semplice vi sarà sempre la possibilità di distinguere il caso da decidere rispetto al precedente stabilito dalle sezioni unite, con la conseguenza che là dove i casi siano diversi la sezione semplice non si conformerà al precedente.

In realtà, l’obbligatorietà della rimessione non deve essere intesa come una limitazione all’interpretazione ovvero come un meccanismo burocratico, bensì come un momento di dialogo paritario tra sezioni della Corte di cassazione nella costruzione, condivisa, del precedente.

Non vi è alcuna limitazione nell’attività interpretativa delle sezioni semplici, semmai si realizza una sorta di procedimentalizzazione del “dissenso” rispetto all’interpretazione contenuta in una decisione delle sezioni unite, nel senso che il superamento del precedente non condiviso passa attraverso la devoluzione della questione. Tale procedura può portare alla conferma del precedente, qualora le sezioni unite resistano alla *dissenting opinion*, oppure alla svolta interpretativa, nel caso in cui vengano recepiti, in parte o in tutto, gli argomenti portati dalle sezioni semplici. Tanto più il dissenso sarà adeguatamente motivato, per mezzo dell’ordinanza di rimessione, tanto maggiori saranno le possibilità di ottenere la “svolta” giurisprudenziale. La rimessione obbligatoria contribuisce al rafforzamento ovvero alla creazione del precedente.

Deve riconoscersi che le modifiche apportate all’art. 618 c.p.p. sono funzionali ad un potenziamento delle sezioni unite e sicuramente le pronunce emesse sono destinate ad acquistare una maggiore stabilità, per effetto del vincolo. Il legislatore del 2017 si è mosso nella direzione di una valorizzazione della vocazione nomofilattica della Corte di cassazione e l’art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. assume una funzione conformativa, perché costringe le sezioni semplici a confrontarsi continuamente con la giurisprudenza delle sezioni unite, che può essere superata solo aprendo un “dialogo” con queste ultime, attraverso il procedimento di devoluzione della questione.

Peraltro, i benefici che possono derivare in termini di certezza del diritto non sono confinati nell’ambito della Corte di cassazione, ma sono destinati ad estendersi anche nella giurisdizione di merito, che potrà confrontarsi con una giurisprudenza di legittimità in grado, rispetto al passato, di assicurare meglio l’uniformità e la stabilità dell’interpretazione nella misura in cui risulta recuperata la funzione nomofilattica.

La disciplina introdotta con la novella dell’art. 618 c.p.p. delinea un sistema basato su un modello *soft* di precedente a vincolatività relativa, che nel porre al centro il ruolo delle sezioni unite, vuole riconoscere all’intera Corte di cassazione la vocazione naturale di fare nomofilachia, sul presupposto, tutto da verificare, che sia concretamente possibile svolgere un tale ruolo e che i giudici di cassazione sappiano nutrirsi della “cultura del precedente”.

6. Uniformità e mutamento di giurisprudenza “favorevole”.

Più il sistema tende ad assicurare compattezza alle decisioni dei giudici, tanto più la svolta giurisprudenziale mette in crisi l’affidamento del cittadino che pone in essere le sue condotte confidando in una certa regola confermata dalla giurisprudenza autorevole.

La Corte di cassazione sta tentando di individuare meccanismi in grado di ridurre gli effetti che gli “*overruling*” interpretativi provocano sul sistema, in particolare sulla certezza del diritto e, soprattutto, sulla tutela delle aspettative dei cittadini. Si tratta di veri e propri “lavori in corso” da parte della giurisprudenza che sono coincisi con l’introduzione in Corte di cassazione – civile e penale – del vincolo del precedente: infatti, se da un lato le pronunce delle sezioni unite realizzano una maggiore uniformità e prevedibilità del diritto giurisprudenziale, dall’altro lato ogni mutamento di giurisprudenza operato dalle stesse sezioni unite finisce per somigliare ad una modifica legislativa, senza gli effetti di questa.

In tema di *overruling in bonam partem*, occorre prendere atto che con i perentori interventi della Corte costituzionale il discorso sull’attitudine del mutamento giurisprudenziale favorevole ad incidere sul giudicato di condanna sembra definitivamente chiuso.

In un primo tempo la Cassazione ha sostenuto che la svolta giurisprudenziale autorevole, a situazione di fatto invariata, costituisse *ius novum* sostanzialmente equiparabile ad una modifica legislativa (Sez. un., 21 ottobre 2010, Beschi). Si è trattato di una decisione particolarmente ardita, che ha posto a base del suo ragionamento la necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona, in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corti europea dei diritti dell’uomo, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale.

Tuttavia, lo slancio delle sezioni unite penali nel 2010 ha subito una battuta di arresto definitiva a seguito dell’intervento della Corte costituzionale che, con la decisione n. 230 del 2012, ha perentoriamente escluso ogni possibilità di accostamento tra legge e giurisprudenza e, richiamandosi agli artt. 25 e 101 Cost., ha negato che il diritto vivente abbia caratteri equiparabili a quelli della legge. Nel caso di specie la Corte costituzionale ha ritenuto la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede la possibilità di revoca del giudicato per effetto del mutamento di giurisprudenza operato con una pronuncia delle sezioni unite, che aveva escluso la rilevanza penale di condotte in precedenza ritenute costituenti reato.

Prima con la sentenza n. 230 del 2012, poi con la recente decisione n. 23 del 2019, il Giudice delle leggi ha operato una definita chiusura rispetto al riconoscimento dell’*overruling* favorevole, negando ad esso la capacità di travolgere il principio di intangibilità della *res iudicata* e così valorizzando l’esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti, in quanto viene riaffermato che l’attività interpretativa del giudice, anche se si manifesta nella forma dell’interpretazione adeguatrice costituzionalmente

orientata, è idonea a perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante, ma resta comunque un'attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo.

7. Mutamento di giurisprudenza "sfavorevole".

Al contrario, si registra un certo fermento nella giurisprudenza (spinta dalla dottrina più sensibile) sul tema del c.d. *overruling* sfavorevole, soprattutto dopo il caso Contrada c. Italia (Corte Edu 14 aprile 2015).

Nel caso di mutamento della giurisprudenza, cui conseguono effetti *contra reum*, la nuova regola interpretativa trova applicazione non solo nel futuro, ma anche rispetto a quelle condotte poste in essere prima della "svolta" che costituisce il nuovo orientamento.

Ebbene, su questo versante la Corte di cassazione è in cerca di soluzioni in base alle quali prevedere che la svolta giurisprudenziale possa operare solo per il futuro in tutti quei casi in cui l'*overruling* determini effetti *contra reum*: il meccanismo utilizzato è quello del "*prospective overruling*", a cui si è fatto ricorso prevalentemente in campo processuale.

7.1. Il prospective overruling nella giurisprudenza civile della Corte di cassazione.

Le prime applicazioni si devono ad alcune decisioni della Cassazione civile, secondo cui un mutamento di giurisprudenza del giudice della nomofilachia, a cui si riconosce comunque natura dichiarativa e, quindi, carattere retroattivo, può limitare i suoi effetti, ammettendo il ricorso al *prospective overruling*, a condizione che siano presenti cumulativamente i seguenti presupposti:

- a) deve trattarsi di mutamento giurisprudenziale su regole del processo;
- b) il mutamento deve essere imprevedibile, in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del precedente indirizzo, tale cioè da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso;
- c) il mutamento di giurisprudenza deve comportare un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte (cfr. Sez. Un. civ., n. 15144 del 2011 e n. 4135 del 2019).

In queste decisioni il *prospective overruling* viene definito "un meccanismo finalizzato a porre la parte al riparo dagli effetti nocivi di mutamenti imprevedibili delle regole del gioco attraverso la sterilizzazione delle conseguenze pregiudizievoli del nuovo indirizzo interpretativo". Esso tutela l'affidamento incolpevole della parte ovvero l'errore oggettivamente scusabile della parte che si è conformata alla interpretazione consolidata delle norme del processo, successivamente "ripudiata" dalla giurisprudenza: l'istituto che consente questa forma di tutela all'interno del processo civile è rappresentato dalla rimessione in termini ai sensi dell'art. 184-bis c.p.c., rimessione che opera, secondo la giurisprudenza civile, anche in difetto dell'istanza di

parte, in quanto si riconosce che la causa, non imputabile alla parte, è conosciuta dalla Corte di cassazione che con la sua giurisprudenza ha fatto sorgere una aspettativa sull'agire processuale, per poi smentirla. In questo modo si consente all'atto compiuto dalla parte nel rispetto di regole successivamente modificate in via interpretativa, ma dominanti al momento del suo compimento, di produrre ugualmente i suoi effetti; allo stesso modo, nell'ipotesi in cui l'errore incolpevole della parte abbia determinato una decadenza per avere omesso di compiere un atto non dovuto secondo la giurisprudenza dominante, ma successivamente modificata, si esclude la rilevanza preclusiva dell'omissione, rimettendo in termini la parte.

Beninteso, la Corte di cassazione civile ribadisce come il principio contenuto nell'art. 101, comma 2, Cost. sull'assoggettabilità dei giudici solo alla legge, impedisca di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, con la conseguenza che, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la *lex temporis acti*; tuttavia, in presenza di un mutamento giurisprudenziale imprevedibile giustifica la deroga alla retroattività in considerazione del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali assume rilievo quello del giusto processo (art. 111 Cost.).

La tutela dell'affidamento, attraverso il meccanismo del *prospective overruling*, viene ritenuta riconoscibile e praticabile "solo in presenza di stabili approdi interpretativi della Corte di cassazione, eventualmente a sezioni unite", escludendo che possa operare con la giurisprudenza di merito che non rappresenta il "diritto vivente".

8. Il *prospective overruling* nella giurisprudenza penale della Corte di cassazione.

La Cassazione penale, sulla scia delle pronunce delle sezioni unite civili, ha preso in considerazione il ricorso al c.d. *prospective overruling*: le prime pronunce hanno riguardato le regole del processo, ma come si vedrà il meccanismo del *p.o.* si è misurato anche nella materia del diritto penale sostanziale.

8.1. Il mutamento di giurisprudenza in materia processuale...

Si tratta di una giurisprudenza "in formazione", quindi le pronunce sono poche e tutte prendono spunto dalle suindicate sezioni unite civili.

Anche le decisioni penali riconoscono la praticabilità del *prospective overruling* nel caso di mutamento imprevedibile di giurisprudenza, escludendola in tutti i casi in cui la nuova interpretazione costituisca uno sviluppo prefigurabile dell'interpretazione ovvero quando risolva un precedente contrasto (Sez. 5, n. 4455 del 14 novembre 2019, Mustafa; Sez. 5, n. 41846 del 17 maggio 2018, Postiglione; Sez. 5, n. 47510, del 9 luglio 2018, Dilaghi; Sez. 6, n. 10659 del 20 febbraio 2020, Najim; Sez. 3, n. 1731 del 27 novembre 2020, Casagrande).

In presenza delle istanze difensive che, di fronte ad un *overruling* giurisprudenziale, deducevano la violazione degli artt. 2 c.p., 25 Cost. e 7 CEDU, chiedendo l'operatività del divieto di retroattività della nuova regola giurisprudenziale,

la Corte di cassazione penale ha innanzitutto rammentato come l'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU (ad es., Grande Camera, sentenza 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna), non impedisce alla giurisprudenza nazionale di mutare il proprio orientamento nell'interpretazione di una norma di legge, ma richiede, tuttavia, che tale mutamento sia ragionevolmente prevedibile dal destinatario della norma, affinché lo Stato non incorra nella violazione dell'art. 7 CEDU (in materia penale) o dell'art. 6 (in materia extra penale), per poi citare la giurisprudenza civile sul *prospective overruling*.

In alcune decisioni si trattava di valutare gli effetti delle sezioni unite che avevano risolto un contrasto sulla necessità o meno di notificare all'imputato non comparso l'estratto della sentenza emessa a seguito di giudizio abbreviato (sent. n. 698 del 2019, Sinito), contrasto originato dall'introduzione del processo *in absentia* di cui alla legge n. 67 del 2014. La Corte di cassazione ha ritenuto che la regola processuale invocata dai ricorrenti e precedente la sentenza delle sezioni unite, non potesse essere considerata come espressione di un orientamento consolidato, in quanto era già emerso un contrasto interpretativo tra sezioni della Corte e l'orientamento maggioritario era stato quello successivamente fatto proprio dalle sezioni unite.

Queste affermazioni sono state ribadite in altri casi: così si è escluso che il principio del *prospective overruling* potesse essere invocato con riferimento ai principi affermati dalla sentenza Sez. U, Galtelli del 2017, in tema di inammissibilità dell'appello non sorretto da motivi specifici, sostenendo che la nuova pronuncia ha semplicemente puntualizzato la corretta interpretazione della norma nell'ambito delle diverse letture, più o meno restrittive, sino ad allora praticate (Sez. 5, n. 13178 del 12 dicembre 2018, Galvanetti); lo stesso si è fatto con riferimento a quanto affermato dalla sentenza Sez. U, Bottari, in tema di individuazione della data di presentazione rilevante ai fini della tempestività del ricorso cautelare, ai sensi dell'art. 325, comma 1, cod. proc. pen., in quanto si è sostenuto che la nuova regola di formazione giurisprudenziale fosse espressione del superamento del contrasto esistente in materia, con l'adesione all'orientamento giurisprudenziale prevalente (Sez. 2, n. 23306 del 21 aprile 2021, Saidi); analogo discorso con riferimento ai principi affermati dalla sentenza Sez. U, Bajrami del 2019, in tema di immutabilità del giudice ex art. 525, comma 2, cod. proc. pen., che avrebbe semplicemente puntualizzato la corretta interpretazione della norma nell'ambito delle diverse letture, più o meno restrittive, sino ad allora praticate, sistematizzando la previsione di nullità rispetto alle iniziative delle parti e ai poteri del giudice in ordine alla prova (Sez. 5, n. 12747 del 3 marzo 2020, Rossi).

Sebbene nei casi su esaminati la Cassazione abbia sempre escluso che fosse ravvisabile l'imprevedibilità dell'*overruling*, tuttavia deve prendersi atto che, almeno per quanto concerne il mutamento giurisprudenziale in materia processuale da cui conseguano effetti *in malam partem* per l'imputato, i giudici di legittimità hanno riconosciuto la potenziale rilevanza del *prospective overruling*, in funzione di limite all'applicazione retroattiva della "nuova" lettura della norma, se imprevedibile.

In ambito processuale la certezza del diritto è un valore essenziale dal momento che le "regole" del processo, ad esempio in materia di impugnazioni, assicurano il diritto di agire in giudizio per tutelare la posizione sostanziale dell'imputato e che l'art. 111 Cost., che sancisce il principio di legalità in materia processuale, impone la

predeterminazione delle disposizioni processuali, vietando di cambiare le regole del gioco a partita iniziata.

È significativo che la giurisprudenza di legittimità si stia confrontando con il fenomeno del “mutamento” e stia cercando di individuare quali possano essere i rimedi processuali utilizzabili dalla parte che abbia fatto affidamento su una certa lettura del dato normativo da parte della stessa giurisprudenza: rimedi che, allo stato, sembrano essere individuati nei meccanismi di rimessione in termini della parte processuale, come indicato dalla Cassazione civile, ma che potrebbero essere impiegati anche nel settore penale, ad esempio ricorrendo alla restituzione nel termine di cui all’art. 175 c.p.p., (la dottrina civilistica sembra invece orientata a non applicare il nuovo principio di diritto, considerando il mutamento giurisprudenziale in materia processuale come fosse uno *ius superveniens* irretroattivo: Caponi, in *Foro it.*, 2010, V, 311).

La giurisprudenza valorizza il principio dell’affidamento incolpevole e dello stesso art. 111 Cost. in tema di predeterminazione delle regole processuali e tutto sembra rientrare in quella regola non scritta di etica processuale, di cui parla Proto Pisani, secondo cui non si cambiano retroattivamente le regole del gioco quando il processo è in corso.

Tuttavia, non può non evidenziarsi come le citate sentenze penali (al pari di quelle civili) hanno riconosciuto solo in astratto la fattibilità del ricorso a questo meccanismo di tutela, per poi non farne mai concreta applicazione, in quanto sono stati sempre esclusi i presupposti che potevano legittimarne il ricorso.

8.2. ... e in materia sostanziale.

A differenza di quella civile che riconosce rilievo al mutamento giurisprudenziale esclusivamente in materia processuale, la Corte di cassazione penale sembra prenderlo in considerazione anche nella materia del diritto penale sostanziale, negando efficacia retroattiva all’*overruling* sfavorevole quando introduca una soluzione interpretativa non congruente con l’essenza del reato, tanto da porsi come sviluppo ermeneutico non conoscibile e prefigurabile rispetto alla interpretazione precedente. Tuttavia, anche in questi casi si tratta di declamazioni di principio che non hanno ricevuto mai una pratica applicazione.

Le Sez. U, n. 8544 del 2019, Genco, in tema di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso – si tratta della nota questione sulla non estensibilità dei principi enunciati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, Contrada contro Italia, a coloro che, pur trovandosi nella medesima posizione, non abbiano proposto ricorso in sede europea –, in un passaggio sottolineano come il *prospective overruling* possa essere ravvisato, ma nei soli casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni, laddove deve essere escluso quando la soluzione offerta si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di opinioni.

In maniera forse più esplicita, sebbene sempre in linea astratta, si sono pronunciate le Sez. U, n. 51815 del 2018, Mordino, intervenute a risolvere il quesito sulla

necessità o meno di accertare il pericolo di diffusione del materiale pedopornografico ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 600-ter, comma 1, n. 1, c.p. (pornografia minorile), pericolo di diffusione ritenuto rilevante da una precedente decisione del 2000 (Sez. U, n. 13 del 2000, Bove). Ebbene, le Sezioni unite Mordino, superando il precedente orientamento, hanno escluso la necessità di un tale accertamento, così ampliando il campo applicativo della disposizione penale e in motivazione hanno escluso che si ponga un problema di *prospective overruling*, in quanto la nuova lettura della norma è giustificata pienamente dal mutato quadro sociale e tecnologico di riferimento in cui il materiale pedopornografico può essere diffuso facilmente attraverso i nuovi strumenti informatici (*smartphone, tablets* ecc. ecc.). In altri termini, si è ritenuto il mutamento prevedibile in quanto legato al progresso della tecnologia informatica.

È interessante riportare anche quanto deciso dalla Sez. 5, n. 37857 del 24 aprile 2018, Fabbri, che si è confrontata con il nuovo orientamento affermato dalle Sez. U, n. 4694 del 2011, Casani, che ha ampliato la portata applicativa del reato previsto dall'art. 615-ter c.p., affermando che tale delitto è integrato anche se colui che è formalmente abilitato ad accedere ad un sistema informatico protetto, vi acceda comunque, violando le condizioni ed i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema. La Sez. 5 ha ritenuto decisivo verificare se, nel caso in esame, l'interpretazione estensiva delle condotte sussumibili nella previsione normativa di cui all'art. 615-ter c.p. – adottata dalle sezioni unite Casani – fosse prevedibile nel momento in cui l'imputato aveva posto in essere la condotta contestatagli. Tale verifica ha dato esito negativo, in quanto si è ritenuto che le sezioni unite, lungi dall'aver introdotto una innovazione giurisprudenziale, in qualche misura estranea rispetto alle precedenti riflessioni svolte nell'ambito delle sezioni semplici, hanno operato dapprima una ricognizione dei due indirizzi giurisprudenziali contrapposti per poi optare per l'interpretazione estensiva, già oggetto di numerose pronunce delle sezioni semplici. In questo caso si è esclusa la prevedibilità sul presupposto che già esisteva nella giurisprudenza di legittimità un contrasto sulla portata applicativa del reato.

9. Considerazioni finali.

Da questa breve rassegna degli orientamenti della giurisprudenza emerge che ciò che si vuole tutelare è l'affidamento incolpevole della parte, nella specie dell'imputato che faccia, appunto, affidamento su una certa lettura della disposizione fatta dalla giurisprudenza, ritenuta consolidata e che, invece, imprevedibilmente muti. In sostanza, è l'errore incolpevole che riceve attenzione.

In campo processuale il ricorso al *prospective overruling* ha consentito di individuare dei precisi meccanismi in grado di offrire tutela alle aspettative incolpevoli della parte, costituiti dagli istituti di rimessione in termini funzionali a far recuperare l'azionabilità di un diritto o la presentazione di una istanza o di una impugnazione.

È interessante notare che, sempre in campo processuale, l'art. 37 del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010) prevede espressamente che il giudice possa disporre anche d'ufficio la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di

oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto: l'intervento del legislatore nel processo amministrativo non deve essere letto come una sconfessione della utilizzazione, in via interpretativa, del *prospective overruling* da parte della giurisprudenza civile e penale; piuttosto, sembra il riconoscimento "formale" della praticabilità del meccanismo che impedisce la retroattività del mutamento imprevedibile, sempre che ricorrano le condizioni indicate dalla giurisprudenza.

Più complesso il discorso sul fronte del diritto sostanziale. Anche in questo caso il mutamento giurisprudenziale imprevedibile dovrebbe condurre alla non applicazione retroattiva dell'interpretazione sfavorevole.

In che modo?

Andrebbe sperimentato il ricorso all'art. 5 c.p., così come riletto dalla Corte cost. n. 364 del 1988: "l'ignoranza della legge non scusa, tranne che si tratti di ignoranza inevitabile". Si consideri che quella sentenza tra gli esempi di ignoranza inevitabile citava proprio l'esistenza di un mutamento imprevisto di un orientamento consolidato della giurisprudenza.

Pochissime le applicazioni negli anni.

Interessante una isolata decisione del 1993, che ha fatto applicazione dell'art. 5 c.p. in un caso in cui un imprenditore aveva effettuato scarichi dai servizi civili senza richiedere la prescritta autorizzazione, ma dopo aver interpellato un professionista che gli aveva garantito che per lo sversamento non occorreva l'autorizzazione, citando una consolidata giurisprudenza, giurisprudenza che nel corso del processo aveva mutato orientamento in seguito ad una pronuncia delle sezioni unite che aveva ritenuto necessaria l'autorizzazione. La Cassazione ha assolto l'imprenditore perché il fatto non costituisce reato, sottolineando la scarsa chiarezza della normativa di settore che aveva dato adito a pronunce discordanti della Corte di cassazione (Sez. 3, n. 435 del 6 ottobre 1993, Garofoli).

È in grado la giurisprudenza di prendere in seria considerazione la portata applicativa dell'art. 5 c.p. nella lettura fattane dalla Corte costituzionale? Fino ad ora non lo ha dimostrato, anzi vi è stato un atteggiamento di estrema timidezza, forse dovuto alla consapevolezza che il riferimento all'errore incolpevole, quale scusante soggettiva, non sempre può assicurare la mitigazione degli effetti di un *overruling* sfavorevole. In altri termini, il percorso della ignoranza scusabile impone valutazioni soggettivistiche che possono rendere più difficoltoso il riconoscimento dell'irretroattività del mutamento giurisprudenziale. Peraltro, il ricorso all'art. 5 c.p. sconta un elevato tasso di discrezionalità da parte del giudice nella sua applicazione, con il rischio di una vera e propria ineffettività di questo tipo di tutela, esattamente come è avvenuto fino ad oggi.

Certo, il discorso sarebbe diverso se dell'art. 5 c.p. si desse una lettura "oggettiva", che cioè collocasse l'istituto non sul piano del reato, ma su quello della norma penale, in modo tale da collegare l'*ignorantia legis* ad ipotesi di oggettiva carenza di riconoscibilità della norma, tra cui ricomprendere l'ipotesi di mutamento imprevedibile della giurisprudenza (Massaro).

L'alternativa è prevedere meccanismi di chiusura che negando la natura dichiarativa della giurisprudenza, utilizzino direttamente l'art. 2 c.p., riconoscendo il ruolo assunto dal diritto giurisprudenziale ed "estendendo la disciplina della

successione di leggi all'*overruling* sfavorevole (Palazzo), giungendo però a quella equiparazione tra giurisprudenza e legge censurata perentoriamente dalla Corte costituzionale. Ma forse i tempi sono maturi.

La migliore dottrina ormai da tempo ha indicato come il diritto giurisprudenziale determini effetti, quali la retroattività dei mutamenti giurisprudenziali e la interpretazione estensiva che pur essendo riconducibile alla lettera dell'enunciato normativo può non apparire ragionevolmente prevedibile, rispetto ai quali occorre riempire i vuoti di tutela che si aprono con soluzioni adeguate alla complessità delle questioni: la giurisprudenza e, soprattutto, la Corte di cassazione ha il dovere di misurarsi seriamente con tali problemi.

In ogni caso, tendere ad un consolidamento e all'uniformità del diritto giurisprudenziale, gestendo i mutamenti, i c.d. *overruling*, non deve significare accettare il rischio di un conformismo giudiziario burocratico: non è pensabile che il diritto giurisprudenziale resti immutabile. La giurisprudenza è materia viva che deve adattarsi ai mutamenti sociali, come del resto dovrebbe fare la legge e non sempre ci riesce: per questo si è parlato di un diritto giurisprudenziale che attui una vera collaborazione con il legislatore in questo compito di ripartizione, non più di divisione, dei poteri (Donini).

LEGALITÀ PENALE, PROCESSI DECISIONALI E NOMOFILACHIA (*)

di Giovanni Canzio

Il legislatore assegna alla Cassazione e in particolare al suo massimo organo collegiale, le Sezioni unite, il compito di depotenziare il corto circuito fra la legalità formale della «legge» e la legalità effettuale del «diritto vivente», attraverso la formazione di autorevoli «precedenti», nell'esercizio della funzione coerenziatrice della giurisprudenza. L'analisi delle caratteristiche della moderna nomofilachia e della diversa forza del vincolo del precedente induce l'Autore a spostare l'indagine sul terreno della «legalità dell'interpretazione», in termini di fissazione e applicazione da parte della comunità dei giuristi di condivise regole metodologiche, deontologiche e procedurali cui l'ermeneutica giudiziale dovrebbe ispirarsi.

SOMMARIO: 1. *Rethinking* la «legalità penale». – 2. La funzione coerenziatrice della Cassazione. – 3. La «nomofilachia» e la forza del «precedente». – 4. Il vincolo procedurale. – 5. Il precedente «orizzontale» fra *prospective overruling* e analogia in materia penale. – 6. Dalla «legalità penale» alla «legalità dell'interpretazione».

1. *Rethinking* la «legalità penale».

La giurisdizione penale trova un duplice *anchorage* nella Costituzione: la «legge» (art. 101, comma 2) e la «ragione» (art. 111, comma 6). Il principio del primato della legge, insieme con quello di stretta legalità dei reati e delle pene, con il corollario della tipicità, precisione e determinatezza della fattispecie incriminatrice (Cost., art. 25, comma 2), costituisce la più solida garanzia della funzione di prevenzione generale, dell'uguaglianza di trattamento e della libertà di autodeterminazione della persona, sotto il profilo della previa conoscibilità della norma, della prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotta e del diritto di difesa. Occorre tuttavia prendere atto che i caratteri della modernità – o della postmodernità – presentano ed esigono nuove e più larghe declinazioni del termine «legge» e dello stesso ambito valoriale del concetto di «legalità penale»¹.

(*) Testo coordinato degli interventi svolti il 20 maggio e il 10 giugno 2022 nei convegni organizzati, rispettivamente, dall'Università di Firenze, sul tema *“Tra legge e giudice, alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale”*, e dall'Università di Verona, sul tema *“Processi decisionali e fonti del diritto”*.

¹ Sull'argomento, da ultimo, E. LUPO, *Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale*, in *Cass. pen.*,

Nel «labirinto»² costruito attorno alla pluralità e alla incerta gerarchia delle fonti, nazionali e sovranazionali, legislative e giurisprudenziali, le teorie dell'ermeneutica giudiziaria valorizzano la centralità della figura dell'interprete, mettendo definitivamente da parte ogni pregiudizio di ascendenza illuministica o giuspositivista³. Il giudice ricerca, seleziona e interpreta la norma seguendo, fra fatto, prove e diritto, il percorso della «interpretazione conforme» alla Costituzione, al diritto euro-unitario e a quello convenzionale della Cedu, che comporta altresì la ricognizione della giurisprudenza costituzionale e di quella di Lussemburgo e Strasburgo, nell'ottica di una tutela *multilevel* dei diritti fondamentali della persona. Nella costruzione della trama regolatrice della decisione nel caso concreto, il reale significato della norma, dal testo al contesto, non emerge dalla mera lettura del dato positivo, ma dalla relazione che si instaura fra tale dato e l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa, sicché *«la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività concretizzatrice della giurisprudenza»*.

Ed è questo l'esito metodologico dei più recenti approdi ermeneutici cui è pervenuto nel secondo decennio del XXI secolo l'organo di vertice della nomofilachia. Si postula esplicitamente dalle Sezioni unite penali (sentenza «Beschi» del 2010⁴) 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»*. Il sistema convenzionale non assolutizza, invero, il principio di legalità ma, nella complementarità fra il dato formale e quello giurisprudenziale, riconosce il «formante» del diritto vivente, *«con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma vivente, risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici»*. Si avverte (in tema di responsabilità medica dopo le

2022, 404; F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, *ivi*, 2022, 941.

² V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike ed., 2012.

³ Per la «funzione inventiva» del giurista e sul ruolo del «giudice inventore» nella complessità postmoderna, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma 2018. Merita, viceversa, di essere riportato il pensiero tagliente di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino 2007), § 4, *Interpretazione delle Leggi*: «... Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione; dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso, e da tutte quelle minute forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiare spesso volte nel passaggio che fa a diversi tribunali e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocinii o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente...».

⁴ Cass. pen., Sez. un., n. 18288 del 2010, PG in proc. Beschi, Rv. 246651. Nel senso dell'irrelevanza del mutamento giurisprudenziale ai fini del superamento del giudicato vero e proprio e della sua estraneità all'area applicativa della revoca della sentenza per abolizione del reato ex art. 673 cod. proc. pen., v. tuttavia Corte cost., n. 230 del 2012 (in cui si pone peraltro adeguatamente in risalto il netto iato che separa l'istituto esaminato nel caso di specie dalle Sezioni unite «Beschi», riconducibile più correttamente all'ambito delle preclusioni, rispetto al giudicato vero e proprio) e n. 25 del 2019.

riforme Balduzzi e Gelli-Bianco: sentenza «Mariotti» del 2018⁵) l'esigenza di procedere a «una opportuna attività ermeneutica che tenga conto, da un lato, della lettera della legge e, dall'altro, di circostanze anche non esplicitate ma necessariamente ricomprese in una norma di cui può dirsi certa la ratio, anche alla luce del complesso percorso compiuto negli anni dal legislatore sul tema in discussione. Percorso al quale non risultano estranei il contributo della Corte costituzionale né gli approdi della giurisprudenza di legittimità, di cui, dunque, ci si gioverà». Si argomenta diffusamente che «il canone interpretativo posto dall'art. 12, comma primo, delle preleggi prevede la valorizzazione del significato immediato delle parole, di quello derivante dalla loro connessione nonché della "intenzione del legislatore". E da tale disposizione – che va completata con la verifica di compatibilità coi principi generali che regolano la ricostruzione degli elementi costitutivi dei precetti – si evince un solo vincolante divieto per l'interprete, che è quello riguardante l'andare "contro" il significato delle espressioni usate, con una modalità che sconfinerebbe nell'analogia, non consentita nella interpretazione del comando penale. Non gli è invece vietato andare "oltre" la letteralità del testo, quando l'opzione ermeneutica prescelta sia in linea con i canoni sopra indicati, a maggior ragione quando quella, pur a fronte di un testo che lascia aperte più soluzioni, sia l'unica plausibile e perciò compatibile col principio della prevedibilità del comando; sia, cioè, il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere a un risultato costituzionalmente adeguato, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle sezioni semplici, al "diritto vivente" nella materia in esame. Il tentativo di sperimentare una interpretazione costituzionalmente conforme è, d'altro canto, il passaggio necessario e, se come nella specie concluso con esito positivo, ostativo all'investitura della Corte costituzionale. Ed è, quella anticipata, l'elaborazione che le Sezioni Unite intendono rendere, essendo proprio compito, nell'esercizio della funzione nomofilattica, individuare il significato più coerente del dato precettivo, anche scegliendo tra più possibili significati e plasmando la regola di diritto, la quale deve mantenere il carattere generale ed astratto. Ciò, in altri termini, senza che sia riconducibile alla attività interpretativa che ci si accinge a compiere un'efficacia sanante di deficit di tassatività della norma, non condividendosi il sospetto che la scelta sulla portata della norma sia sospinta dalla esistenza di connotati di incertezza e di imprevedibilità delle conseguenze del precetto, le quali, se ravvisate, avrebbero condotto alla sola possibile soluzione di sollevare, nella sede propria, il dubbio di costituzionalità».

Per un verso, la formazione del diritto vivente (anche mediante gli eventuali mutamenti di giurisprudenza) deve fare i conti col principio di determinatezza della fattispecie, nel prisma della conoscibilità del precetto e quindi della colpevolezza dell'agente, secondo l'art. 7 CEDU (cons. anche l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), nell'interpretazione offertane dalle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo. Per altro verso, la progressiva stratificazione multilivello del sistema tradizionale delle fonti e l'accentuarsi nel linguaggio del legislatore di connotati polisemici o meramente descrittivi e aperti, talora mediante l'utilizzo di

⁵ Cass. pen., Sez. un., n. 8770 del 2018, Mariotti, Rv. 272174-175-176.

clausole generali⁶, spingono l'esegesi fino al confronto con i valori, gli obiettivi e gli interessi implicati dal caso concreto.

Ammonisce in proposito – fra gli altri – Natalino Irti che, nel complicato equilibrio fra il principio di legalità e l'opera di concretizzazione della regola da applicare, il pluralismo delle fonti e quello assiologico rischiano di rendere imprevedibile e incalcolabile l'agire del giudice⁷. Si aggiunge che, considerati i limiti computazionali di funzionamento della mente umana e le ulteriori variabili, attinenti alla sfera dei valori o a quella morale e affettiva o all'influenza dell'opinione pubblica e della comunicazione attraverso i *mass media* e i *social network*, anche il ragionamento inferenziale e il calcolo probabilistico, che nella pratica giudiziaria sono alla base dell'opera logica di valutazione delle prove e della scelta decisoria, non sono immuni dal rischio di distorsioni ed errori cognitivi, essendo noti gli schemi e gli effetti dei principali *Heuristics and Biases*, dettati dalla comune esigenza di semplificare la complessità del reale⁸.

Orbene, la descrizione della razionalità limitata e delle "illusioni cognitive" nelle operazioni giudiziarie interroga il giurista in merito ai rimedi che il disciplinamento legislativo appresta, al fine di eliminare o almeno ridurre al minimo l'impatto negativo sull'esercizio della giurisdizione penale dei *biases* cognitivi che, disseminati lungo l'intero percorso decisionale, possono indurre all'errore valutativo e talora anche all'arbitrio in merito al reale significato delle evidenze o della prescrizione normativa.

2. La funzione coerenziatrice della Cassazione.

Il sistema della giurisdizione penale non è sprovvisto di antidoti contro il paventato pericolo della liquidità del diritto e di una deriva nichilistica dei pur legittimi

⁶ Sulla crisi del normativismo e sulle moderne tecniche di legistica, quasi sempre non precedute dall'analisi di sostenibilità qualitativa e quantitativa e di empirica verificabilità della fattispecie normata, cons. AA.VV., *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 483. Sarebbe auspicabile, viceversa, che il legislatore, nonostante il continuo divenire degli assetti economico-sociali, evitasse d'intervenire sul tessuto delle disposizioni normative con modifiche troppo frequenti, talora ispirate solo a logiche emergenziali e disattente ai profili sistematici dell'ordinamento, rendendo così ancora più difficile il formarsi di un diritto giurisprudenziale stabile e affidabile.

⁷ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36. Cons. anche, volendo, G. CANZIO, *Calcolo giuridico e nomofilachia*, in AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, il Mulino, 2017; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2017, 21.

⁸ P. RUMIATI, *Saper decidere. Intuizioni, ragioni, impulsività*, il Mulino, 2020; P. RUMIATI – C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, il Mulino, 2019; A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, il Mulino, 2017; G. INSOLERA, *Legge, ragione ed emozione nella giustizia penale*, in *disCrimen*, 14 febbraio 2020; G. CEVOLANI – V. CRUPI, *Come ragionano i giudici: razionalità, euristiche e illusioni cognitive*, in *disCrimen*, 22 ottobre 2018; D. KANHEMAN – P. SLOVIC – A. TVERSKY, *Judgement under Uncertainty, Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 1982; D. KANHEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, 2012; D. KANHEMAN – O. SIBONY – C.R. SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Utet, 2021; G. GIGERENZER, *Decisioni intuitive: quando si sceglie senza pensarci troppo*, Cortina, 2009. Cons., volendo, G. CANZIO, *Alle radici dell'errore giudiziario: "Heuristics and Biases"*, in *L'errore giudiziario*, a cura di L. Luparia Donati, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 81.

spazi di discrezionalità giudiziale verso il caos applicativo. E però, occorre dare una solida risposta agli inquietanti interrogativi che si pongono a fronte dell'ormai evidente, incerta capacità ordinatoria della «legge», essendo necessario assicurare il giusto equilibrio tra la dimensione parzialmente creativa e plurale del diritto vivente di matrice giurisprudenziale e l'interesse collettivo alla prevedibilità e uniformità delle soluzioni decisorie, nella proiezione costituzionale dei principi di legalità e di uguaglianza. Si avverte, seppure ancora indistintamente, l'esigenza di un più pregnante controllo di razionalità della insostituibile operazione applicativa del giudice, alla stregua di una più rigorosa e puntuale perimetrazione dei canoni ermeneutici secondo le migliori prassi metodologiche.

Nell'ambito del processo di coerenza della giurisprudenza e al fine di assicurare comuni ed elevati standard di tutela dei diritti fondamentali della persona, può innanzitutto soccorrere, oltre il rispetto dei metavalori del giusto processo e la trasparente enunciazione in motivazione delle ragioni giustificative della decisione, conseguenti a una chiara, sintetica e fedele ricostruzione probatoria del fatto, la rete della «nomofilachia» nell'incessante dialogo fra le Corti.

Il reciproco esercizio dell'*ars legiferandi* e dell'*ars interpretandi* trova, invero, un solido punto di equilibrio nel ruolo e nella funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, 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). La dizione della norma tradisce i postulati razionalistico-formali e utopistici di quel legislatore, che reputava predicabile l'unità del diritto oggettivo, la geometrica esattezza della sua osservanza e l'uniformità della sua interpretazione. Più realisticamente si può tradurre che spetta al giudice di legittimità, supremo organo regolatore della giurisdizione, la definizione dei corretti criteri ermeneutici e il controllo di razionalità dell'opera di selezione della regola effettuata dal giudice di merito.

In stretta contiguità storico-sistemica con il riconoscimento della funzione coerenza della Corte «del precedente», l'art. 68 dello stesso ord. giud. del 1941 istituisce presso la Cassazione l'Ufficio del Massimario, le cui attribuzioni sono stabilite dal primo Presidente e al quale è tradizionalmente affidato il compito di favorire la formazione, la documentazione e la diffusione della giurisprudenza di legittimità. In un ruolo, quindi, di supporto della giurisdizione della Corte, mediante le relazioni preliminari e di orientamento, il monitoraggio e la selezione delle decisioni da massimare e la massimazione dei principi di diritto da queste estratti, nei termini oggi fissati dall'art. 26 del Regol. esec. c.p.p. (d.m. 30 settembre 1989, n. 334): previsione che, come si osserva nella relazione di accompagnamento, è «tesa a rendere omogenei i criteri di formazione delle massime, in linea con la funzione nomofilattica della Corte». È rimasta immutata, nel tempo, l'opera del Massimario di razionalizzazione e analisi sistematica

dei più significativi approdi ermeneutici cui perviene la Corte Suprema, nella consapevolezza, peraltro, che una rete fittissima di precedenti, dato l'ipertrofico numero di decisioni della Cassazione penale (in media 50.000 ogni anno), avrebbe come effetto perverso quello di moltiplicare le incoerenze e i contrasti sincronici e diacronici della stessa giurisprudenza di legittimità, ledendone l'autorevolezza e la funzione di stabilizzazione del diritto applicato. Sicché, per consentire la costruzione di modelli coerenti di soluzione dei problemi applicativi in fattispecie paradigmatiche, l'obiettivo pratico del lavoro del Massimario, oltre la mera redazione della «*massima/precedente*», sembra oggi consistere nel processo di costruzione di un «*sistema di precedenti*» per singoli settori, temi o materie.

E così la Corte di Cassazione tende a posizionarsi, nella modernità, come l'ideale forma e 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.

3. La «nomofilachia» e la forza del «precedente».

Con riguardo alla definizione del ruolo e delle funzioni della Cassazione nel sistema ordinamentale-costituzionale e dei confini del controllo di legittimità (Cost., art. 111, commi 7 e 8), è nota la storica dicotomia tra i due modelli di riferimento⁹, quello della Corte *suprema* o *del precedente*, attenta alla prospettiva di nomofilachia e ad influenzare mediante la formazione del diritto vivente di fonte giurisprudenziale le uniformi decisioni di casi futuri, simili o analoghi, a garanzia oggettiva dello *jus constitutionis*, e quello della Corte di *revisione* o di *terza istanza* che, a garanzia dello *jus litigatoris* e dell'esigenza di giustizia sostanziale nel caso concreto, ne estende i poteri di cognizione anche al fatto e al merito. In realtà, i due valori della funzione coerenziatrice e della garanzia individuale sono destinati, soprattutto in materia penale, a una pur difficile coesistenza, in un rapporto dialettico dominato da una molteplicità di variabili. E però, nonostante le evidenti criticità ascrivibili al mostruoso numero di ricorsi che sopravvivono ogni anno e all'altrettanto altissimo numero di decisioni che ogni anno le tante sezioni e i tanti (troppi) giudici penali della Corte emettono (in media 50.000) con un mirabile sforzo organizzativo, sembra di assistere a un deciso recupero da parte del legislatore della funzione preminente della giurisdizione di legittimità, nell'ottica costituzionale del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Infatti, a partire dai primi anni del XXI secolo, la nomofilachia è stata profondamente ripensata e declinata dal legislatore in termini moderni. Alla funzione nomofilattica si è ispirata dichiaratamente, per prima, la riforma del processo civile di cassazione (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, recante, in attuazione della l. delega 14 maggio 2005, n. 80, modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione

⁹ M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, 1991; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Torino, 1920, in *Opere giuridiche* a cura di M. CAPPELLETTI, VI-VII, Napoli, 1976, 103.

in funzione nomofilattica). A sua volta, la più recente riforma del processo civile di cassazione (d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. dalla l. 25 ottobre 2016, n. 197) consente di trattare con il rito dell'udienza pubblica e definire con sentenza la sola, limitata, quota di ricorsi che hanno valenza nomofilattica e che hanno quindi un rilievo tale da poter assumere i connotati del precedente in senso stretto. Il legislatore riconosce che la nomofilachia, in quanto diretta a conferire coerenza e prevedibilità nell'interpretazione delle norme sostanziali e processuali, mediante la creazione di decisioni idealmente destinate a costituire «precedenti» per la uniforme e prevedibile soluzione di future controversie, in casi simili o analoghi, costituisce un obiettivo valore per la collettività e per l'interesse generale. E intende deliberatamente rilanciarne l'operatività dialogica come strumento essenziale per razionalizzare e guidare la mobilità del giuridico, in relazione all'inarrestabile progredire dell'economia e della società e alla fluidità del diritto, mettendo i giudici in rete¹⁰.

Si avverte peraltro che la nomofilachia «non è un valore assoluto ma metodologico» e, nell'inarrestabile evoluzione della giurisprudenza, confluisce dinamicamente nel «dovere funzionale di ragionevole mantenimento della soluzione ragionevolmente conseguita»¹¹. Sicché, accanto alla tradizionale nomofilachia «verticale», si fa strada una nuova e più larga nomofilachia «orizzontale», che, pur trovando il naturale punto di sintesi nella giurisprudenza di legittimità, chiama in un percorso «circolare» anche i giudici di merito, i primi a confrontarsi con la fluidità sociale, a promuovere la formazione del diritto vivente e a misurarne gli effetti pratici¹². Inoltre, accanto alla nomofilachia «magistratuale», limitata al dialogo tra i giudici, si concepisce una nomofilachia «cetuale», aperta al ruolo della dottrina e dell'intera comunità dei giuristi¹³. Soprattutto, si rinuncia una volta per tutte all'irrealistica visione di una nomofilachia «statica», diretta a registrare e trasmettere precedenti fissi ed immutabili, per accettare l'idea di una interpretazione giurisprudenziale «dinamica», pronta ad ascoltare e seguire il moto di una società in perenne evoluzione, che mette nel conto la sua fallibilità e potenziale obsolescenza.

Largamente condivisa è l'idea che la forza del precedente (*auctoritas rerum similiter iudicatarum*) sia inversamente proporzionale al numero e alla quantità dei

¹⁰ S. CASSESE, *I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, 2009.

¹¹ G. BORRÉ, *L'evoluzione della Corte nel diritto commerciale e del lavoro, nel diritto pubblico e processuale civile*, in *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico*, Giuffrè, 1996, 252.

¹² Nella relazione illustrativa dello schema del d.lgs. n. 40 del 2006 si afferma, a commento dell'art. 14 sostitutivo dell'art. 388 c.p.c., che la trasmissione, anche per via telematica, della copia della sentenza – e non più soltanto del dispositivo della stessa – «è volta ad assicurare la conoscenza delle pronunce della Corte e, non solo, come è attualmente, dell'esito delle stesse, in funzione di orientamento dei giudici di merito e, dunque, di valorizzazione della funzione nomofilattica». La previsione di un percorso circolare delle informazioni va letta nella chiave dell'efficacia persuasiva del precedente, come adempimento finale che rammenta al giudice di merito di essere parte di quel circuito dell'interpretazione il cui vertice si radica nella Corte di cassazione, quale organo della nomofilachia, richiamandolo al dovere, d'ufficio, di prendere contezza di quale sia stato l'approdo interpretativo della vicenda già sottoposta alla sua cognizione e che hanno segnato l'annullamento o la conferma della decisione impugnata.

¹³ Per l'idea della comunità interpretativa, N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1153.

precedenti formatisi in ordine all'analogia questione e che, in linea di principio, il distacco critico dal precedente è in ogni caso consentito al giudice che dimostri, con motivazione consapevole e trasparente, di avere assolto lealmente il dovere di diligenza di conoscere l'indirizzo giurisprudenziale di legittimità e di indicare le buone ragioni alla base del dissenso. Sono ben note le tecniche del *distinguishing* (il precedente non è pertinente al caso di specie) e dell'*overruling* (il precedente si palesa inadeguato e va introdotto un diverso principio di diritto per la regolamentazione del tipo di fattispecie), pur facendosi talora uso, ove necessario, di dispositivi di sterilizzazione degli effetti negativi di un troppo accentuato dinamismo interpretativo (*prospective overruling*).

Si osserva inoltre che va assumendo un rilievo sempre più marcato il richiamo (quantomeno come fonte d'ispirazione o esempio), non solo delle decisioni di Corti sovranazionali quali la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo, ma anche di altre Corti internazionali e, più in generale, del diritto straniero, in virtù del superamento del principio di stretta territorialità del diritto¹⁴.

4. Il vincolo procedurale.

La nomofilachia, come «procedura» di formazione del precedente, diventa così un istituto della postmodernità, che mira a definire i criteri ermeneutici volti ad evitare la deriva della giurisdizione verso la liquidità e l'instabilità del diritto: un presidio essenziale della certezza e della calcolabilità giuridica, intesa in termini di tendenziale uniformità e prevedibilità delle decisioni e di uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge.

Per rispondere al rischio di frammentazione dell'ordinamento giuridico il legislatore del XXI secolo rilancia dunque l'istituto della nomofilachia come procedura di formazione di autorevoli precedenti della Corte Cassazione, secondo un modello originale e attenuato di *stare decisis* prossimo a quello di *common law*. Il fenomeno del «precedente»¹⁵ riveste un importante rilievo nei moderni sistemi giuridici, sia continentali che anglosassoni, essendosi notevolmente attenuata la tradizionale

¹⁴ Quanto ai riferimenti alla dottrina, l'art. 118, terzo comma, disp. att. cod. proc. civ. dispone che nella motivazione della sentenza «deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici»: norma, questa, pacificamente applicata anche al processo penale, per il quale non si riscontra una disposizione di contenuto analogo.

¹⁵ G. GORLA, *Precedente giudiziale*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXIII, 4; U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1996, XIV, 148; V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, voce dell'*Enc. dir.*, Milano, 2002, aggiornamento VI, 871; R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 279; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 709; volendo, G. CANZIO, *La funzione nomofilattica fra dissenting opinion ed esigenze di trasparenza*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobile*, a cura di C. Iasevoli, ESI, 2020, 125; G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, 305; S. EVANGELISTA – G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, 5; A. PROTO PISANI, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 277; P. CURZIO, *Il giudice e il precedente*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 578.

divaricazione della regola «*stare decisis [et quieta non movere]*» negli ordinamenti di *common law* (efficacia vincolante: *binding precedent*), rispetto a quelli di *civil law* (efficacia persuasiva). Il che finisce per assumere, nell'accezione comune e in quella tecnico-giuridica, il significato di una vera e propria direttiva ermeneutica che presiede, nella logica di sistema, al rafforzamento di detta dimensione.

Il precedente, nella struttura dell'argomentazione giustificatrice della decisione e in un perenne equilibrio tra astrattezza e concretezza (*abstrakte Tatbestand*), viene a svolgere un tendenziale ruolo di guida coerenziatrice nell'interpretazione del diritto e nella soluzione della *quaestio iuris*. Ma va rimarcato che esso, nel circolo ermeneutico, si rivela altrettanto prezioso con riguardo alla corretta messa a fuoco della *quaestio facti* e alla razionalizzazione degli orientamenti dei giudici di merito in ordine alla definizione, nel contesto del processo, sia del *thema probandum* che del *thema decidendum*.

Valgano alcuni esempi per intendere meglio il senso di questa affermazione.

Nel quadro delle risposte giudiziarie al crimine organizzato si è andato progressivamente sviluppando il percorso ermeneutico della giurisprudenza di legittimità, che ha contribuito alla solida, largamente condivisa costruzione di categorie giuridiche di straordinario rilievo in materia sia sostanziale, quanto alla delimitazione dell'area di tipicità delle fattispecie criminose, sia processuale. Si pensi agli approdi interpretativi nell'analisi delle forme di manifestazione del concorso di persone nel reato, della direzione, partecipazione interna o contiguità esterna all'associazione mafiosa (art. 416 *bis* c.p.) e, quindi, nella fissazione dei criteri discretivi fra le diverse figure del capo, dell'associato, del concorrente esterno (il politico, il rappresentante delle istituzioni, l'esponente delle forze dell'ordine, il professionista, l'imprenditore ecc.), o dello scambio elettorale politico-mafioso (art. 416 *ter* c.p.): fattispecie, quest'ultime, del concorso esterno e del voto di scambio certamente non di mera creazione giurisprudenziale. Come pure vanno richiamati i canoni giurisprudenziali affermati sul terreno più strettamente processuale (anche secondo la disciplina derogatoria propria del modello del "doppio binario") in tema di: applicazione delle massime di esperienza e dei criteri di inferenza e valutazione della prova indiziaria; governo delle presunzioni per le misure cautelari personali; verifica dei requisiti di consistenza e affidabilità della chiamata di correo, che dev'essere corroborata da idonei riscontri intrinseci ed esterni; legittimità e utilizzabilità dei risultati delle operazioni intercettative o di altri speciali e pervasivi strumenti d'indagine. Si pensi ancora, in tema di responsabilità medica, agli arresti giurisprudenziali in materia di rapporto di causalità pure omissiva, colpa da imperizia, posizioni di garanzia, consenso informato ecc., o all'area di difficile decifrazione del dolo eventuale e della colpa cosciente.

Un contributo nomofilattico, questo della Corte di cassazione, di cui va riconosciuta l'obiettivo utilità tanto ai fini della corretta direzione delle indagini e della chiara formulazione delle imputazioni da parte del pubblico ministero, prima, quanto della ricostruzione probatoria del fatto e della verifica dialettica dell'ipotesi accusatoria nel giudizio di merito, poi, secondo le regole del giusto processo e della giusta decisione.

Il ruolo e la funzione del precedente si collegano direttamente, inoltre, con lo «stile» delle decisioni, apparendo evidente la stretta interdipendenza e circolarità tra il fenomeno della tenuta nel tempo dei principi giurisprudenziali e della tendenziale

certezza del diritto, da un lato, e le più agili tecniche di motivazione in fatto e in diritto¹⁶, insieme con le regole di uniformazione della grammatica e di semplificazione del linguaggio, dall'altro. Un rilievo sempre maggiore va assumendo, infatti, l'impiego del precedente «conforme» nel tessuto argomentativo della motivazione dei giudici di merito e di legittimità, che si articola in una struttura per così dire topica, il precedente costituendo il «*topos*» che orienta l'applicazione della norma nel caso concreto. Rilievo che il sistema processuale riconosce ormai esplicitamente in talune disposizioni processuali, che prevedono da un lato il modello semplificato di motivazione del provvedimento e dall'altro meccanismi di «filtro» – in termini di specificità o di manifesta infondatezza dei motivi di ricorso – preclusivi dell'accesso ai giudizi d'impugnazione.

Oltremodo utile si rivela altresì la riflessione sui diversi gradi d'intensità e influenza del vincolo procedurale del precedente per le successive decisioni riguardanti casi simili o uguali, distinguendosi, in base alla direzione del vincolo, il precedente *verticale* da quello *orizzontale* e dall' *autoprecedente*. Nel sistema processuale i gradi di efficacia del precedente sono scanditi da un significativo reticolo di disposizioni normative attinenti precipuamente al giudizio civile e penale di cassazione. Nell'ipotesi di accoglimento del ricorso e di cassazione con rinvio, le norme di riferimento (c.p.c., art. 384, comma 2; disp. att. c.p.c., art. 143; c.p.p., artt. 627, comma 3 e 628, comma 2; disp. att. c.p.p., art. 173, comma 2) fissano la natura diretta e rigida del vincolo per il giudice di rinvio, il quale «*deve uniformarsi*» al principio di diritto che la Corte ha l'obbligo di enunciare nella soluzione delle questioni di diritto sottoposte al suo esame (*precedente verticale*) e dal quale la stessa Corte non potrà, a sua volta, distaccarsi in caso d'impugnazione della decisione del giudice di rinvio per inosservanza del principio, neppure se fosse intanto mutata la sua giurisprudenza (*autoprecedente*).

5. Il precedente «orizzontale» fra *prospective overruling* e analogia in materia penale.

Il rafforzamento della funzione nomofilattica della Cassazione è perseguito, da ultimo, dall'ampliamento della portata del vincolo di coerenza con il precedente costituito dalla decisione che le Sezioni unite penali hanno pronunciato per dirimere i contrasti interpretativi fra le sezioni semplici o per risolvere questioni giuridiche di particolare importanza (*precedente orizzontale*): vincolo che pure riveste carattere indiretto e mediato¹⁷. In tal senso orientano le specifiche prescrizioni del codice di rito

¹⁶ L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione*, Roma, 2017.

¹⁷ V., anche per ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della cassazione penale*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Canzio-Bricchetti, Milano 2019, 533; A. BASSI, *La gestione operativa della funzione nomofilattica della corte suprema di cassazione*, in *Sistema penale*, 3/2020, 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 *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 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, cons. 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

penale (c.p.p., artt. 610, comma 2, e 618, commi 1 e 1-bis; disp. att. c.p.p., art. 172), come novellate dalla riforma “Orlando” di cui alla legge 23 giugno 2017, n. 103.

Al fine di assicurare la tendenziale stabilità e uniformità dei principi di diritto espressi dall’organo di vertice della legittimità, sono infatti disciplinate sia l’enunciazione del principio di diritto «nell’interesse della legge» (art. 618, comma 1-ter: «Il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d’ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta»), sia la regola di raccordo fra sezioni semplici e Sezioni unite (comma 1-bis: «Se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso»). In coerenza, peraltro, con quanto analogamente previsto sia per il giudizio civile di cassazione (artt. 363, comma 3, e 374, comma 3, c.p.c., sost. dagli artt. 4 e 8 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), sia per il giudizio amministrativo (art. 99, comma 3, d.lgs. n. 104 del 2010: codice del processo amministrativo) che per quello contabile (artt. 42, comma 2, legge n. 69 del 2009 e 117 d.lgs. n. 174 del 2016: codice del processo contabile), con riguardo alle decisioni dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e, rispettivamente, delle Sezioni riunite della Corte dei conti¹⁸.

Già in sede di lavori preparatori del codice di rito penale del 1988 l’art. 610-bis del progetto definitivo prevedeva che le sezioni semplici dovessero rimettere con ordinanza il ricorso alle Sezioni unite, qualora non intendessero uniformarsi ai principi di diritto da quelle enunciati per dirimere un contrasto giurisprudenziale. La norma fu stralciata sull’opposizione della Commissione parlamentare, che rilevò un dubbio di costituzionalità del vincolo rispetto al principio di legalità di cui agli artt. 25, comma 2, e 101, comma 2, Cost. La regola, peraltro recepita in alcune circolari presidenziali e di fatto rispettata nella dialettica interna della Cassazione penale in forza di una prassi già da tempo consolidata, venne riproposta ancora nei primi anni ‘90 dalla Commissione “Conso”, nel 2002 in un testo approvato dalla Camera dei deputati, nel 2009 dalla Commissione “Riccio” e, infine, nel 2013 dalla Commissione “Canzio”.

Le Sezioni unite *Botticelli* del 2018¹⁹ hanno sottolineato che la norma dell’art. 618, comma 1-bis ha introdotto un’ipotesi di rimessione che, a differenza di quella facoltativa di cui al comma 1, attesa la obiettiva differenza di locuzioni impiegate in questo comma («può con ordinanza rimettere il ricorso») rispetto al comma 1-bis («rimette [...] la decisione del ricorso»), si caratterizza per essere obbligatoria, nel segno della volontà di rafforzare la funzione nomofilattica della Cassazione attraverso il consolidamento del ruolo delle Sezioni unite. E ha precisato, inoltre, che il disposto dell’art. 618, comma 1-bis, trova applicazione anche con riferimento alle decisioni intervenute precedentemente

Marandola-Bene, Milano 2017, 278; C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l’autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, 2300.

¹⁸ Per il positivo scrutinio di legittimità costituzionale delle norme che attribuiscono la funzione nomofilattica, nel processo contabile, alle Sezioni riunite della Corte dei conti (come, nel processo amministrativo, all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato), v. Corte cost. n. 30 del 2011, *Foro it.*, 2011, I, 644.

¹⁹ Cass. pen., Sez. un., n. 36072 del 2018, PM in proc. Botticelli, Rv. 273549.

all'entrata in vigore della nuova disposizione, posto che il valore di «precedente», tale da imporre obbligatoriamente alla sezione semplice la rimessione del ricorso alle Sezioni unite, è identificabile con la peculiare fonte di provenienza della decisione, indipendentemente dalla collocazione temporale di quest'ultima, *ante* o *post*-riforma. Se, dunque, i meccanismi previsti dagli artt. 610, comma 2, e 618, comma 1, cod. proc. pen. fanno capo alla discrezionalità, rispettivamente del primo Presidente e delle singole sezioni, la novella pone in capo alla sezione assegnataria del ricorso un vero e proprio vincolo procedurale (seppure «debole» o di natura relativa), sempre che sulla questione si siano già pronunciate le Sezioni unite e la sezione investita del ricorso venga a trovarsi in disaccordo con il principio di diritto dalle stesse affermato. D'altra parte, l'onere per la sezione semplice di rimessione alle Sezioni unite, allorché non intenda condividere il principio di diritto dalle medesime enunciato, non è affatto preclusivo della facoltà, per la medesima sezione, di promuovere direttamente questione di legittimità costituzionale in ordine alle disposizioni come interpretate appunto dalle Sezioni unite²⁰.

Il fenomeno, attesa la portata e l'estensione degli effetti, richiede perciò la puntuale e trasparente definizione sia della *quaestio iuris* controversa che della effettiva *ratio decidendi* e del «principio di diritto sul quale si basa la decisione» delle Sezioni unite (art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p.). Secondo una trasparente tecnica di formulazione delle informazioni necessarie dev'essere rigoroso il riferimento, in motivazione, alle statuizioni che riguardano l'interpretazione delle norme mirate alla risoluzione della *quaestio iuris* posta nell'ordinanza di rimessione, ovvero a quelle – anche di tipo fattuale – strettamente connesse, pregiudiziali o consequenziali, perciò decisive per la formulazione del principio di diritto. Sicché non sono tali le riflessioni meramente argomentative ed esplicative del ragionamento, nonché, ovviamente, gli inconferenti e incidentali *obiter dicta*.

Come pure, in caso di mutamento non prevedibile di un indirizzo giurisprudenziale consolidato da parte delle Sezioni unite, si pretende, in ossequio alla teoria del *prospective overruling*²¹, la puntuale perimetrazione dell'ambito spazio-

²⁰ In tal senso, v. Corte cost., n. 13 del 2022 e n. 33 del 2021, con riferimento all'art. 374, terzo comma c.p.c., e n. 111 del 2022, con riferimento all'art. 618, comma 1-bis, c.p.p.

²¹ La teoria del *prospective overruling* è stata ripetutamente investigata dalla Cassazione civile. Cass. civ., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, Rv. 617905 (conf. Sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675, Rv. 632844), ha affermato che per il *prospective overruling* devono ricorrere i seguenti presupposti: a) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; b) che tale mutamento sia imprevedibile in ragione del carattere consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale cioè da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; c) che l'*overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte. Cass. civ., Sez. un., n. 4135 del 12/02/2019, Rv. 652852-01/02, ha precisato a sua volta: – che l'affidamento qualificato in un consolidato indirizzo interpretativo di norme processuali, come tale meritevole di tutela con il *prospective overruling*, è riconoscibile solo in presenza di stabili approdi interpretativi della S.C., eventualmente a Sezioni unite, i quali soltanto assumono il valore di *communis opinio* tra gli operatori del diritto, se connotati dai caratteri di costanza e ripetizione, mentre la giurisprudenza di merito non può valere a giustificare il detto affidamento qualificato, atteso che alcune pronunce adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un "diritto vivente"; – che il *prospective overruling* è finalizzato a porre la parte al riparo dagli effetti processuali pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) di mutamenti imprevedibili della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del

temporale di efficacia della soluzione quanto alla tenuta dei provvedimenti precedentemente adottati sulla base di opposti indirizzi giurisprudenziali, onde evitare ogni ipotesi di retroattività sfavorevole, cioè di ampliamento occulto dell'area di rilevanza penale del fatto come effetto diretto del mutamento di giurisprudenza²².

La Corte costituzionale, con le citate sentenze n. 230 del 2012 e n. 25 del 2019, ha rimarcato, in proposito, l'irrilevanza del mutamento giurisprudenziale (ancorché favorevole e conseguente a decisioni delle Sezioni unite), ai fini del superamento del principio di intangibilità della *res iudicata*, così valorizzando l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti. Nelle stesse sentenze si rinviene altresì un chiaro messaggio nel senso della irretroattività del *revirement* giurisprudenziale sfavorevole. Sicché, al fine di evitare condanne retroattive di soggetti che, quanto alla liceità penale della loro condotta, hanno fatto affidamento su un consolidato assetto applicativo del diritto vivente, due sono le soluzioni alternative finora avanzate in dottrina: – la previsione che la sentenza con cui le Sezioni unite mutano la precedente giurisprudenza debba contenere una clausola che limiti solo per il futuro gli effetti del mutamento *in malam partem*, estendendo di fatto l'operatività dell'art. 2 cod. pen.; – il ricorso sussidiario alla formula di proscioglimento dettata dall'art. 5 c.p., come interpretato dalla sentenza costituzionale n. 364 del 1988, con riferimento non alla consistenza del fatto tipico bensì alla scusante della *ignorantia legis* inevitabile.

La stessa Corte costituzionale, sempre nell'intento di offrire preziose indicazioni di tecnica interpretativa nel perimetro della legalità penale, con sentenza n. 98 del 2021 ha ribadito 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*)". 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

processo sterilizzandoli, così consentendosi all'atto compiuto con modalità ed in forme ossequiose dell'orientamento giurisprudenziale successivamente ripudiato, ma dominante al momento del compimento dell'atto, di produrre ugualmente i suoi effetti, mentre non è invocabile nell'ipotesi in cui il nuovo indirizzo giurisprudenziale di legittimità sia ampliativo di facoltà e poteri processuali che la parte non abbia esercitato per un'erronea interpretazione delle norme processuali in senso autolimitativo, non indotta dalla giurisprudenza di legittimità, derivando l'effetto pregiudizievole direttamente ed esclusivamente dall'errore interpretativo della parte.

²² Per alcuni cenni di rilievo al fenomeno, v. Cass. pen., Sez. un., 31 maggio 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 (Corte EDU, Sez. 3, 17 ottobre 2017, Navalnyye c. Russia, e Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna).

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”.

D’altra parte, ferma la proibizione dell’analogia *in malam partem*, non sembrano, viceversa, porsi seri ostacoli alla possibilità di applicazione analogica *in bonam partem* delle norme penali di favore, laddove si restringono i confini di ciò che è penalmente rilevante, atteso che il divieto di analogia in materia penale, ricondotto nella sua dimensione garantistica all’art. 25 Cost., non si riferisce all’intera materia, ma – come ancora di recente ha sostenuto la Cassazione²³ – alle sole disposizioni sfavorevoli di natura incriminatrice.

A proposito dei meccanismi diretti di virtuosa cooperazione fra le giurisdizioni interne e quelle sovranazionali, esemplare è stata l’attivazione da parte della Corte costituzionale, in luogo della opposizione dei “controlimiti”, dello schema del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’UE nel noto caso “*Taricco*”, riguardante la pretesa disapplicazione delle norme penali sulla proroga della prescrizione “*in malam partem*”²⁴. Come pure un’ipotesi di rinvio pregiudiziale, facoltativo, alla Corte Edu è prevista, conformemente al principio di sussidiarietà, per le alte giurisdizioni nazionali – Corte di cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei conti – dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (già operante, a partire dal 1° agosto 2018, nei numerosi Stati che lo hanno ratificato, ma ancora in attesa di recepimento da parte dell’Italia). Nell’ambito di una causa pendente presso di essi, gli alti plessi giurisdizionali possono, nella loro autonomia decisionale e in chiave non conflittuale, chiedere alla Grande Camera un parere, non vincolante, su «questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli» (art. 1). La Corte europea viene così chiamata a confrontarsi col giudice nazionale, in via diretta e preventiva – *ex ante*, nella fase ascendente prima del giudicato, non *ex post* nella fase discendente dopo il giudicato –, nell’esercizio di una funzione consultiva mirata alla costruzione di una più avanzata nomofilachia in dimensione europea.

Si va allargando, all’evidenza, la gamma degli strumenti procedurali che, creati per mettere in collegamento orizzontale i giudici nazionali e le Corti sovranazionali, s’iscrivono tutti nella cornice di un più generale *principium cooperationis* mirato

²³ Da ultimo, facendo applicazione di tale principio, Cass. pen., Sez. un., n. 10381 del 26/11/2020 (dep. 17/03/2021), Fialova, Rv. 280574, ha affermato che l’art. 384, comma primo, c.p., qualificato come causa di esclusione della colpevolezza o scusante soggettiva e non come causa di non punibilità in senso stretto, è applicabile analogicamente anche a chi abbia commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio* da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell’onore.

²⁴ La vicenda “*Taricco*”, sulla doppia natura del regime di prescrizione del reato nel sistema italiano, prende nome dalla sentenza della Corte di giustizia 8 settembre 2015, nella causa C-105/14, e dal rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale cui la Corte europea ha risposto con la sentenza 5 dicembre 2017, in causa M.A.S. e M.B. (“*Taricco 2*” o “*Taricco-bis*”), cui ha fatto infine seguito la sentenza della Corte cost., n. 115 del 2018.

all'armonica formazione di un comune formante giurisprudenziale, di matrice europea, sul terreno delle effettive garanzie per i diritti e le libertà della persona.

6. Dalla «legalità penale» alla «legalità dell'interpretazione».

Il modulo procedurale del precedente sicuramente incide sul rafforzamento della prevedibilità della base legale del sistema giuridico, valorizzando quegli aspetti – connaturali ai canoni del *fair trial* e della legalità convenzionale ex art. 7 CEDU – di certezza del diritto e di stabilità del quadro giurisprudenziale, che la Corte Edu considera centrali nel ruolo che le Corti supreme nazionali sono oggettivamente chiamate a svolgere, al fine di garantire e accrescere la fiducia dei consociati nel funzionamento del sistema giudiziario quale componente ineliminabile di una società democratica. Come si è detto, per un verso si riconosce la fluidità e la fallibilità del precedente, seppure formatosi al massimo livello dell'organo collegiale di vertice della giurisdizione ordinaria, ma per altro verso si sottolinea l'esigenza di costruire una regola di metodo che conferisca ordine discorsivo al dinamismo interpretativo.

D'altra parte, va rimarcato che, mediante l'ordinato dialogo nella formazione di precedenti autorevoli, il recupero e il rafforzamento della funzione nomofilattica della Cassazione penale è destinato a riflettersi sia sul linguaggio e sul tessuto argomentativo della motivazione dei provvedimenti di merito (autorizzandone, ove opportuna, la forma semplificata o quella implicita e *per relationem*), sia sull'area dei filtri di accesso al giudizio di impugnazione, per i profili di manifesta infondatezza, aspecificità e inammissibilità dei motivi di ricorso, di cui si predica una più sicura e obiettiva praticabilità.

A ben vedere, lo scenario che viene emergendo dal moto circolare dei “nuovi” approdi, normativi e giurisprudenziali, che, a partire dalla fine del primo decennio di questo secolo, hanno investito contemporaneamente sia il legislatore, sia i giudici di Strasburgo e di Lussemburgo, che i Giudici nazionali – delle leggi e di legittimità –, può autorizzare una qualche conclusione provvisoria.

Particolarmente eloquente appare, innanzitutto, il fondamento etico e culturale del protocollo procedurale sui rapporti discorsivi fra Corti e giudici, nel delicato compito di bilanciamento fra l'interesse all'affidamento dei cittadini nella prevedibilità del diritto applicato e all'uguaglianza di trattamento, da un lato, e il contrapposto interesse alla dinamica evoluzione dell'interpretazione, dall'altro. Lungi dal postulare una sorta di immobilismo giuridico gerarchicamente e inammissibilmente dettato da un'istanza superiore, esso – com'è reso palese dalla mancata previsione di sanzioni di qualsiasi natura, processuale o disciplinare, in caso d'inosservanza – si limita a vincolare l'istanza inferiore a conformarsi all'autorevole precedente (che non ha dunque la veste di «*binding precedent*») laddove difettino valide argomentazioni a sostegno del dissenso, oppure a riaprire il discorso intorno ad esso con migliori e nuovi argomenti, nell'ottica della costruzione condivisa di un opposto e più autorevole precedente.

Questa concezione procedurale s'ispira alla teoria discorsiva elaborata da J. Habermas²⁵, per cui, come ogni attore pubblico, anche il giudice esercita con la decisione un «agire comunicativo orientato all'intesa»: la sentenza non parla soltanto alle parti, ma anche agli altri giudici, alla dottrina e alla pubblica opinione. Per il filosofo tedesco, il definitivo tramonto della certezza giuridica in senso materiale suggerisce di ridefinirla in senso procedurale, nell'orizzonte della *Diskursethik*, basata sulla forza degli argomenti e non sugli argomenti della forza.

S'intravede con chiarezza, nella dinamica delle relazioni fra le Corti e del dialogo fra queste e con la comunità dei giuristi, che l'asse dell'indagine relativa al controllo di razionalità dei processi decisionali si stia significativamente spostando dall'area tradizionale della «legalità penale» a quella – tuttora non adeguatamente esplorata – della «legalità dell'interpretazione», in termini condivisi e flessibili di disciplinamento e applicazione di regole metodologiche, deontologiche e procedurali cui la tecnica dell'ermeneutica giudiziale dovrebbe ispirarsi.

In qualche misura sembra riecheggiare, all'incirca dopo un ventennio, l'appello di F. Galgano a «codificare la nomofilachia»²⁶, nella prospettiva di un progressivo avvicinamento allo *stare decisis* anglosassone e alla *doctrina legal* spagnola e con l'obiettivo, in generale, di restituire al funzionamento della giustizia penale una più adeguata immagine di efficacia, qualità e autorevolezza.

²⁵ J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996. Meriterebbe pure di essere esplorata, al fine di escludere che la nomofilachia possa essere considerata una sorta di statica, verticale e immutabile «gabbia della ragione», la prospettiva di aprire gli spazi dell'ermeneutica esercitata dal supremo Collegio della giurisdizione ordinaria all'eventuale *dissenting opinion* di taluno dei componenti. Pur dandosi atto delle perplessità manifestate in dottrina (per una serie di argomenti a favore e contro l'introduzione dell'istituto, cons. S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quad. dir. cost.*, n. 4/2009), risulterebbero esplicitate le ragioni contrarie alla deliberazione adottata ed esterne – non nel segreto della camera di consiglio ma nel dialogo diretto con gli altri giudici e con la comunità dei giuristi – le soluzioni alternative della *quaestio iuris*, offrendosi in tal modo un più compiuto contributo alla democratica competizione delle idee, in vista di un futuro e auspicato ripensamento dell'orientamento giurisprudenziale fino ad allora dominante, senza che ne resti vulnerato il valore della certezza del diritto.

²⁶ F. GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contr. e impr.*, 2004, 1. V. anche F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1249; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, cit.

LEGALITÀ PENALE E NOMOFILACHIA

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Legalità, osservanza, ermeneutiche del diritto e del fatto. – 2. Problemi del rapporto giudice-legge. – 3. La custodia della razionalità del giudizio. – 4. Legalità e discrezionalità nelle risposte al reato. – 5. La nomofilachia, ultima spiaggia.

1. Legalità, osservanza, ermeneutiche del diritto e del fatto.

1.1. Problemi ‘normativi’, concernenti la legalità (senza aggettivi), si pongono a tutti nella vita quotidiana; non solo ad interpreti professionali (giuristi e giudici). Per una riflessione sui problemi della legalità penalistica, l’usuale impostazione centrata sul rapporto fra legge e giudice coglie un aspetto importante, ma non la radice di problemi che riguardano innanzi tutto i destinatari dei precetti legali, tenuti all’osservanza e interessati alla protezione legale¹.

La formulazione di norme penali deve rendere possibile, per i destinatari dei precetti, la conoscenza dei precetti, strumentale al dovere d’osservanza. *“Lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato”*: così Corte Cost. n. 364/1988, la storica sentenza che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale parziale dell’art. 5 cod. pen., nella parte in cui escludeva la possibilità di invocare a scusa l’errore *inevitabile* sulla legge penale. La riconoscibilità dell’illecito è condizione della soggettiva colpevolezza, *“secondo aspetto del principio di legalità”*. A questa esigenza risponde il *topos* della *prevedibilità*, contrassegno della legalità penalistica nella giurisprudenza della Corte EDU.

La custodia del *nomos* – compito di tutti i giudici nelle aule di giustizia – si lega al giudizio su fatti concreti. La funzione del giudice, ha scritto Hannah Arendt², è uno fra gli *“importanti modi esistenziali di dire la verità”*, accanto all’attività del filosofo, dello scienziato, dell’artista, si lega dello storico, di chi indaga sui fatti, del testimone e del cronista. Queste attività hanno a che fare con il dispotismo e la *fastidiosa contingenza* di verità fattuali che per la politica rappresentano un limite indisponibile, *“al di là dell’accordo e del consenso”*.

¹ *“Forse è giunto il tempo di cominciare a costruire il diritto anche dalla parte di quelli che la tradizione ha chiamato, con implicito dispregio, i destinatari del comando”*: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 74.

² H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino, 2004. Citazioni da pp. 72, 47, 50.

La giurisdizione è esercizio di potere. Il giudice pronuncia decisioni la cui efficacia è indipendente dalla correttezza contenutistica. Anche l'astratta interpretazione di legge, quando è operata da un giudice nel processo, è esercizio di potere.

Come ha osservato Gadamer nel testo classico dell'ermeneutica filosofica, il giudice è sottoposto alla legge come ogni altro membro della comunità. Il giudizio del giudice nasce da una giusta valutazione dell'insieme, che è (dovrebbe essere) possibile per chiunque disponga della conoscenza degli elementi rilevanti³.

Con riguardo all'interpretazione di testi in genere, Umberto Eco ha scritto che *"bisogna iniziare ogni discorso sulla libertà di interpretazione da una difesa del senso letterale.... Spesso i testi dicono più di quello che il loro autore intendeva dire, ma meno di quello che molti lettori incontinenti vorrebbero che dicessero"*⁴. Anche per l'approccio ermeneutico è *"fuori discussione che esistono fatti indipendentemente dall'interpretazione"*, e che *"c'è una verità e un'erroneità dell'interpretazione e nell'interpretazione"*⁵. L'interpretazione è un'impresa conoscitiva (di *comprensione*⁶) che (anche per l'approccio ermeneutico) ha a che fare con questioni di *verità*.

La ricostruzione dei fatti pone problemi che non si esauriscono nell'accertamento di dati materiali, *'fatti bruti'* (per es.: quali parole l'imputato ha pronunciato?). *"Accade spesso che i fatti dell'esperienza quotidiana, ed in particolare i fatti di cui si tratta in un processo, siano istituzionali o socialmente costruiti, benché siano spesso fondati su accadimenti bruti che si collocano logicamente prima della loro collocazione istituzionale... La costruzione di una narrazione è in sé stessa culturale; categorie, linguaggio e costruzioni sociali sono parte della cultura di ogni narratore"*⁷.

La riflessione dei giuristi si è appuntata sulle narrazioni processuali, raccontate da diversi soggetti, in modi diversi e con scopi diversi. Ha messo in rilievo la rilevanza dello *stock of knowledge* che rappresenta il sottofondo culturale di ogni narratore; l'incidenza di schemi narrativi egemoni, che possono tradursi in distorsioni anche rilevanti; la tensione tra verità oggettiva e certezza soggettiva⁸. La dottrina penalistica ha analizzato le *tecniche di tipizzazione delle fattispecie*: l'uso di concetti *descrittivi* (riferiti a dati di puro fatto) e di concetti *normativi*, che fanno riferimento a valutazioni culturali o sociali⁹.

Tutto questo riguarda innanzi tutto il mondo della vita, in cui fatti bruti acquistano dimensioni istituzionali o socialmente costruite. Riguarda valutazioni e comportamenti di persone che agiscono, fatti che potrebbero successivamente divenire oggetto di narrazione e prova nel processo.

³ H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2000, p. 680.

⁴ U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990, p. 26, p. 107.

⁵ G. ZACCARIA, *Tre osservazioni su new realism ed ermeneutica*, in *Ragion pratica*, 2014, 341 ss.

⁶ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012.

⁷ M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009, p. 57.

⁸ M. TARUFFO, *op. cit.*; p. 43, 58, 64, 85.

⁹ Nella letteratura penalistica, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004.

Un'analisi della giurisprudenza, in alcuni campi non solo penali, in AA.VV., *Valori socioculturali nella giurisprudenza*, Bari, 1970.

1.2. Per l'applicazione del diritto, problemi di interpretazione del fatto sono meritevoli "almeno della stessa attenzione che viene dedicata all'interpretazione dell'enunciato normativo"¹⁰. Come ha osservato un autorevole studioso americano, "risolvere questioni di fatto costituisce una parte cruciale del ragionamento e dell'argomentazione degli operatori del diritto, a tutti i livelli del sistema giuridico". Da ciò il problema, come le proposizioni empiriche che necessariamente fanno parte della creazione giudiziale di diritto, e molte volte della sua applicazione, possano essere messe in dubbio, controllate e confutate, "piuttosto che essere semplicemente fatte passare per conoscenza generale o per ciò che i giudici ritengono essere, non sempre correttamente, e non sempre indipendentemente dal loro retroterra culturale, la saggezza comune dell'umanità"¹¹.

Il sapere necessario per il giudizio (nella vita quotidiana, non solo nei processi) non si identifica con la scienza del diritto vigente *hic et nunc*. Un sapere sul mondo (non solo *humanarum rerum notitia*) è necessario per l'accertamento e per l'ermeneutica del fatto, e anche per la comprensione del diritto, del senso (*Sinn*) delle norme della cui applicazione si discute¹². Al livello minimo sono in gioco la competenza linguistica e il sapere di base in essa incorporato. Per l'accertamento di fatti materiali serve talora un sapere scientifico, anche molto sofisticato, talora basta l'esperienza comune. Per le ermeneutiche del fatto e del diritto, serve non solo conoscenza ma anche saggezza, *fronesis, prudentia*.

Nelle usuali fotografie del diritto giurisprudenziale, la dimensione socioculturale appare assorbita nella qualificazione giuridica, vista come risultato di un'ermeneutica giuridica che però presuppone un'ermeneutica del fatto, non dipendente dalla valutazione penalistica.

Il giurista, ha scritto Engisch negli anni '60, dovrebbe prestare ascolto alla voce dello spirito oggettivo, sentirsi servitore delle concezioni sociali, etiche e culturali dominanti, non può voler essere né reazionario né rivoluzionario. È il modo tradizionale di difendere la giurisprudenza dal rischio di indebita politicizzazione. Consapevole di questo rischio, nella presentazione del libro di Engisch Sandro Baratta ha additato "l'esigenza, non di rendere politica o più politica la giurisprudenza, bensì quella di rendere i giuristi e i non giuristi più consapevoli del momento politico non dissociabile dalla giurisprudenza".

Un modello critico, consapevole dei limiti di concezioni astratte o ideologiche¹³, propone un "pluralismo comprensivo: i conflitti che hanno luogo all'interno di una società pluralista devono essere affrontati in modo da mantenere e favorire il pluralismo". "L'unica politica che al giurista è consentito di seguire è quella della legalità ... il lavoro del giurista dovrebbe essere "funzionale a una cecità istituzionale che consenta il dialogo fra le diverse identità culturali di gruppo e incoraggi la composizione pacifica fra i contrastanti interessi".

¹⁰ A. BARATTA, nella Presentazione di K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. XXIII.

¹¹ F. SCHAUER, *Thinking like a lawyer. A new Introduction to Legal reasoning*, 2009. In traduzione italiana: *Il ragionamento giuridico*, Roma, 2016. Citazioni da p. 263 ss.

¹² Alla distinzione fra *Sinn* e *Bedeutung*, o fra analoghe coppie concettuali, nella dottrina penalistica fa riferimento O. DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 113.

¹³ C. LUZZATI, *La politica della legalità*, Bologna, 2005. Citazioni da p. 15 e 16.

Sono problemi irriducibilmente aperti. *“Nella misura in cui argomenti etici, politici e filosofici hanno un proprio ruolo all’interno della pratica giuridica, questa pratica non può essere considerata autosufficiente”*¹⁴. Le *precomprensioni* leggibili nelle teorie e nelle prassi penalistiche poggiano su culture che mutano nel tempo, e su precomprensioni degli stessi principi costituzionali, relativamente a funzioni e limiti del penale, fra i poli del garantismo liberale e di finalità di tutela ‘autoritaria’.

2. Problemi del rapporto giudice-legge.

2.1. Sui temi e problemi del rapporto giudice-legge, nei decenni della Repubblica si sono confrontate sensibilità diverse. La nuova legalità costituzionale è entrata nel circuito giurisdizionale passando per contrasti interni alla magistratura sulla stessa valenza delle norme costituzionali. La prima (in assoluto) sentenza della Corte costituzionale (n. 1 del 1956) dichiarò l’illegittimità costituzionale, per contrasto con l’art. 21 Cost., di una norma (art. 113 del Testo unico delle leggi di PS: affissione o distribuzione di stampati senza l’autorizzazione dell’autorità di polizia, sanzionata come contravvenzione) che, disapplicata come illegittima da un consistente filone di giudici di merito, era stata salvata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, sulla premessa che l’art. 21 Cost. avesse natura meramente programmatica, non precettiva. Le 30 ordinanze di rimessione sono tutte di giudici di merito.

Punto di riferimento (o mito fondativo) di nuovi orientamenti nella magistratura fu il Congresso di Gardone (settembre 1965) della Associazione Nazionale Magistrati. La mozione finale, concordata dalle tre correnti Magistratura Democratica, Magistratura Indipendente e Terzo Potere, venne approvata all’unanimità: *“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”*.

La magistratura meno giovane era arroccata su versioni ingenuie o maliziose dell’interpretazione letterale¹⁵, gestite da una struttura gerarchica la cui autorevolezza era messa in discussione. L’emancipazione da conformismi burocratici, e da indirizzi ancora chiusi al *novum* costituzionale, è stata segnata anche da un’idea di giurisdizione che (con variazioni d’accento e di presentazione teorica) assunse la forma di

¹⁴ M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, 2000, p. 85.

¹⁵ Un esempio: IANNUZZI, *Relazione al II congresso nazionale dell’Unione magistrati italiani*, Ravenna, settembre 1968 (l’UMI era l’associazione cui aderivano i magistrati usciti dalla ANM, fra cui la maggior parte dei magistrati di grado più elevato). La difesa dell’interpretazione letterale è affidata *“all’intuito giuridico del magistrato, al suo equilibrio, al suo senso di responsabilità, alla sua capacità di resistere alla tentazione di ricercare la giustizia fuori della legge”*.

rivendicazione di maggiori spazi in sede ermeneutica: un intreccio di problemi di metodo e problemi di merito, non privo di ambiguità¹⁶. Indirizzi innovatori erano esposti al rischio di capovolgere l'idea (o mito?) del giudice bocca della legge in un modello ingenuamente o ideologicamente soggettivistico, o di usare un linguaggio suscettibile di essere frainteso in tal senso¹⁷.

Si avviò la ricerca, già all'interno della legislazione vigente, di strumenti (norme penali sostanziali e istituti processuali) che potessero essere utilizzati in direzioni non considerate da interpretazioni e prassi precedenti. È il capitolo della c.d. *supplenza giudiziaria*. Risalgono alla fine anni '70 le prime questioni di legittimità costituzionale *in malam partem*, contro il ritirarsi del penale in certe materie (interruzione di gravidanza, inquinamento idrico). Il riferimento al bene giuridico, che nella dottrina era visto come criterio liberale di delimitazione del penale, veniva capovolto a pretesa di tutela penale obbligatoria. La Corte costituzionale ha saggiamente risposto con sentenze di inammissibilità¹⁸.

Negli anni '80 le ultime riflessioni di un razionale sostenitore del positivismo giuridico, Uberto Scarpelli¹⁹, hanno evidenziato *"interconnessioni fra la crisi della forma di legge ed altre vicende e crisi culturali"*, e ravvisato uno slittamento della legislazione verso un sistema di principi aperti, una *"razionalità che non è quella della 'ragione artificiale' di un legislatore democratico, bensì quella di una ragione storica cui concorrono (secondo le parole di Coke) 'molti uomini dotti e gravi', appunto i giudici"*. Da ciò l'apertura, come alternativa alla frammentazione delle leggi e dell'esegesi, ad un diritto dei giudici, innanzi tutto dei giudici costituzionali, ai quali spetterebbe il compito di farsi *"matrice razionalizzante dell'intero sistema"*²⁰.

Negli anni '60 Scarpelli aveva fondato l'approccio giuspositivista su una scelta di valore: accettazione del primato del diritto positivo, condizionata a un contesto di *"democrazia liberale, in cui la legge possa essere considerata espressione razionale della sovranità popolare"*²¹. Una visione ingenua, ha scritto Scarpelli negli anni del disincanto, aggiungendo che *"ingenuità è la nobiltà dell'ingenuus, dell'uomo libero"*, e che *"una fede ingenua nella democrazia e nelle sue forme liberali, una fiducia illuministica nella legge"* hanno accompagnato una generazione, la sua, *"sollecitata dal bisogno interiore di contrapporre al fascismo vinto, ma ancora incombente sui nostri spiriti, speranze e valori alti"*²². Di fronte alla percezione di una crisi della legge, la fiducia nella democrazia liberale appare trasformata in un ritrovarsi *"un po' meno radicalmente democratico, un poco più incline ad*

¹⁶ D'interesse storico, per il confronto fra posizioni anche molto diverse, AA. VV., *Uso alternativo del diritto*, a cura di P. BARCELLONA, Bari, 1973.

¹⁷ Riprendo considerazioni già svolte all'epoca. D. PULITANÒ, *Giudice negli anni '70*, Bari, 1977, p. 31 ss.

¹⁸ Corte cost. n. 108 del 198; n. 226 e 313/1983. Cfr. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.

¹⁹ Cfr. U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Riv. filosofia*, 1987, p. 3 ss.; ID., *Il positivismo giuridico rivisitato*, ivi, 1989, p. 461 ss.

²⁰ Citazioni da U. SCARPELLI, *Dalla legge*, cit., p. 8, 11, 13.

²¹ Così U. SCARPELLI, *Il positivismo*, cit., p. 472, riassume la posizione sviluppata in maniera sistematica in U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965.

²² U. SCARPELLI, *Il positivismo*, cit., p. 473.

uno stato misto con una integrazione aristocratica della democrazia ... ad un governo del parlamento e dei giudici"²³.

Nell'evocare la strada – *irta di pericoli*²⁴ – del diritto dei giudici, Scarpelli sottolineava l'esigenza che questo, *"se non dev'essere a sua volta un contributo alla frammentazione del mondo, suppone un apparato giudiziario guidato dalla ferma autorità di una corte suprema e poggiato su fattori fortemente unificanti"*²⁵.

L'esigenza di ricomposizione degli indirizzi interpretativi è sempre stata ben presente anche entro settori di cultura giuridica che si sono fortemente impegnati per il passaggio da situazioni istituzionali di *"unità imposta"* a situazioni che rendano possibile una *"unità conquistata"*: per la costruzione di una nuova nomofilachia sulla base della libertà interpretativa di ogni giudice, nell'ottica dell'art. 101 Cost. L'assenza di una *"tendenziale stabilità ed affidabilità della giurisprudenza"* si risolverebbe in *"attentato alla eguaglianza stessa dei cittadini, cioè al valore fondamentale della democrazia"*²⁶.

2.2. L'approccio ermeneutico parla di crisi del modello illuministico: *"messi alla prova dei fatti ... i principi di origine illuministico-liberale ... esigono di essere profondamente e non occasionalmente ripensati"*²⁷. Che cosa significa ripensare i principi? Riformularli, o modificare interpretazioni e applicazioni? Si intrecciano questioni relative al funzionamento del diritto vigente *hic et nunc*, e questioni di politica del diritto.

I sistemi formali delle fonti possono essere diversamente costruiti. La *teoria formale* del diritto può dire che *la giurisprudenza è fonte nel senso astratto della teoria pura kelseniana*. I principi del nostro ordinamento dicono che *il c.d. formante giurisprudenziale non ha valore formale di legge*: la soggezione dei giudici alla legge (*soltanto alla legge*) è espressamente affermata nella Costituzione italiana (art. 101).

Il disincanto rispetto a ideologie o mitologie giuridiche non tocca il *dover essere* incorporato (nella Costituzione italiana) nel principio di legalità. La legalità penalistica è riserva di legge, determinatezza delle fattispecie, soggezione del giudice alla legge. La presa di posizione di Luigi Ferrajoli *contro la giurisprudenza creativa*²⁸ significa difesa di un sistema di fonti del diritto che si fonda sul principio di legalità, sia come riserva di legge, *espressione di un potere democratico*, sia come forma di legge generale e astratta: il

²³ U. SCARPELLI, *Il positivismo*, cit., p. 475.

²⁴ A. PINTORE, *Scarpelli e l'aristocrazia giuridica*, in *Notizie di Politeia*, 2004, n. 73, p. 134.

²⁵ U. SCARPELLI, *Dalla legge*, cit., p. 13.

²⁶ Le citazioni sono tratte da scritti di G. BORRÈ, già pubblicati o inediti, raccolti in *L'eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, a cura di L. PEPINO, Milano, 2001. Citazioni da p. 59, 270.

²⁷ M. VOGLIOTTI, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Riv. di filosofia del diritto*, 2015, 90. Nel mondo penalistico, cfr. O. DI GIOVINE, [Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo. Spunti di riflessione in materia penale](#), in *Criminalia*, 2012, p. 267 ss.: concezioni ermeneutiche *"rivendicano di voler non già orientare la pratica dell'interpretazione, ma semplicemente descriverne, nella misura più oggettiva possibile, il funzionamento"*; ponendo l'accento sul ruolo della *precomprensione*, si interessano della *dimensione tipicamente soggettiva dall'interpretazione*, ma non riducono l'interpretazione a impresa soggettiva.

²⁸ L. FERRAJOLI, [Contro la giurisprudenza creativa](#), in *Questione giustiziana*, n. 4/2016, p. 23.

principio di legalità come “*principio costitutivo della sintassi giuridica dello stato di diritto, indipendentemente dal livello e dal contenuto delle norme nelle quali essa si articola*”.

La struttura del sistema – *la sintassi giuridica dello stato di diritto* – è una premessa, non la soluzione, dei problemi di semantica, cioè di interpretazione. Prima di essere eventualmente ripensati, i modelli illuministico-liberali della legalità vanno visti alla prova.

2.3. Di fatto, anche la legalità penalistica può presentare e presenta punti critici, innanzi tutto per i soggetti agenti, e in seconda battuta per eventuali agenti pubblici, compresi i giudici. È un campo di problemi tutt’altro che marginale. Comprende fattispecie che possono essere definite di *tipicità debole*, rispetto a un rigoroso standard di determinatezza; istituti a rischio di applicazioni estensive, in esito a difficili ermeneutiche di fatti concreti e di principi giuridici costruiti mediante clausole generali.

Rientrano in questo campo fattispecie costruite con elementi normativi di valutazione culturale, o con elementi normativi giuridici di incerta concretizzazione. Vi rientrano le fattispecie di *pericolo concreto*. Emblematica la discussione sulla fattispecie di disastro innominato, pure salvata da Corte cost. n. 327/2008, anche questa una sentenza che non ha chiuso la discussione. I problemi di ricognizione e valutazione del pericolo restano aperti per i soggetti agenti, e poi nell’eventuale processo. Sono problemi a cavallo fra il fatto e il diritto, relativi a giudizi prognostici (pericolo, idoneità e simili).

Pongono problemi di tipicità anche discipline di parte generale, come le clausole generali che estendono l’ambito della responsabilità per concorso ‘atipico’ o per tentativo, e l’istituto della colpa, matrice di regole di comportamento (cautelari) anche non codificate (regole di diligenza, prudenza, perizia), la cui inosservanza può fondare responsabilità penali anche assai gravi. Rispetto al principio di legalità, la disciplina della colpa pone seri problemi, evidenziati ma non risolti da una non recente sentenza della Corte costituzionale, n. 312/1996.

3. La custodia della razionalità del giudizio.

La nomofilachia del giudice di legittimità *non* comprende il giudizio di fatto. Vi è però un aggancio, il *controllo sulla motivazione*. Nella giurisprudenza della Cassazione penale, la (forse) più famosa sentenza delle Sezioni Unite all’inizio di questo secolo²⁹ riguarda problemi di *razionalità del giudizio di fatto*, in materia di nesso di causalità. Partendo dall’idea di causa come condizione necessaria, ne ha tratto le conseguenze per l’impostazione del problema probatorio della causalità (attiva e omissiva). Per la custodia del *nomos* il *controllo sulla correttezza epistemologica della motivazione sul fatto* è un completamento necessario.

Il modello di razionalità probatoria delineato dalla sentenza Franzese con riguardo al problema causale ha una valenza generale, non limitata al problema della

²⁹ Cass. S.U. 10 luglio 2002, Franzese.

prova scientifica. Vale anche con riguardo all'uso (e rischio di abuso) di supposte massime d'esperienza, generalizzazioni fondate su esperienze passate, usate come 'ponti inferenziali'³⁰, premesse non implausibili (se correttamente individuate) di *ipotesi d'indagine, di accuse da verificare*³¹.

I criteri di controllo della razionalità del giudizio hanno uno statuto che non è normativo, ma logico o epistemologico. *"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 dunque rimessa al giudice di merito"*³².

Sul crinale fra principi di diritto (*nomos*) e ragionamento probatorio (*logos*) si collocano sentenze della Corte di cassazione di particolare importanza. Basti pensare alle importanti sentenze che hanno cercato di precisare i confini del dolo eventuale e i criteri di prova del dolo: quella che ha introdotto la formula *'segnali perspicui e peculiari'*³³, distinguendo fra *segnali di diversa pregnanza*, e la sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssen³⁴, nella quale l'enunciazione di indicatori di dolo è tutta calata su questioni di accertamento, al confine fra dimensione sostanziale e dimensione processuale.

4. Legalità e discrezionalità nelle riposte al reato.

4.1. Sono problemi specifici della funzione giurisdizionale le *risposte ai reati*, in esito al giudizio. La pluralità di fini o funzioni della pena comporta l'esigenza di una legalità non coincidente con la determinatezza: *"è nel carattere della sanzione penale che essa sia prefissata dal legislatore in maniera da consentirne l'adeguazione alle circostanze concrete"* (Corte Cost. n. 15/1962). Prendere sul serio il principio di legalità della pena significa farsi carico di problemi che non si esauriscono nella *fissazione* di cornici. *Fanno problema* sia l'*ampiezza* delle cornici, sia la *precisione* dei criteri legali d'esercizio di poteri discrezionali.

³⁰ G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino 2016, p. 181. ID., *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006.

³¹ La sentenza Franzese, in un passaggio in cui osserva che *la conoscenza giudiziale del fatto è sorretta da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo*, collega allo schema argomentativo dell'*abduzione* la formulazione di un'*ipotesi ricostruttiva probabile*, rispetto alla quale *"i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento deduttivo, da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse"*. L'*abduzione* non garantisce le conclusioni ipotizzate; consente la formulazione di ipotesi meritevoli di verifica, e così può portare a incrementi di conoscenza. Un buon *detective* formula ipotesi per via di *abduzione*, e le mette alla prova con rigorose verifiche, per le quali vale la *regola aurea* dell'esclusione di ipotesi esplicative alternative. Questo modello di razionalità probatoria fa parte del sapere esigibile dal giudice, e il suo rispetto deve ritenersi sottoposto al controllo della Corte suprema.

³² Cass. 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini.

³³ Cass. 4 maggio 2007, n. 23838.

³⁴ Cass. S.U. 24 aprile 2014 n. 38343.

Sullo sfondo dei problemi di commisurazione giudiziale stanno questioni di legittimità costituzionale del sistema sanzionatorio³⁵. Funzione propria della pena edittale è consentire una commisurazione della pena *ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato*" (Corte cost. n. 50/1980). L'ampiezza della cornice deve restare dentro il "*marginale di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena*" in correlazione con la *variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta*". (Corte cost. n. 299/1992). Da opposti angoli visuali, queste due antiche sentenze additano come centrale il medesimo problema: il principio di legalità pone *limiti* all'ampiezza della cornice, e pone *condizioni* rigorose all'azzeramento di spazi di discrezionalità. È ragionevole trarre un'indicazione di massima per cornici *non ampie*, comunque pensate per un *gamma di fatti* il cui disvalore non sia eccessivamente differenziato.

Per quanto concerne i criteri della discrezionalità giudiziale, sono ben noti i problemi posti dalla disciplina vigente: *l'enorme potere del giudice nella gestione degli istituti del sistema sanzionatorio*³⁶. La disciplina codicistica della commisurazione della pena³⁷ (art. 133 c.p.) non dà indicazioni esplicite di criteri finalistici. Indica elementi di fatto di cui tenere conto. Al giudice è attribuito un potere discrezionale sul quale il controllo di legalità è debole. Spazi di discrezionalità amplissimi sono aperti da forbici edittali, dalla disciplina delle circostanze, da istituti che modificano o escludono la punibilità.

La giurisprudenza di legittimità continua a salvare standard motivazionali molto generici, in particolare là dove la commisurazione sia prossima al minimo edittale; ma anche in altri casi delicati, come il bilanciamento di circostanze o gli aumenti di pena per la continuazione o per altre ipotesi di cumulo giuridico. La formula della pena equa, che spesso esaurisce le motivazioni, non è una vera motivazione.

La commisurazione della pena non può essere ridotta a questione di congruità di motivazione, cioè di affidamento puro e semplice alla saggezza del giudice. Non solo le cornici edittali, ma anche i criteri d'esercizio del potere del giudice sono pezzi della legalità penalistica. Tutte le scelte relative alla pena sono problemi di legalità; la motivazione serve a rendere controllabile *in diritto* la decisione del giudice³⁸.

In molti casi dipende dall'esercizio della discrezionalità giudiziale il finire o non finire in carcere. Molte comminatorie lasciano aperta l'alternativa fra pena detentiva e pecuniaria. Molte altre cornici edittali nella parte bassa aprono la porta a decisioni che evitano l'ingresso in carcere (sospensione condizionale della pena, o immediato affidamento in prova) e nella parte alta attingono livelli elevati, comportanti l'esecuzione in carcere.

Per le risposte giudiziarie al reato, i principi costituzionali di cui all'art. 27 Cost. hanno rilievo a tutto campo. È ragionevole trarre l'indicazione che il principio di

³⁵ Un quadro aggiornato in F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2020.

³⁶ Traggo questa formula (con modificazioni) da F. BASILE, [L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze](#), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1743 ss.

³⁷ Cfr. il pionieristico studio di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova 1979, p. 68 ss.; AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e traduzione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018.

³⁸ Sottolinea questa esigenza F. VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., p. 259.

soggettiva colpevolezza, limite invalicabile della responsabilità personale, deve essere considerato un limite di giustizia nella commisurazione della risposta giudiziaria. Ed è in gioco l'idea rieducativa, che la giurisprudenza costituzionale ha valorizzato su tanti aspetti del sistema sanzionatorio, a partire dalla sentenza n. 313/1990. La risposta al reato non può essere affidata a concezioni soggettive del giudice sul senso della pena, o a valutazioni soggettive sulla gravità del fatto accertato.

4.2. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 32/2020, ha posto l'accento (al di là del *dictum* sul problema specifico oggetto di quel giudizio) sull'importanza della effettiva *privazione di libertà* come problema cruciale anche sotto il profilo della pura e semplice legalità formale. L'*incidenza sulla libertà personale* riconduce sotto il dominio della legalità penalistica persino la norma processuale concernente la sospensione della messa in esecuzione della pena detentiva, là dove sia possibile accedere a una misura alternativa.

La tanto criticata giurisprudenza, che si accontenta di formule di stile quando la pena applicata sia il minimo edittale, sottende una possibile ragione giustificativa: il minimo edittale esprime una valutazione legislativa di gravità che ha senso assumere come pertinente, in assenza di ragioni giustificative di una maggiore severità. È il di più di severità che richiede una motivazione effettiva, e controllabile alla stregua di riconoscibili criteri legali.

Problemi di legalità, e conseguentemente di controllo di legittimità, vengono in rilievo per tutte le decisioni relative alla risposta al reato: sia le pene, sia eventuali alternative, fino alla non punibilità. Anche in questo campo, indicazioni importanti vengono dalla giurisprudenza costituzionale recente.

Un esempio: Corte cost. n. 156/2020, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-bis c.p., *nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva*. Questa sentenza ha messo a fuoco in modo nuovo il significato dei minimi e massimi edittali, e può essere un punto di riferimento significativo per una rinnovata riflessione sul senso e le funzioni delle cornici edittali, al di là del problema specifico all'art. 131-bis³⁹.

³⁹ I massimi edittali incorporano valutazioni del legislatore storico su gravità, meritevolezza di pena e bisogno di pena relativi a fatti collocabili nella fascia più alta di gravità d'un dato tipo di reato. Il limite del massimo edittale può avere senso, se e in quanto possa essere considerato significativo rispetto alla valutazione di gravità dell'insieme dei fatti rientranti nel tipo di reato. È il caso degli istituti della clemenza, che riguardano tipi di reato al di sotto di un certo livello di gravità. In relazione, invece, ad istituti che selezionano 'alla base' fatti di gravità minore, la valutazione dei fatti di gravità maggiore entro il tipo di reato non è decisiva. È questo il messaggio leggibile nella sentenza n. 156/2020: un minimo edittale corrispondente al minimo assoluto evoca fatti di gravità minima entro il tipo di reato, per i quali il problema della particolare tenuità non può non essere tenuto aperto. La determinazione legislativa dei minimi edittali ha dunque un grande significato 'di sistema'. Nell'ottica di Corte cost. 156/2020, dovrebbero essere pensati avendo riguardo anche (o soprattutto?) alla valenza di confine con una possibile 'minima entità' di fatti formalmente corrispondenti al tipo di reato.

5. La nomofilachia, ultima spiaggia.

5.1. Quando parliamo di *nomofilachia* pensiamo al piano più alto del sistema processuale. La riforma del 2017 (la modifica all'art. 618 c.p.p.) ha per obiettivo la stabilizzazione giurisprudenziale, sulla base di una nomofilachia accentrata: qualora una Sezione semplice della Corte di Cassazione non condivida un principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, pertinente al caso da decidere, ha l'obbligo di rimettere la questione alle Sezioni Unite (così il nuovo comma 1-bis inserito nell'art. 618 c.p.p.). Pur in assenza di rimedi contro inadempimenti dell'obbligo⁴⁰, ne risultano modificati gli equilibri interni alla Corte di Cassazione: rafforzata la posizione delle Sezioni Unite quale controllore della nomofilachia, reale *giudice supremo* anche in rapporto alle sezioni semplici.

La portata della riforma del 2017 dipende da come si intenda il presupposto dell'obbligo di rimessione alle Sezioni Unite, *eccentrico rispetto alle linee portanti del sistema*.

Rilevante, agli effetti dell'art. 618, comma 1-bis, c.p.p., è il principio di diritto formalmente enunciato. Non vincolante dovrebbe invece ritenersi un *obiter dictum*, estraneo all'individuazione dei principi giuridici che fondano la decisione nel caso di specie.

Il principio di diritto va inteso come *regola di giudizio in cui si condensa il criterio di decisione della fattispecie concreta*⁴¹. Una *regola* esprime una qualche generalizzazione, nella quale la fattispecie concreta sia compresa. Di fronte a un principio enunciato dalle Sezioni Unite a un livello di maggiore generalizzazione, può la Sezione semplice ritagliare uno spazio per un suo diverso criterio di giudizio nella situazione concreta, in ragione di caratteri specifici di questa? Se non è in contrasto con l'argomentazione sottesa al principio enunciato dalle Sezioni Unite, differenziare la valutazione giuridica di una fattispecie speciale deve ragionevolmente ritenersi non vietato alle Sezioni semplici. È questa l'indicazione desumibile dall'usuale approccio al problema del *distinguishing*, da una ragionevole *cultura del precedente* che può giustificare vincoli⁴², ma non trasformarsi in *burocrazia del precedente*⁴³.

Il rafforzato potere delle Sezioni Unite ha a che fare con il sistema della legalità formale, senza aggettivi. Per la *nuova* legalità, agganciata alla Costituzione e a norme sovranazionali, ci sono altri circuiti. Qualsiasi giudice può attivare il circuito della giustizia costituzionale, anche in difformità da eventuali indirizzi delle Sezioni Unite, anche nel giudizio di rinvio, anche in chiave critica verso il diritto vivente.

⁴⁰ In argomento, cfr. in questa *Rivista*, n. 3/2020, R. BARTOLI, [Le garanzie della nuova legalità](#), p. 18 ss.; A. CAPUTO e G. FIDELBO, [Appunti per una discussione sul ruolo della Cassazione e nuova legalità](#), p. 91 ss.; G. DE AMICIS, [La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite penali](#), in *Dir. pen. cont.* 4 febbraio 2019.

⁴¹ V. MAIELLO, [La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi](#), in questa *Rivista*, n. 3/2020, p. 140.

⁴² M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità*, cit., p. 65.

⁴³ F. PETRELLI, [L'interpretazione della legge è uguale per tutti?](#), in questa *Rivista*, n. 3/2020, p. 119.

5.2. Per le persone che si rivolgono al giudice, o che sono coinvolte in una vicenda giudiziaria, la nomofilachia è l'ultima spiaggia per la presentazione delle proprie ragioni.

Sul rapporto legge-giudice e sulla custodia della legalità, un riferimento fondamentale è la sentenza della Corte costituzionale n. 230/2012: una sentenza, sia pure del giudice supremo, non ha valenza di legge sopravvenuta, di mutamento legislativo⁴⁴. Respingendo la pretesa di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum* reso dalle Sezioni Unite in un altro processo, la Corte costituzionale ha riaffermato la *sintassi giuridica dello stato di diritto*, quella che, nella Costituzione italiana, si esprime nella soggezione del giudice *soltanto alla legge* (art. 101 Cost.). Anche l'orientamento delle Sezioni Unite ha valore *"essenzialmente persuasivo"*, 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"*; sono dentro, e non sopra, il dispiegarsi del confronto sulle interpretazioni della legge.

Nell'orizzonte del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge, la parte del processo che si difende davanti al suo giudice (o che sostiene un'accusa) ha una ragionevole aspettativa (ha *diritto*) a una risposta del *suo* giudice, su tutti i punti di fatto e di diritto in cui si articola l'accusa o la difesa; una risposta che, in diritto, tenga conto delle ragioni prospettate, in particolare di eventuali ragioni *nuove* nelle conclusioni o negli argomenti. Per l'argomentazione (anche *in diritto*) della parte, cioè del cittadino, la soggezione del giudice alla legge è un punto di forza: consente di argomentare *in diritto* anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma ragionevolmente *discutibili* o francamente sbagliati.

Non è solo questione di rispetto di una (forse fantomatica) volontà politica del legislatore storico; è questione di dignità e di libertà dei cittadini di uno Stato di diritto. Potremmo dire, è nella logica di un sistema che – pur fondato, anzi proprio perché fondato sul principio di legalità – è aperto all'*argomentazione ermeneutica di tutti gli aventi diritto di parola*, in particolare nel giusto processo, aperto al confronto di ragioni anche sul *senso* delle norme di diritto e sulla qualificazione di fatti concreti. Un ipotetico vincolo *rigido* al precedente – negato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230/2012 – sarebbe un mutamento di paradigma costituzionale, che rischierebbe di *indebolire la dignità e libertà del discorso ermeneutico di tutti* (giudici e parti) in ciascun contesto di discussione.

Non è in discussione l'esigenza di certezza, e perciò di *stabilizzazione giurisprudenziale*, che può ritenersi dominante nei tanti casi in cui il diritto è pura tecnicità, di per sé neutra sul piano dei valori. Ma proprio nei casi di maggiore delicatezza, in cui l'interpretazione ha a che fare con questioni pregne di valori, e/o con

⁴⁴ Non è 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. Tale questione era stata sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, 25 comma 2°, 27 comma 3°, 117 comma 1; l'ordinanza di rimessione poneva un problema di uguaglianza di trattamento a fronte di mutamenti correttivi (*in bonam partem*) del diritto vivente in giurisprudenza.

la tenuta garantista della legalità penale, si fa avanti l'esigenza di un confronto dispiegato sulla legalità sostanziale, fino a rimettere in discussione la custodia del *nomos*, in nome di una diversa (migliore?) ermeneutica del *nomos*.

Il primato della legalità (della norma generale e astratta) è garanzia anche di fronte all'autorità di nomofilachia. Fondamento dell'auspicabile stabilizzazione di un buon diritto vivente è la plausibilità (ragionevolezza) del *nomos* custodito da una giurisprudenza autorevole, ben motivata, capace di consenso.

In questo contesto si pone lo spinoso problema del mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Con riguardo al diritto penale sostanziale, può venire in rilievo l'art. 5 cod. pen. nella riscrittura della Corte costituzionale: esclusione della colpevolezza, per errore sull'illiceità del fatto conseguente a un ragionevole affidamento nella giurisprudenza precedente al fatto *sub judice*.

È entrata in discussione la proposta di aggancio all'art. 2, al divieto di retroattività sfavorevole: una equiparazione del *dictum* giurisprudenziale al *dictum* legislativo, limitatamente alla disciplina della successione di leggi. Una forzatura *inutile*, se si prende sul serio il problema della colpevolezza, la possibile rilevanza scusante di un errore sull'illiceità⁴⁵.

5.3. Nell'attuale situazione in Italia l'alta qualità della nomofilachia, al livello più alto, è una garanzia importante, ma non sufficiente per la qualità del complessivo sistema di giustizia.

Diritti e libertà delle persone sono in gioco fin dal promovimento dell'azione penale. Costi e rischi delle indagini e del processo toccano le persone sottoposte a indagini, i danneggiati dal reato, e anche altri coinvolti in vario modo e a vario titolo. La sottoposizione ad indagini, l'uso di strumenti inquisitori invasivi, l'applicazione di misure cautelari, il rinvio a giudizio comportano effetti pregiudizievoli che potrebbero risultare ingiustificati. La qualità di giustizia del *law enforcement* penalistico va valutata avendo riguardo anche a questi aspetti.

La discussione può (deve) restare aperta a tutto campo, sia con riguardo a tutti i livelli del *law enforcement*, sia sul piano delle politiche del diritto. Come giuristi possiamo ovviamente partecipare al dibattito con piena libertà; per la dottrina giuridica l'esame dei punti più critici e controversi è un campo importante d'interesse intellettuale ed etico-politico.

Il nostro compito di giuristi (*Beruf*, professione e vocazione) è la produzione di cultura: che è sia scienza *wertfrei* (avalutativa, indipendente da premesse di valore) sia *riflessione sui valori*, guidata da *interessi di valore*. Sta qui la specifica dignità e responsabilità della dottrina, anche di fronte alla giurisprudenza e al cosiddetto diritto giurisprudenziale.

Di fronte ad *ogni* esercizio di potere c'è un'esigenza di controllo, che, se non può essere affidato ad un potere formale, è comunque affidato all'uso della libertà di pensiero

⁴⁵ Sui problemi (i possibili presupposti e limiti) dell'affidamento, cfr. R. BARTOLI, [Nuovi scenari della legalità penale](#), in questa *Rivista*, 28 giugno 2022, p. 24 ss.

12/2022

e di parola. In una democrazia liberale la libertà di critica riguarda anche il *nomos*, non semplicemente la sua custodia. Riguarda anche il rapporto – la possibile tensione – fra diritto e giustizia.

LEGALITÀ PENALE. LA POSIZIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

di Vladimiro Zagrebelsky

La nozione di legge/diritto adottata dalla Corte europea dei diritti umani per l'applicazione della Convenzione europea è di natura "qualitativa" e prescinde dalla considerazione delle procedure che nei singoli Paesi conducono alla produzione di leggi. Essa si impernia sui requisiti di conoscibilità e prevedibilità delle norme. Il contributo spiega come la giurisprudenza assuma importanza centrale nel quadro della "nozione autonoma" utilizzata per la protezione dei diritti e libertà considerati dalla Convenzione europea.

1. La "previsione per legge" di ogni interferenza statale¹ nei diritti e libertà fondamentali delle persone è una condizione trasversale a tutta la Convenzione europea dei diritti umani a partire dal suo Preambolo. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quanto a contenuto, rinvia alla Convenzione (art. 52/3). È così naturale che non vi sia significativo scarto tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e quella della Corte di Giustizia nella interpretazione e applicazione dell'art. 7 Conv.² e dell'art. 49 Carta Ue³. Ciò non significa che il sistema derivante dai due documenti sia sovrapponibile. Basta pensare alla disapplicazione della legge nazionale che confligga con il diritto dell'Unione ed i rilevanti problemi che possono discenderne. Un esempio maggiore può essere quello del criterio di proporzione della pena, come recentemente enunciato dalla Corte di giustizia nella sentenza C-205/20.

¹ Per effetto del c.d. effetto orizzontale indiretto o *Drittwirkung* vi sono situazioni in cui rileva anche la condotta di privati che incida su diritti o libertà di altri privati.

² *Nulla poena sine lege*. – 1. 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. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. – 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

³ Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene. – 1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. – 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. – 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato.

2. Anche in ordine alla legalità penale, sul piano europeo e su quello del diritto interno degli Stati, importa la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, in particolare per quanto riguarda la rilevanza della giurisprudenza rispetto al testo scritto. Non è qui il caso di entrare nel dettaglio dei risultati cui giunge la Corte europea nella materia penale, che sono noti. Ma va ricordato che la nozione di legalità nella materia penale⁴ non è diversa da quella che la Corte ha elaborato – autonomamente rispetto alle nozioni del diritto interno degli Stati – ai fini della interpretazione e applicazione di tutta la Convenzione. La nozione fa perno sui requisiti di conoscibilità e prevedibilità della applicazione della norma, così che venga esclusa l'imprevedibile sorpresa che, nella logica della Convenzione, indica l'abuso da parte del potere pubblico.

La Corte afferma che l'accusato, a partire dal testo della disposizione incriminatrice, tenendo conto dell'interpretazione giurisprudenziale ed eventualmente dell'aiuto di un esperto della materia, deve poter conoscere preventivamente quale condotta è vietata e quale pena segue alla violazione⁵.

3. Il criterio fondamentale che caratterizza la giurisprudenza della Corte europea si riassume nella formula che essa usa per descrivere il proprio ruolo, che è quello della protezione di "diritti concreti e effettivi, non teorici e illusori". Teorici e illusori sono i diritti scritti nelle leggi, fino a quando non siano resi concreti nella applicazione della legge. La applicazione da parte dei giudici è di essenziale importanza a tal fine.

Il modo di lavorare della Corte, secondo quanto previsto dalla Convenzione, consente di comprendere il suo atteggiamento.

Il ricorso individuale alla Corte europea è ammissibile solo dopo esauriti i ricorsi interni (art. 35/1 Conv.). L'atto finale della vicenda presentata alla Corte è dunque sempre una sentenza interna definitiva. È la sentenza che dà luogo alla possibile violazione del diritto o libertà fondamentale che il ricorrente fa valere. È dalla sentenza che il ricorrente assume la qualità di vittima, che lo abilita al ricorso alla Corte (art. 34 Conv.). E il tenore del diritto nazionale è per la Corte europea quello enunciato dal giudice nazionale nella sentenza definitiva. Quel diritto sarà valutato dalla Corte in funzione dei requisiti "qualitativi" di conoscibilità e prevedibilità. Raramente la Corte giudica che l'interferenza oggetto del ricorso non era prevista dalla legge nazionale e che si è in presenza di manifesta arbitrarietà del richiamo alla legge nazionale da parte del giudice che ha deciso il caso del ricorrente⁶.

Normalmente, dunque, per la Corte il diritto nazionale è quello applicato dal giudice nel caso oggetto del ricorso. Donde il rilievo che ha la giurisprudenza nel definire il diritto nazionale. La sua conoscibilità e prevedibilità viene dalla Corte valutata con

⁴ Ai fini della definizione della materia penale e della applicazione della Convenzione si ricorre ai c.d. criteri Engel, desumibili dalla sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, §§ 80-82.

⁵ *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, §§ 40-41; *Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013, §§ 77-80, 91-93; *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, §§ 106-127.

⁶ Ad esempio in *Parmak e Bakir c. Turchia*, 3 dicembre 2019, §§ 57-77.

riferimento alla applicazione che ne è stata fatta dal giudice nazionale nel caso da decidere.

4. È anche in considerazione dei contrasti della giurisprudenza interna che viene valutata la prevedibilità dell'applicazione della legge scritta fattane dal giudice nel caso oggetto del ricorso e quindi la "previsione per legge". La Corte ha sviluppato una articolata giurisprudenza in ordine ai contrasti giurisprudenziali nella interpretazione e applicazione della legge scritta nazionale⁷. In questa sede va menzionata la posizione assunta dalla Corte, che ritiene fisiologica la coesistenza (non solo l'evoluzione nel tempo) di diverse interpretazioni della legge nazionale, a condizione che esse non siano persistenti nel tempo e non esista o non sia efficace l'opera di unificazione che è propria delle Corti supreme nazionali. Tale posizione della Corte europea va confrontata con quella adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988 relativa all'art. 5 C.p., dove, un "gravemente caotico" stato della giurisprudenza viene ritenuto causa di errore giustificato⁸. Va però precisato che un persistente e non risolto contrasto giurisprudenziale, nel sistema della Convenzione europea incide sulla riconoscibilità stessa della esistenza di una "legge". E va aggiunto che, quando anche vi sia un efficace sistema di superamento delle divergenze, nel frattempo la prevedibilità della applicazione della legge resta assente. A parziale attenuazione della portata delle affermazioni di principio sul tema della prevedibilità, la Corte europea ha però affermato che essa non è di per sé esclusa dalla incertezza⁹.

5. La prevedibilità delle decisioni giudiziarie – anche nei sistemi di *civil law* – dipende quindi dalla stabilità dei precedenti pertinenti. Ma questa, paradossalmente, viene creandosi con una o più decisioni non sorrette da precedenti.

Un mutamento giurisprudenziale, applicato al caso che ne dà occasione, è retroattivo poiché riguarda un fatto antecedente, svoltosi in presenza della precedente giurisprudenza. La retroattività del mutamento giurisprudenziale e l'imprevedibilità del contenuto della legge che ne deriva sono aspetti collegati. Una diversa applicazione giudiziale della stessa normativa, rispetto al divieto di retroattività, può avere gli stessi effetti di una riforma della legge scritta. L'orientamento espresso dalla sentenza n. 230/2012 della Corte costituzionale, che nega l'assimilazione di uno sviluppo

⁷ A partire da *Beian c. Romania* (n.1), 2 dicembre 2007, §§ 33-40 e poi, tra le altre, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, 30 luglio 2015, § 42. Anche in *Contrada c. Italia* (n.3), 14 aprile 2015, §§ 60-76, la Corte ha considerato lo sviluppo giurisprudenziale, attraverso le sue contraddizioni, per valutare se, al momento dei fatti, il reato contestato fosse previsto dalla legge.

⁸ "Per valutare l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale, l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato. Tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari ecc.)".

⁹ *Allègre c. Francia*, 12 luglio 2028, §§ 56-65.

giurisprudenziale alla successione di leggi, non considera gli effetti “concreti ed effettivi” sui diritti delle persone implicate dal mutamento e si pone quindi in tendenziale conflitto con le esigenze proprie del riconoscimento dei diritti e libertà fondamentali.

La questione della retroattività degli svolgimenti giurisprudenziali è inevitabile, legata come è alla natura delle sentenze, salvo che si usi il metodo del *prospective overruling* che non applica il nuovo orientamento giurisprudenziale al caso da decidere, ma lo rinvia ai casi futuri. Si tratta però di procedimento di difficile attuazione e in ogni caso ancora non adottato nella maggior parte dei sistemi europei. E la questione resta aperta anche per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte europea che conosce evoluzione – e quindi mutamento – che, con riferimento alla responsabilità dello Stato convenuto, può essere *in malam partem*¹⁰.

In ogni caso, la Corte europea, nel riconoscere l’inevitabilità (e positività) della evoluzione giurisprudenziale, pone un limite quando afferma che essa è ammissibile se fa salvo il nucleo essenziale della previsione legislativa (o giurisprudenziale antecedente). Con però l’avvertimento che il criterio che rinvia al “nucleo essenziale” pericolosamente si accosta al richiamo alla *ratio* su cui fa perno l’applicazione analogica, vietata.

6. Il complessivo senso dell’orientamento della Corte europea (e della sua incidenza sui sistemi nazionali) non esprime possibilità di certezza e indiscutibilità dell’esito della valutazione della “qualità” della legge nazionale, intesa nel contesto espresso dalla giurisprudenza che la riguarda. Significativa è la previsione e la prassi delle opinioni separate dei giudici: concordanti o dissidenti. Esse sono spesso molto solide e si fondano sullo stesso complesso di precedenti che è considerato dalla motivazione della sentenza. Risulta così esclusa la pretesa di una rigida dicotomia tra l’interpretazione “esatta” (art. 65 dell’Ordinamento giudiziario italiano) e quella sbagliata, che, senza fondamento, viene talora espressa a difesa dei sistemi di legge scritta e di esclusione della rilevanza della giurisprudenza. Risolutiva è in ogni caso la persuasività e condivisibilità della argomentazione. Ma questa, per sua natura, è opinabile.

¹⁰ Ad esempio in *Demir e Baykara c. Turchia*, 2 novembre 2008.

LEGALITÀ PENALE E DIRITTO EUROPEO: C'È QUALCOSA DI NUOVO OGGI NEL SOLE, ANZI D'ANTICO

di Antonella Massaro

La dimensione europea della legalità penale, pur non avendo veicolato un'autentica rivoluzione copernicana in riferimento al paradigma della legalità nazionale, ha certamente posto il diritto penale di fronte all'esigenza di una "resa dei conti". A partire dalle macerie derivanti dallo sgretolarsi delle "mitologie" di matrice illuministico-liberale, tuttavia, può immaginarsi la progettazione di un nuovo ordine, affidato a quell'impalcatura offerta dal diritto positivo che, forse, la disillusione postmoderna contribuisce a rendere più solida. Il riferimento è, anzitutto, ai principi di riserva di legge e di necessaria determinatezza della norma penale, ma anche a strumenti come quello messo a disposizione dell'art. 5 c.p., che potrebbero offrire una base normativa per la gestione dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli.

Il diritto penale, ad ogni modo, continua ad avere bisogno, per sua struttura (costituzionale), di una "speranza", sintetizzata dal dover essere normativo e capace di concretizzarsi in un ideale che, pur non essendo suscettibile di integrale attuazione, mantenga intatta la propria aspirazione di modello-limite, al quale tendere con pazienza, con fiducia e, all'occorrenza, con coraggio.

SOMMARIO: 1. Legalità nazionale e legalità europea: "tradizione" o "rivoluzione"? – 2. Ripartire dai principi costituzionali: la riserva di legge (non di diritto). – 3. La determinatezza della norma penale sul banco di prova dell'art. 7 CEDU. – 3.1. Accessibilità e prevedibilità: a) oggetto del giudizio: disposizione e norma. – 3.2. b) parametro del giudizio: l'interprete modello. – 4. L'art. 5 c.p.: dalla colpevolezza alla legalità. – 5. Il coraggio di credere a un mito, sapendo che è un mito.

1. Legalità nazionale e legalità europea: "tradizione" o "rivoluzione"?

I possibili effetti delle interazioni tra il diritto europeo e la legalità penale nazionale sono efficacemente sintetizzati dall'aggettivo "nuova", che compare più volte, accostato al termine legalità e messo tra virgolette, nel programma del Convegno di oggi.

Intendendo il diritto europeo in senso ampio, comprensivo tanto del diritto eurounitario quanto (e forse soprattutto) del sistema CEDU, l'impatto sulla legalità penale di matrice nazionale può schematizzarsi, sia pur in maniera estremamente semplificata, attraverso due modelli descrittivi.

Il primo è quello che potrebbe definirsi il *modello della rivoluzione copernicana*: la dimensione europea avrebbe imposto un autentico mutamento di paradigma della

legalità penale, sgretolando dalle fondamenta l'imponente tempio illuministico-liberale costruito attorno all'altare della legge e nel quale si celebravano gli altisonanti e pomposi riti della certezza del diritto, del formalismo interpretativo e del divieto di analogia. Lo spartiacque, a livello cronologico, può fissarsi idealmente in corrispondenza del 2007: se, da una parte, viene firmato il Trattato di Lisbona e, quindi, i "reati" e "le sanzioni penali" trovano il loro primo esplicito riconoscimento nei Trattati europei (artt. 83 e 86 TFUE)¹, dall'altra parte la Corte costituzionale, con il *big bang* delle "prime sentenze gemelle"², pone fine ai tormenti relativi alla collocazione della CEDU nel sistema delle fonti³.

All'estremo opposto potrebbe collocarsi il *modello dell'aquilone*, ispirato al celebre *incipit* dell'omonima poesia di Giovanni Pascoli che, rievocando nostalgicamente il ricordo di un passato ancora chiaramente percepibile, esordiva con i versi *c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*: la dimensione europea, fuor di metafora, avrebbe funzionato (e continuerebbe a funzionare) da formidabile cassa di risonanza, a volte fastidiosamente assordante, di criticità già esistenti che affliggono il sistema penale complessivamente inteso. I miti o, se si preferisce, le mitologie dell'utopia illuministica⁴ avrebbero svelato la loro inconsistenza ben prima dello *tsunami* veicolato dal mare in tempesta del diritto europeo. Il nostalgico omaggio al "buon, vecchio diritto liberale" suonerebbe ormai da tempo come l'anacronistico tributo reso da chi pretende di ricostruire ciò che, a ben vedere, non è mai esistito⁵. Il riferimento alla "crisi" non risulta né nuovo né "sorprendente", rappresentando, anzi, l'elemento costante di una narrazione che, lungi dal trovare la propria ispirazione nella inafferrabile fluidità postmoderna, affonda le proprie radici nell'alba dell'età delle codificazioni. La crisi avrebbe investito, tra l'altro, la legge⁶ (e, quindi, la riserva di legge in materia penale⁷), il sistema delle fonti⁸ e, addirittura, il diritto stesso⁹. Alla crisi del positivismo giuridico, costretto a farsi "post", "neo", inclusivo ed esclusivo¹⁰ per parare i colpi

¹ Sul cambio di passo registratosi con il Trattato di Lisbona, per tutti, C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 3/2010, p. 326 ss.

² O. DI GIOVINE, [Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2013, p. 160.

³ Si tratta delle ormai celeberrime Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349. Le implicazioni penalistiche della "rivoluzione" condotta dalle "prime gemelle" erano state efficacemente tratteggiate da V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Giuffrè, 2011, spec. p. 13 e ss.

⁴ Il riferimento è, chiaramente, a P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, III ed., Giuffrè, 2007.

⁵ J.M. SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Giuffrè, 2004, p. 101.

⁶ F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm.*, 1930, pt. 1, p. 424 ss.

⁷ Per tutti, F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rievocato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1/1980, spec. pp. 182-183 e G. FIANDACA, [Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale](#), in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.

⁸ F. MODUGNO, [È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?](#), in *Rivista AIC*, 2008.

⁹ AA. VV., *La crisi del diritto*, Cedam, 1953, che, tra gli altri, contiene il saggio di F. CARNELUTTI intitolato *La morte del diritto*; G. TARELLO, *Sul problema della crisi del diritto*, Cedam, 1953; L. RAGGI, *In tema di crisi del diritto* (1958), in *Scritti*, Giuffrè, 1975, p. 103.

¹⁰ V.P. CHIASSONI, *Positivismo giuridico*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto*

dell'antipositivismo¹¹, avrebbe fatto da *pendant* la crisi del formalismo interpretativo: la manomissione antiformalistica del sillogismo giudiziario¹², poi, avrebbe marciato all'unisono con la crisi della fattispecie, del circolo logico decidere-giudicare-applicare e della calcolabilità giuridica¹³. L'implacabile effetto domino che, sullo specifico versante del diritto penale, travolge inevitabilmente anche la pena¹⁴ e il carcere¹⁵, costringe alla presa d'atto che la morsa della crisi soffoca non solo gli editti di Creonte e l'ideale di certezza, ma anche il grido di Antigone e l'aspirazione alla giustizia¹⁶. La bancarotta del principio di legalità¹⁷, con la conseguente irruzione della giurisprudenza-fonte¹⁸ e del "burocrate creativo"¹⁹, mentre la "questione di potere" da esterna (rapporti dei giudici con il Parlamento) si fa interna (rapporti fra giudici di diverso grado)²⁰, sono fenomeni rispetto ai quali la proiezione dell'ordinamento nazionale in una prospettiva europea ha funzionato da ennesima conferma, non certo da causa "determinante".

A costo di cedere alle lusinghe della consolante banalità dei luoghi comuni, potrebbe osservarsi che, come spesso accade, la verità stia nel mezzo, nel senso che ciascuno dei due modelli mette a fuoco una particolare angolazione dei rapporti tra legalità penale e diritto europeo, senza, tuttavia, restituire allo spettatore lo sguardo di insieme di un "campo largo".

Pare difficilmente contestabile che l'impatto del diritto europeo abbia costretto la legalità penale a una sorta di resa dei conti, non solo enfatizzando il decadimento di un "modello ideale" troppo vistoso per essere negato o ridimensionato, ma altresì costringendo a una riscrittura delle regole²¹ poste a fondamento di una grammatica (non tanto consolidata, quanto piuttosto) per molto tempo stagnante, tanto sul piano

positivo. Estratto, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Giappichelli, 2013, p. 4 ss.

¹¹ *Amplius*, G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in *Analisi e diritto*, 1998, p. 203 ss.

¹² Con particolare riguardo all'interpretazione in diritto penale, obbligato il riferimento a O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006, spec. p. 6 ss.

¹³ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016, spec. VII ss., pp. 26, 30, 36, 40 ss., p. 50.

¹⁴ L. EUSEBI, *La pena "in crisi"*, Morcelliana, 1989, p. 11 ss.

¹⁵ F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, p. 4 ss.

¹⁶ L. FERRAJOLI, *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, in *Giust. civ.*, 1/2014, § 1.

¹⁷ A titolo meramente esemplificativo, sul versante del diritto penale, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, ESI, 2006, p. 49; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Gesetzesauslegung und strafrechtliche Interpretationskultur*, in *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, a cura di H. Kundlich, J.P. Montile, J.C. Schur, Dunker&Humblot, 2012, p. 59; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità in diritto penale*, ES, 2014; AA. VV., *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, ESI, 2016.

¹⁸ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, spec. p. 53 ss. e p. 101 ss.

¹⁹ F. GIUNTA, *Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale. Nota introduttiva*, in *Criminalia*, 2016, p. 157.

²⁰ Cfr. N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1545.

²¹ «[S]arebbe ingenuo ed antistorico negare che la fisionomia complessiva dei nostri sistemi penali nazionali viene in qualche modo ridisegnata dalla sempre più imponente elaborazione giuridica prodotta dall'Europa del diritto»: F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziaria (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 3/2022, p. 942.

dogmatico quanto, forse, su quello assiologico. L'impatto della legalità europea, allora, ha contribuito in maniera evidente alla consapevolezza della storicità che caratterizza la categoria moderna della legalità, la quale, spogliatasi dell'assolutezza del dogma, assume la contingenza propria delle categorie culturali²².

È altrettanto innegabile, tuttavia, che il diritto penale non possa accontentarsi di una disincantata e disillusa *pars destruens*. Un approccio meramente descrittivo alla fenomenologia della crisi, magari sorretto dalla base teorica di uno scetticismo estremo in tema di interpretazione o di un più generalizzato nichilismo giuridico, sono lussi che il diritto penale non può concedersi o che, in ogni caso, può permettersi solo a costi molto (forse troppo) elevati: quando a venire in considerazione sono i beni fondamentali della persona, una meticolosa e persuasiva descrizione del fallimento del "vecchio" modello di legalità rappresenta il punto di partenza, non certo quello di arrivo. Né sarebbe sufficiente limitarsi a idolatrare le rovine dell'edificio penale, intese come la testimonianza imponente di un passato glorioso destinato a non tornare. Si tratta, piuttosto, di fare i conti con le macerie lasciate sul campo dall'implacabile avanzata della potente armata postmoderna, con l'intento, però, di "ricostruire", proprio a partire da quei resti.

Il diritto penale ha bisogno, per sua struttura (costituzionale), di una "speranza", sintetizzata dal dover essere normativo e capace di concretizzarsi in un ideale che, strutturalmente, non è suscettibile di integrale realizzazione, ma che non per questo vede definitivamente compromessa la propria aspirazione di modello-limite²³.

In questo scenario, l'impatto della legalità europea, oltre a funzionare da (ulteriore) campanello d'allarme, potrebbe rappresentare, forse, la base di un nuovo e più consapevole collante, capace di rimettere insieme, in maniera organica e coerente, i frammenti di un mosaico che per troppo tempo sono rimasti affidati a un disorientante ordine sparso.

2. Ripartire dai principi costituzionali: la riserva di legge (non di diritto).

Accettando, di nuovo, il rischio di affidarsi all'ovvietà dell'evidenza, il solo modo per "ricostruire" sembra quello di muovere dai principi generali e dal diritto positivo, con particolare riguardo all'ossatura costituzionale che sorregge la massa, ormai elefantica, del diritto penale.

I principi costituzionali in materia penale sono dotati di un valore immediatamente prescrittivo, imponendo all'interprete una direzione che, a seconda dei punti di vista, può essere intesa come un vincolo asfissiante o come una rassicurante

²² M. VOGLIOTTI, [La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto](#), in questa Rivista, 3/2020, pp. 45-46.

²³ Lo schema epistemologico elaborato dall'Illuminismo giuridico e il modello di diritto penale garantista che allo stesso si ispira presentano il difetto «fondamentale e scontato» di «corrispondere a un modello-limite, in larga misura ideale perché di fatto mai realizzato e mai pienamente realizzabile»: L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Laterza, 2004, XIX-XX e p. 721 ss.

stella polare. L'alternativa, allora, resta quella tra una "legalità legalistica" e una "legalità interpretativa", ma nella comune cornice della seconda restano chiaramente distinguibili una legalità "giurisprudenziale" in senso stretto e una legalità "costituzionale"²⁴, quest'ultima intesa anzitutto come sistema di pesi e contrappesi negli equilibri tra giudice e legislatore, il quale trova il suo strumento di taratura proprio nei principi costituzionali di riferimento.

Il riferimento obbligato è, anzitutto, al principio di riserva di legge e a quello di necessaria determinatezza della norma penale.

Con particolare riguardo alla riserva formale e assoluta di legge, si tratta di un principio che ha seguito una parabola indubbiamente peculiare nell'ambito delle "collisioni" tra il diritto europeo e quello penale.

Nella prima fase di riflessione attorno ai temi del diritto penale europeo, che, in particolare, si interrogava sui possibili effetti del diritto delle Comunità europee sulla legalità nazionale, la riserva di legge rappresentava l'ostacolo più ingombrante non solo al possibile sviluppo di una competenza diretta delle Istituzioni europee in materia penale, ma alla stessa dilatazione dei possibili "effetti riflessi" del diritto comunitario²⁵. Nel nuovo corso, inaugurato dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dalle prime sentenze gemelle della Corte costituzionale, la riserva di legge sembra aver conosciuto un progressivo ridimensionamento, che ha rappresentato, al tempo stesso, la causa e l'effetto di quella erosione che la veste formale della legalità penale stava subendo in una prospettiva nazionale.

Sul versante eurounitario, è certamente obbligato il riferimento all'epilogo della "saga Taricco", che ha disinnescato gli effetti dirompenti di una possibile e dilaniante guerra tra Corti. Con la sentenza n. 115 del 2018, in particolare, la Corte costituzionale ha precisato che, indipendentemente dalla collocazione temporale dei fatti rispetto al primo intervento della Corte di Giustizia²⁶, il giudice comune non avrebbe potuto applicare la "regola Taricco" (*rectius*: disapplicare la normativa interna): se per i fatti commessi in data antecedente all'8 settembre 2015 il principio di irretroattività avrebbe rappresentato un baluardo solido e inattaccabile, per quelli successivi sarebbe stato il principio di determinatezza a impedire l'operatività di una "regola" che non consentiva di individuare con sufficiente precisione i contorni del penalmente rilevante²⁷. La garanzia della pre-determinazione della norma penale, quindi, si trova affidata al

²⁴ La distinzione tra legalità legalistica, giurisprudenziale e costituzionale è proposta da R. BARTOLI, [Le garanzie della "nuova" legalità](#), in questa Rivista, 3/2020, p. 144 ss.

²⁵ Sul concetto di "effetti riflessi" e sugli schemi di operatività del principio di prevalenza resta fondamentale il rinvio a G. GRASSO, *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Giuffrè, 2007, p. 6 ss. e a C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, 2007, p. 40 ss.

²⁶ CGUE, 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*, su cui si rinvia all'ampia selezione di contributi raccolti nei volumi *I controllimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Jovene, 2017 e *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi, C. Cupelli, Jovene, 2017.

²⁷ Corte Cost., 10 aprile 2018, n. 115, spec. punti 7 e 10 del *Considerato in diritto*. *Amplius*, M. DONINI, [Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018, p. 9.

binomio irretroattività-determinatezza, con la riserva di legge confinata nella seconda linea di quella “battaglia” che, pure, si proponeva di rianimare il battito vitale dei principi “tradizionali” in materia penale.

A ciò si aggiunga, sul versante del sistema CEDU, la *vis expansiva* mostrata dalla nozione autonoma di legge-diritto, che, elaborata dalla Corte di Strasburgo per assicurare un’ampia e coerente applicazione dello statuto di garanzie ricavabile dall’art. 7 CEDU, comprende tanto il “diritto scritto” quanto il “diritto giurisprudenziale”: fin dal *leading case Sunday Times*, la Corte EDU, in riferimento all’art. 10 della Convenzione, precisava che «*the word “law” [...] covers not only statute but also unwritten law*»²⁸.

Sebbene sia innegabile che la riserva di legge non troneggi da tempo sul gradino più alto del podio della legalità penale, ciò *non* significa ancora che il volto europeo della legalità penale imponga una vera e propria *transizione dalla riserva di legge alla riserva di diritto*. La “riserva di fonte” che vige nel nostro ordinamento penale potrebbe superarsi solo attraverso un processo di revisione costituzionale e nell’ambito di una più radicale riforma di sistema: a disposizioni invariate, non si può “far dire tutto” alle norme ricavabili dall’art. 25 Cost., secondo comma Cost. e, in particolare, non può parificarsi la giurisprudenza alla legge nella gestione delle vicende di diritto intertemporale.

Si è sostenuto che sarebbe possibile e per certi aspetti doverosa la transizione da una riserva di legge e una riserva di diritto, anche allo scopo di rafforzare la convergenza tra l’art. 7 CEDU e l’art. 25 Cost. Il riferimento è, in particolare, a quelle proposte ricostruttive secondo le quali il concetto di “legge” andrebbe sostituito con quello di “diritto vivente”, tanto nell’art. 101, secondo comma Cost. quanto (sembrerebbe) nell’art. 25, secondo comma Cost.²⁹, con l’ulteriore conseguenza per cui le regole di diritto intertemporale potrebbero/dovrebbero applicarsi anche ai mutamenti giurisprudenziali³⁰. Pur trattandosi di una prospettiva per molti aspetti interessante, non sembra che il “diritto vivente” possa assimilarsi *tout court* alla legge formale ai fini dell’applicazione dello statuto di garanzie della legalità penale. Anzitutto, perché, pur muovendo dall’approccio “brutalmente” descrittivo suggerito dall’ermeneutica (anche) penalistica³¹, sembra difficilmente superabile la premessa per cui nel nostro ordinamento il diritto giurisprudenziale non abbia valore formale di legge³². In secondo luogo (e soprattutto), perché tanto l’art. 2 c.p. quanto l’art. 25 Cost. presuppongono per la loro operatività un intervento legislativo e quindi, per ciò che attiene alle questioni intertemporali in senso stretto, una “modifica testuale”: il mutamento della norma deve pur sempre passare per una preliminare modifica della disposizione.

²⁸ Corte EDU, *Sunday Times c. Regno Unito*, 26 aprile 1979, § 46.

²⁹ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazioni dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017, p. 237. Con specifico riferimento all’art. 101 Cost., v. già D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*. Contributo allo studio dell’art. 101, comma 2 della Costituzione italiana, Jovene, 2008.

³⁰ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., pp. 237-238.

³¹ O. DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo. Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 270.

³² D. PULITANO, [Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 49.

Con particolare riguardo al capoverso dell'art. 25 Cost., è vero che l'espressione "in forza di una legge", che letteralmente significa "in base a una legge", potrebbe prestarsi a una lettura ampia: il sintagma in questione, se aveva rappresentato il punto di partenza per la risalente disputa attorno al carattere relativo o assoluto della riserva di legge prevista in materia penale³³, ben potrebbe aprire anche la via di ingresso a una giurisprudenza (formalmente e non solo sostanzialmente) fonte del diritto. Lo stesso art. 25, secondo comma Cost., tuttavia, fa riferimento a una legge «che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»: posto che quello di "entrata in vigore" è un concetto che può riferirsi solo alla legge intesa in senso formale, è evidente che la garanzia della irretroattività costruita dal Costituente si fonda, necessariamente, su una legge intesa in senso formale.

Analoghe considerazioni possono riferirsi all'art. 2 c.p.: sebbene si sia efficacemente chiarito come, specie dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il fenomeno della successione di leggi penali nel tempo debba essere letto come un rapporto tra norme non tra mere disposizioni³⁴, resta pur sempre il fatto che la disciplina ricavabile dall'art. 2 c.p. presuppone un mutamento testuale della disposizione da interpretare: la legge rispetto alla quale i commi (specie il secondo e il quarto) dell'art. 2 c.p. stabiliscono un "prima" e un "dopo" è chiaramente la legge formale, intesa anzitutto (anche se non solo) come testo, come disposizione.

Non può certo negarsi che nell'art. 25, secondo comma Cost. il concetto di "legge" debba essere inteso alla "legge così come interpretata"³⁵: in questo modo non si farebbe altro che esplicitare le necessarie conseguenze derivanti dalla distinzione tra disposizione e norma, proiettata nel più ampio quadro delle "post-moderne" teorie dell'interpretazione, senza però che l'assimilazione tra legge e *law* possa essere condotta oltre i limiti imposti dall'attuale diritto positivo.

Ciò non significa, beninteso, che il nostro ordinamento non disponga di anticorpi che consentano di reagire, almeno in parte, ai mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*. Significa solo che, forse, la fonte di questi anticorpi, nell'attuale diritto positivo, non possa individuarsi nell'art. 2 c.p.³⁶.

³³ Per tutti, C. ESPOSITO, *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, p. 510.

³⁴ M. GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, 2008, spec. p. 99. Cfr. sul punto M. TRAPANI, *Abrogatio. Lineamenti della validità temporale della norma giuridica*, Giappichelli, 2019, p. 43 ss., il quale sottolinea come tutte e tre i fatti abrogativi (abrogazione espressa, tacita e implicita) di cui all'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale hanno ad oggetto solo ed esclusivamente norme e non anche disposizioni.

³⁵ Cfr. R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, 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, ESI, 2016, p. 294.

³⁶ Sulla inapplicabilità dei principi relativi alla successione di leggi penali nel tempo ai mutamenti giurisprudenziali, obbligato il riferimento a Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, con nota di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, in *Giur. cost.*, 2/2012, p. 3481.

3. La determinatezza della norma penale sul banco di prova dell'art. 7 CEDU.

Quanto al principio di determinatezza, la difficoltà preliminare consiste nella stessa definizione di un principio sfuggente e proteiforme, che, quasi paradossalmente, finisce per rivelarsi l'articolazione più "indeterminata" della legalità penale.

Tra i diversi modelli ricostruttivi astrattamente ipotizzabili, la soluzione che sembra più convincente è quella fondata su una *dimensione complessa del principio di determinatezza*, che, in particolare, andrebbe riferito tanto al piano statico, relativo alla disposizione-enunciato, quanto a quello più strettamente dinamico, attinente alla norma-significato.

Prendendo a prestito la nota tripartizione della semiotica, potrebbe ritenersi che la dimensione sintattica della determinatezza si sostanzia nel principio di *precisione*, quella semantica nel principio di *verificabilità* e quella pragmatica nel principio di *tassatività*. La determinatezza, quindi, andrebbe intesa come sintesi di precisione, verificabilità e determinatezza. Ciascuna componente della determinatezza, poi, dovrebbe riferirsi (non alla disposizione, ma) alla norma penale, tagliando quindi trasversalmente la prospettiva legislativa e quella più strettamente giurisprudenziale.

La precisione, per esempio, individua prima di tutto un principio rivolto al legislatore, che si traduce nell'obbligo di formulare la disposizione penale secondo le regole che disciplinano il linguaggio comune e quello giuridico. Accanto a un *drafting* legislativo, tuttavia, può immaginarsi un *drafting* giurisprudenziale, nel senso che le tecniche di redazione della sentenza potrebbero contribuire in modo significativo a una più generale esigenza di determinatezza della norma penale.

La dimensione "sostanziale" e quella "processuale", poi, risultano ancor più chiaramente complementari in riferimento al principio di verificabilità, il quale consiste nell'obbligo di formulare fattispecie che trovino corrispondenza nella realtà e che di conseguenza risultino suscettibili di essere provate in giudizio.

La tassatività, infine, compendierebbe non solo le esigenze riferibili al divieto di analogia, ma anche gli strumenti che consentano di gestire i mutamenti giurisprudenziali in maniera conforme ai principi di garanzia che regolano la materia penale³⁷.

Proiettando la complessità del principio di determinatezza sullo sfondo della legalità europea, il riferimento immediato e necessario è alla nozione autonoma di legge-diritto elaborata dalla Corte EDU e a quei giudizi di accessibilità e prevedibilità della norma penale cui la Corte di Strasburgo si affida per riempire di contenuto l'art. 7 CEDU. Si tratta cioè di chiarire se la determinatezza "costituzionale", intesa in un'accezione capace di valorizzare tanto la disposizione quanto la norma, si collochi su un piano irrimediabilmente distinto rispetto a quello delimitato dalle categorie "convenzionali" o, se per contro, sia possibile individuare non solo elementi di divergenza ma anche profili di tangenza tra le legalità nazionale e quella europea.

³⁷ Sulle tre "dimensioni" della determinatezza, anche per i necessari riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Editoriale Scientifica, 2020, p. 276 ss.

Sembrano opportune, sul punto, almeno due precisazioni preliminari.

Anzitutto, la pretesa di “mettere a sistema” la giurisprudenza di Strasburgo rischia di risultare non solo ambiziosa, ma, per certi aspetti fuorviante: le pronunce della Corte EDU, sebbene stiano superando l’angusta prospettiva della *individual justice* e delle decisioni con efficacia *inter partes*³⁸, restano pur sempre riferite (e astrattamente riferibili) a ordinamenti molto diversi tra loro, fondati su scelte di diritto positivo (ma anche su prospettive assiologiche) non integralmente sovrapponibili e, almeno in certi casi, irrimediabilmente distanti.

In secondo luogo, i giudizi di accessibilità e prevedibilità e, più in generale, le nozioni autonome elaborate dalla Corte EDU valgono ai soli fini della Convenzione: la loro funzione è quella di assicurare un’omogenea applicazione dell’art. 7 CEDU, rendendosi necessaria tanto l’esigenza di “tradurli” in categorie “di diritto interno” quanto quella di far riferimento, per gli aspetti non direttamente “risolti” dalla Convenzione, alla disciplina ricavabile dal diritto interno³⁹.

3.1. Accessibilità e prevedibilità: a) oggetto del giudizio: disposizione e norma.

Al fine di meglio precisare i contorni dei giudizi di accessibilità e prevedibilità, potrebbe risultare utile muovere dalla spia linguistica offerta dal suffisso *-ibile*. Quest’ultimo, in effetti, rimanda direttamente a un giudizio di tipo ipotetico-normativo che, a sua volta, impone di precisare tanto l’oggetto del giudizio (cosa è accessibile, prevedibile o, se si vuole, calcolabile) quanto il parametro del giudizio (alla stregua di chi l’oggetto deve risultare accessibile, prevedibile, calcolabile).

L’oggetto del giudizio di accessibilità e di prevedibilità potrebbe differenziarsi affidandosi alla coppia concettuale “disposizione e norma”: mentre l’accessibilità si riferirebbe alla disposizione, la prevedibilità troverebbe il suo termine di relazione nella norma.

Il difetto di accessibilità, più esattamente, consisterebbe nella stessa difficoltà di individuare il testo da interpretare e da “trasformare” in norma, per difetti di formulazione radicali e non emendabili in via interpretativa.

Quanto ai rimedi di diritto interno, la “reazione” al difetto di accessibilità oscilla tra la dichiarazione di illegittimità costituzionale e l’inevitabilità dell’*ignorantia legis ex art. 5 c.p.* Alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dovrebbe pervenirsi nei casi

³⁸ O. POLLICINO, V. SCIARABBA, [La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale](#), in *Forum cost.*, 2010, p. 70.

³⁹ Cfr. F. VIGANÒ, [Il nullum crimen conteso: legalità “costituzionale” vs. legalità “convenzionale”?](#), in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, pp. 8-9, dove si precisa che la nozione autonoma di materia penale produce il “solo” effetto di rendere applicabile il *surplus* di garanzie ricavabile dalla Convenzione, ma per quanto non direttamente previsto dalla CEDU sarà la denominazione formale della sanzione che consentirà di individuare, sul piano interno, la disciplina applicabile. Si tratta di considerazioni ricorrenti nell’ambito della giurisprudenza costituzionale: Corte Cost., 14 gennaio 2015, n. 49, punto 6 del *Considerato in diritto* (V. anche Corte Cost., 10 gennaio 2017, n. 43, punto 3.4 del *Considerato in diritto*; Corte Cost., 7 febbraio 2017, n. 68, punto 7 del *Considerato in diritto*; Corte Cost., 5 aprile 2017, punto 3.1. del *Considerato in diritto*).

in cui l'oscurità della legge riguardi "direttamente" la formulazione della fattispecie incriminatrice, mentre l'art. 5 c.p. potrebbe entrare in gioco quando l'incertezza relativa alla regola di condotta derivi, per esempio, da grovigli normativi innescati da rinvii a catena che però, in quanto tali, sfuggono alla maglie del controllo di costituzionalità.

La prevedibilità, come anticipato, sembrerebbe spostarsi sul versante dinamico-pragmatico relativo ai risultati dell'interpretazione o, in ogni caso, all'applicazione giudiziale della regola posta dal legislatore. Se, tuttavia, ci si arrestasse alla considerazione per cui l'oggetto del giudizio di prevedibilità vada individuato nella norma, si tratterebbe di una conclusione ancora parziale o, comunque, da sola insufficiente⁴⁰: la prevedibilità, del resto, rappresenta un principio tanto forte nella sua idealità finalistica quanto uno strumento debole e difficile da maneggiare, anche e soprattutto perché si tratta di un concetto di relazione, «non assolutizzabile ma mutevole nelle cadenze del suo giudizio e nei suoi risultati a seconda del termine o criterio di riferimento assunto»⁴¹.

Un tentativo di meglio precisare i contorni della prevedibilità potrebbe muovere da una più decisa valorizzazione, accanto alla teoria dell'interpretazione in senso stretto, della teoria dell'argomentazione giuridica⁴², che rappresenta, non a caso, l'ennesimo passo sul sentiero apertosi a seguito del "fallimento" della logica formale insita nel modello sillogistico. L'argomentazione giuridica, più esattamente, muove dal carattere non formale (e non necessario) nel ragionamento giuridico, tentando però una mediazione tra le istanze del formalismo e quelle dell'antiformalismo, visioni entrambe parziali se intese come esclusive⁴³. Sebbene la razionalità di tipo pratico non si esaurisca nella logica formale, necessitando per contro di una serie di principi generali logicamente non necessari, quali quelli di congruenza, efficienza, verificabilità, sincerità e accettabilità delle conseguenze⁴⁴, l'aspirazione dell'argomentazione resta pur sempre l'approdo alla certezza del diritto. La razionalità della decisione giudiziaria, intesa anche come sua controllabilità esterna, resta, in fondo, la prima e irrinunciabile garanzia di giustizia⁴⁵.

L'oggetto del giudizio che tradizionalmente è sintetizzato come prevedibilità dell'esito giudiziario, allora, potrebbe individuarsi nell'*iter* argomentativo attraverso cui si sviluppa la decisione giudiziale. Il difetto di prevedibilità, più esattamente,

⁴⁰ Cfr. F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, pp. 2-3, secondo il quale l'oggetto del giudizio di prevedibilità andrebbe inteso in senso particolarmente ampio e, al tempo stesso, dettagliato: il consociato dovrebbe poter prevedere se la propria condotta sarà considerata illecita, se, più esattamente, sarà considerata penalmente rilevante e quale pena dovrà scontare, con tutte le necessarie specificazioni di carattere più strettamente esecutivo.

⁴¹ F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità*, cit., pp. 945-946.

⁴² Pressoché obbligato il riferimento a R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998, p. 16.

⁴³ *Amplius* S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, 2022, spec. p. 80.

⁴⁴ S. BERTEA, *Certezza del diritto*, cit., p. 84.

⁴⁵ Valga per tutti il rinvio a M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice*, a cura di M. Bessone, Giappichelli, 1997, p. 139 ss. e ID., *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 315 ss.

sussisterebbe nel caso in cui le motivazioni della sentenza seguano dei percorsi logico-argomentativi in tutto o in larga parte eccentrici rispetto a quelli calcolabili.

A sostegno di questa proposta ricostruttiva basterebbe osservare che i giudici, a differenza dei legislatori, hanno l'obbligo di compiere ragionamenti e, soprattutto, di renderli pubblici e controllabili attraverso la motivazione⁴⁶. Si tratta di premesse che, evidentemente, presuppongono una scelta di campo, la quale si sostanzia nel *focus* orientato più verso l'interpretazione come prodotto che verso l'interpretazione come attività. L'obiettivo, altrimenti detto, *non* è tanto quello di scrutare "nella mente del giudice"⁴⁷ e di mettere a nudo i *motivi della decisione*, intesi come gli stati psichici dell'interprete (gli impulsi, le emozioni, gli atteggiamenti, i sentimenti o gli interessi che hanno determinato la sua scelta o, meglio, hanno alimentato la sua precomprensione⁴⁸), quanto piuttosto quella di esaminare le *ragioni della decisione*, che assumono la forma di enunciati linguistici e che, sostanzialmente, costituiscono la motivazione della sentenza. Non necessariamente il discorso giustificatorio (la motivazione) riflette il processo psicologico del giudice: ben potrebbe accadere, secondo un celebre "cavallo di battaglia" delle teorie scettiche o realistiche, che la motivazione rappresenti la giustificazione *ex post* di una conclusione cui l'interprete è pervenuto in maniera irrazionale⁴⁹, ma il giudice dovrà pur sempre (di)mostrare che la sua decisione è fondata su un ragionamento di tipo deontologico e, dunque, su norme giuridiche ricavate dal diritto positivo⁵⁰.

La motivazione, dunque, o, se si vuole, "il diritto alla motivazione" che troverebbe il suo diretto fondamento nell'art. 111 Cost.⁵¹, diviene l'elemento di raccordo tra disposizione e norma: la motivazione rappresenta il solo strumento che rende controllabile la "trasformazione" del significante in significato, offrendo altresì le basi per l'attivazione dei rimedi a fronte di un difetto di prevedibilità.

Intendendo l'esito imprevedibile come quello che si concretizza in una decisione fondata su un percorso argomentativo non calcolabile, il riferimento immediato è ai mutamenti giurisprudenziali in senso stretto, apprezzabili cioè in una prospettiva diacronica, mentre resta in secondo piano il tema, indubbiamente problematico, del contrasto giurisprudenziale sincronico.

Si tratta, allora, di verificare se il mutamento giurisprudenziale *in malam partem* possa essere "gestito" anche sul versante del "solo" diritto interno o se, per contro, non

⁴⁶ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, 2011, p. 235, il quale sottolinea anche la differenza tra il ragionamento del legislatore (teleologico, che prende le mosse da un fine) e quello del giudice (deontologico, che prende le mosse da una norma).

⁴⁷ Il riferimento al titolo di V. MARZOCCO, *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo giuridico americano*, Giappichelli, 2018.

⁴⁸ Sulla centralità della precomprensione nella teoria ermeneutica dell'interpretazione giuridica valga per tutti il riferimento a G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, 1983, p. 165; ID., voce *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, p. 699.

⁴⁹ V. in particolare W.W. COOK, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, in *Yale Law Journ.*, 1924, p. 487.

⁵⁰ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 237-238.

⁵¹ S. LORUSSO, [Il diritto alla motivazione](#), in *Dir. pen. cont.*, 8 novembre 2018, p. 1 ss.

resti che affidarsi alla rassicurazione che, nonostante le lacune dell'ordinamento domestico, "ci sarà pure un giudice a Strasburgo".

Un possibile strumento, sebbene problematico e non integralmente risolutivo, per la gestione del mutamento giurisprudenziale sfavorevole già sul versante nazionale, può essere offerto dall'art. 5 c.p.

L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale, più che i principi ricavabili dall'art. 2 c.p., potrebbe rappresentare la base di diritto positivo in grado di attuare sul piano sostanziale quel "*prospective overruling* all'italiana"⁵² che ha trovato già riconoscimento, per le norme processuali, nella giurisprudenza civile e in quella amministrativa.

Le Sezioni unite civili della Corte di cassazione, con la sentenza n. 15144 del 2011, hanno ritenuto che, qualora l'*overruling* relativo a norme processuali si connoti del carattere dell'imprevedibilità, i principi relativi al giusto processo, volti a tutelare l'effettività dei mezzi di azione e difesa, impongono di escludere l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente nella consolidata precedente interpretazione⁵³. Lo strumento "rimediale" viene individuato essenzialmente nella rimessione in termini: l'art. 153, secondo comma c.p.c., introdotto dopo l'abrogazione dell'art. 184-bis c.p. ad opera della legge n. 69 del 2009, prevede infatti che la parte che dimostri di essere incorsa in decadenze «ad essa non imputabili» può chiedere al giudice di essere rimessa in termini.

Valorizzando la portata di "arresto di principio" della pronuncia in questione⁵⁴ e pur nella consapevolezza del rischio insito in indebite generalizzazioni, potrebbero ricavarsi alcune indicazioni "di metodo", utili anche sul versante penalistico.

Anzitutto, le Sezioni unite civili, pur imprimendo una svolta per certi aspetti rivoluzionaria alle modalità di gestione del mutamento giurisprudenziale imprevedibile, non giungono ad affermare una equiparazione dell'*overruling* con lo *ius superveniens*⁵⁵.

In secondo luogo, il mutamento giurisprudenziale come causa di rimessione in termini viene spesso accostata, nella giurisprudenza e nella letteratura civilistiche, ai concetti di "errore oggettivamente scusabile", in quanto "indotto dalla stessa giurisprudenza della Corte di cassazione"⁵⁶, di "incertezza incolpevole"⁵⁷, di

⁵² L'espressione è presa a prestito da M. CONDORELLI, L. PRESSACCO, [Overruling e prevedibilità della decisione](#), in *Quest. giust.*, 4/2018, p. 116. La distanza rispetto al *prospective overruling* di *common law* si misura, anzitutto, nel fatto che il concetto in questione si troverebbe riferito a quello che, nella tradizione anglosassone, rappresenterebbe lo *statute law* e che quindi dovrebbe seguire a logiche differenti rispetto a quello che governano il *case law*: *amplius*, E. CALZOLAIO, *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, cit., spec. p. 915 ss.

⁵³ Cass., Sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, spec. punto 2.3. del *Considerato in diritto*.

⁵⁴ E. CALZOLAIO, *Mutamento giurisprudenziale*, cit., pp. 903-904.

⁵⁵ C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. cost.*, 4/2012, p. 3169.

⁵⁶ V. in particolare Cass., sez. II, 2 luglio 2010, 15811.

⁵⁷ F. SANTANGELI, [La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling, con particolare riguardo al precedente in materia processuale](#), in

“affidamento incolpevole”⁵⁸, secondo una terminologia (e dei contenuti) che per il penalista evocano chiaramente gli scenari che si schiudono, o potrebbero schiudersi, a partire dall’art. 5 c.p.⁵⁹.

In terzo luogo, la soluzione proposta dalle Sezioni unite muove dal presupposto della possibilità di distinguere il mutamento giurisprudenziale repentino o, comunque, inaspettato, da quello “calcolabile”, che in qualche modo “era nell’aria” e che, quindi, il buon avvocato avrebbe dovuto prevedere e gestire⁶⁰. Ferma restando l’esigenza di tutela del legittimo affidamento riposto in orientamenti consolidati della suprema Corte, la parte (*id est*: l’avvocato) diligente dovrebbe pur sempre ispirarsi a un principio di precauzione, adottando, tra le varie letture possibili, quella più idonea a tutelare gli interessi del proprio assistito. Deve trattarsi di un avvocato particolarmente avvezzo tanto alla consultazione delle risorse informatiche e telematiche quanto alle riviste scientifiche e, più in generale, al dibattito accademico: la giurisprudenza ha infatti precisato che il mutamento giurisprudenziale può considerarsi “prevedibile” quando alla decisione sia stato dato adeguato risalto nel sito *web* della Corte⁶¹, ma anche quando sia registrabile sul punto «un, pur larvato, dibattito dottrinale»⁶².

Anche nel processo amministrativo può considerarsi ormai una costante l’accostamento tra errore scusabile e rimessione in termini. Nel processo amministrativo, l’«errore scusabile» era espressamente previsto dagli art. 34 e 36 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, anche se la giurisprudenza lo aveva ben presto elevato al rango di vero e proprio principio generale⁶³. Nell’ordinamento attuale, l’art. 37 cod. proc. amm. prevede che «il giudice possa disporre, anche d’ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto». L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che l’art. 37 cod. proc. amm. deve essere interpretato in senso restrittivo, precisando, in particolare, che la sola situazione in grado di fondare un errore scusabile è quella di una incertezza obiettiva, ascrivibile alla difficoltà di interpretare una norma o all’esistenza di contrasti giurisprudenziali, oppure alla particolare complessità della vicenda oggetto di giudizio o, ancora, al comportamento non lineare dell’amministrazione⁶⁴.

Judicium, 23 dicembre 2011.

⁵⁸ G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 5/2011, p. 1073.

⁵⁹ Per un esplicito riferimento all’art. 5 c.p., che rappresenterebbe uno degli strumenti messi a disposizione dall’ordinamento per tutelare un affidamento incolpevole che sussista nonostante la preesistenza delle regole, G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento*, cit., pp. 1083-1084.

⁶⁰ C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull’overruling*, cit., p. 3171.

⁶¹ Cass., 7 febbraio 2011, n. 3030.

⁶² Cass., Sez. un. Civ., 17 ottobre 2012, n. 17402, in *Giur. cost.*, 4/2012, p. 3165.

⁶³ Tutti i necessari riferimenti in G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento*, cit., p. 1085; M. CONDORELLI, L. PRESSACCO, *Overruling e prevedibilità della decisione*, cit., p. 115.

⁶⁴ Cons. Stato, ad. Plen., 2 dicembre 2010, n. 3, in *Foro it.*, 2011, III, p. 133. Più in generale, v. Cons. Stato, ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13, che ammette la possibilità per l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato di modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni: a) un’obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l’esistenza di un orientamento prevalente contrario all’interpretazione adottata; c) la

Pur senza entrare nel dettaglio dell'errore scusabile così come inteso nell'ambito del processo amministrativo, può osservarsi che, mentre nell'esperienza civilistica la lesione del legittimo affidamento sia stata invocata nei soli casi di mutamento giurisprudenziale, nel processo amministrativo si tratta di un principio più ampio, che è potenzialmente in grado di riferirsi a un'ampia gamma di situazioni da cui deriva una condizione di "incertezza del diritto". Non può fare a meno di rilevarsi, poi, come il catalogo di situazioni "eccezionali" nelle quali, ad avviso del Consiglio di Stato, dovrebbe individuarsi quella condizione di incertezza oggettiva che rende scusabile l'errore, coincida in larga parte con quello individuato dalla sentenza n. 364 del 1988 per circoscrivere l'ambito applicativo del "nuovo" art. 5 c.p.

Risulta per certi aspetti sorprendente che proprio in materia penale la riflessione attorno all'errore scusabile in presenza di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole non abbia ancora raggiunto approdi sufficientemente definiti o, comunque, un grado di consapevolezza paragonabile a quello che si registra, sia pur con contenuti e finalità più limitati, nel diritto civile e in quello amministrativo. Una buona base teorica, come anticipato, potrebbe essere rappresentata dall'art. 5 c.p. Prima, però, di valutare la possibile operatività dell'*ignorantia legis* come istituto in grado di soddisfare, almeno in parte, quella esigenza di prevedibilità divenuta più pressante per effetto delle "sollecitazioni" convenzionali, sembra opportuno soffermarsi sul parametro alla stregua del quale effettuare i giudizi di accessibilità e di prevedibilità.

3.2. b) parametro del giudizio: l'interprete modello.

Il parametro dei giudizi di prevedibilità e di accessibilità rappresenta, ancor più dell'oggetto, l'autentico nodo irrisolto non solo del "modello" di legalità ricavabile dall'art. 7 CEDU, ma anche di un più generale ideale di "calcolabilità" giuridica⁶⁵. Si registra, più esattamente, un'oscillazione costante tra un parametro soggettivo (misurato sul singolo agente) e un parametro oggettivo (che considera l'incertezza derivante dall'ordinamento "in quanto tale")⁶⁶.

necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche.

⁶⁵ La complessità della questione è stata di recente sottolineata da F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità*, cit., p. 947.

⁶⁶ Sul versante dell'ordinamento italiano, la vicenda più emblematica è certamente quella sviluppatasi a partire dal caso *Contrada*. Corte EDU, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015, sembrava fondare la propria condanna nei confronti dell'Italia ritenendo, a torto o a ragione, che l'ordinamento nazionale fosse caratterizzato da una incertezza sistemica (e, quindi, oggettiva) relativa alla rilevanza penale del concorso esterno in associazione mafiosa. Nella giurisprudenza interna, tuttavia, la premessa del "metro oggettivo" della prevedibilità è stata più volte messa in discussione. App. Caltanissetta, 17 marzo 2016, n. 924, punto 7, per esempio, osservava che «[s]ul piano della prevedibilità della sanzione penale e della chiarezza delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza Co., per il suo particolare ruolo, non poteva certo avere bisogno di attendere le sanzioni unite Demitry, visto che il c.d. maxi processo di Palermo, nei suoi vari tronconi istruito e celebrato nel corso degli anni '80 del secolo scorso subito dopo l'introduzione della fattispecie di cui all'art. 416-bis c.p., aveva affrontato la questione della configurabilità del concorso esterno

Una soluzione mediana potrebbe essere rappresentata da un parametro che si identifichi nell'*interprete modello*, inteso come il soggetto che possiede gli strumenti necessari per ricavare una norma-significato a partire da una disposizione-enunciato. Si tratterebbe di un *parametro relativo*, ma pur sempre *oggettivo*, che affrancherebbe la nozione autonoma di legge-diritto da una lettura che valorizzi (solo o anche) le condizioni e le caratteristiche dell'agente concreto.

La proposta che ruota attorno al parametro dell'*interprete modello* si inserisce in una più ampia cornice teorica, che, in riferimento alla pre-determinazione delle regole di condotta e indipendentemente dal riferimento specifico al sistema CEDU, si fonda su una sostanziale transizione dalla garanzia ricavabile da una *prevedibilità soggettiva* a quella offerta da una *calcolabilità oggettiva* della norma penale.

Ad essere messa in discussione, a ben vedere, potrebbe essere la stessa idea della norma penale come comando rivolto ai consociati, che, a loro volta, si troverebbero nella condizione di orientare, consapevolmente e razionalmente, il proprio comportamento⁶⁷.

In ogni caso, indipendentemente dal fatto che si acceda all'idea della norma come comando o come giudizio ipotetico-proposizione condizionale, pare difficilmente contestabile che la *norma penale* possa e debba essere considerata, prima di tutto, come *atto linguistico*: il diritto, in fondo, è un discorso e le norme giuridiche sono entità linguistiche⁶⁸.

Muovendo dalla norma considerata nella sua natura di atto linguistico, anche la questione del suo destinatario, forse, diviene più agevole da risolvere. Il linguaggio giuridico, pur non essendo un linguaggio formalizzato, presenta una accentuata componente convenzionale (e quindi artificiale), con la conseguenza per cui i testi normativi non possono essere interpretati da chiunque, ma solo da coloro che possiedano specifiche conoscenze giuridiche. Il destinatario della norma penale, allora, è (anzitutto) il soggetto che possiede gli strumenti per attribuire un significato a quell'enunciato o, se si preferisce, per compiere il processo di "transizione" che dalla disposizione conduce alla norma.

Una norma penale, quindi, è calcolabile nella misura in cui il suo significato risulti ragionevolmente pre-determinabile da un soggetto in grado di comprendere e gestire le regole del linguaggio giuridico. Proprio per questa ragione il parametro della

in associazione mafiosa; e nei confronti di diversi imputati era stata elevata una tale contestazione anche sulla scorta delle indagini degli uffici di cui Co. faceva parte». Anche la pronuncia con cui le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno sbarrato la strada ai "fratelli minori" di Bruno Contrada hanno precisato che il concetto di "prevedibilità" ex art. 7 CEDU resta affidato a criteri di definizione ibridi: quello soggettivo, che valorizza la condotta processuale del ricorrente, e quello oggettivo, indubbiamente preponderante, il quale stigmatizza l'assenza di una norma chiara e precisa formatasi per via giurisprudenziale. Qualora si fosse attribuita una maggiore rilevanza a criteri di marca più spiccatamente soggettiva, osservano le Sezioni unite, «l'inedito rigore con il quale è stata risolta la vicenda Contrada» non avrebbe trovato una base logico-giuridica così solida e l'esito sarebbe stato verosimilmente differente (Cass., Sez. un. pen., 24 ottobre 2019, n. 8544, punto 5.3. del *Considerato in diritto*).

⁶⁷ Per più ampie considerazioni, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit., p. 126 ss.

⁶⁸ G. PINO, *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Estratto, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Giappichelli, 2013, p. 119.

calcolabilità andrebbe individuato nell'interprete modello, nel senso che il diritto può ritenersi oggettivamente calcolabile quando il significato della norma della cui applicazione si discute possa essere pre-detto da un interprete modello con un sufficiente grado di coerente approssimazione⁶⁹.

Non è un caso, del resto, che la giurisprudenza di Strasburgo, nel delineare il requisito della accessibilità *ex art. 7 CEDU*, richieda che il cittadino sia messo nella condizione, se necessario con un consiglio appropriato (*with appropriate advice*) di prevedere, secondo un grado che sia ragionevole in riferimento alle circostanze, le conseguenze che potranno derivare dalla propria condotta⁷⁰. Resta intatta la funzione di orientamento della norma, ma il parametro viene individuato tenendo conto del grado di specializzazione tecnica strutturalmente insito nel linguaggio legislativo.

Anche la giurisprudenza civile che in maniera più esplicita ha affrontato la questione degli effetti intertemporali del mutamento giurisprudenziale, come precisato⁷¹, misura l'incalcolabilità delle "nuove" soluzioni giurisprudenziali usando come parametro l'avvocato diligente e avvezzo agli strumenti messi a disposizione dalle nuove tecnologie.

Si tratta, infine, di un aspetto cui si fa riferimento nella riflessione teorica, specie in quelle ricostruzioni che, proponendo, nell'ambito del principio di determinatezza, la transizione da una prevedibilità in senso soggettivo a un affidamento in senso oggettivo, enfatizzano il ruolo che l'aiuto degli esperti (*Hilfe von Fachleuten*) riveste nel raggiungimento dell'obiettivo della calcolabilità⁷².

⁶⁹ L'elogio della approssimazione, di recente messo a fuoco nelle pagine di Giuseppe Terranova, si traduce nel superamento dell'esattezza e del rigore matematico a favore di una metodologia fondata piuttosto sulla logica del tendenziale avvicinamento a una meta che, pur restando sullo sfondo come obiettivo ideale e irraggiungibile, mantiene una propria valenza "performativa" (G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Pacini Giuridica, 2015, pp. 3 e 12).

La coerenza, prendendo a prestito la nota proposta ricostruttiva di Bruno de Finetti, rappresenta invece il "nuovo volto" di una teoria della probabilità letta in chiave soggettivistica: la probabilità, non rappresenta una proprietà oggettiva del mondo degli eventi, ma lo stato soggettivo di chi si interroghi circa l'esito di quegli eventi, misurando, in particolare, il grado di convinzione, la fiducia, che un agente ripone su un evento attingendo al proprio stato di informazione corrente (B. DE FINETTI, *Teoria delle probabilità. Sintesi introduttiva con appendice critica*, Giuffrè, 2005, p. 6 ss.).

L'approssimazione coerente, applicata alle tematiche che, direttamente o indirettamente, ruotano attorno al baricentro dell'interpretazione, suggerisce l'idea della graduabilità. La certezza del diritto, al pari della determinatezza della norma penale, per esempio, diviene dunque un principio graduabile, ma irrinunciabile: una sorta di imperativo categorico del quale l'ordinamento giuridico e, soprattutto, il diritto penale non possono fare a meno senza giungere alla negazione di se stessi e che, pur con tutte le strutturali debolezze che la contraddistinguono nell'età della decodificazione, delle norme senza fattispecie e dell'eccesso di regole, resta più auspicabile e meno temibile rispetto al suo speculare alter ego: l'incertezza del diritto, qualsiasi cosa con questa espressione si intenda significare.

⁷⁰ Valga, per tutti, il riferimento a Corte EDU, *Sunday Times c. Regno Unito*, 26 aprile 1979, § 49.

⁷¹ V. § precedente.

⁷² H.L. SCRHEIBER, *Gesetz und Richter zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, p. 216.

4. L'art. 5 c.p.: dalla colpevolezza alla legalità.

Il pendolarismo tra “oggettivo” e “soggettivo” riguarda in maniera più generale le questioni relative alla determinatezza già in una prospettiva di “mero” diritto interno.

Le problematiche riferibili alla determinatezza (complessivamente intesa), in effetti, sono state progressivamente convertite da questioni attinenti alla legalità in questioni attinenti alla colpevolezza, smarrendo la propria ossatura di carattere oggettivo a favore di una non meglio precisata prevedibilità di matrice soggettiva.

Non si è mancato di osservare che la legalità sarebbe una mera specificazione del principio di colpevolezza⁷³ o, “ristabilendo” la gerarchia tra i principi, un corollario della superiore istanza di colpevolezza⁷⁴.

A ben vedere, se proprio si volesse individuare un rapporto di implicazione reciproca tra legalità e colpevolezza, sembra più convincente mantenere inalterata la “gerarchia tradizionale”, secondo la quale la legalità implica la colpevolezza o, meglio, la colpevolezza è la necessaria conseguenza di una legalità assicurata in tutte le sue componenti, a partire dalla combinazione determinatezza-irretroattività: prima della esigenze espresse dalla colpevolezza, logicamente e giuridicamente, si pongono quelle di cui è espressione la legalità.

La preferenza per un “modello oggettivo” di calcolabilità giuridica, allora, comporta come prima conseguenza di rilievo quella di ricondurre le questioni relative al difetto di prevedibilità della norma penale nell'alveo (anzitutto) del principio di legalità.

Questo è anche il contesto teorico nel quale può collocarsi l'art. 5 c.p.

Specie dopo la sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, l'art. 5 c.p. è stato individuato come muro portante della colpevolezza, sul versante della piena attuazione del principio di personalità della responsabilità penale.

Pur senza la pretesa di tornare su una pronuncia ampiamente e dettagliatamente “vivisezionata”, può essere utile ricordare che la sentenza n. 364 del 1988 si compone di due anime, tenute insieme dal comune battito vitale del principio di personalità della responsabilità penale: da una parte, il “tendenziale” divieto di responsabilità oggettiva e, dall'altra parte, la necessaria (ri)conoscibilità della norma penale. Sebbene la questione della responsabilità oggettiva sia affrontata nell'ambito di un ampio *obiter dictum*⁷⁵, funzionale poi a motivare la dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p., si tratta indubbiamente della parte più convincente della pronuncia, almeno nelle premesse.

Non appena ci si sposti sul versante della *culpa iuris*, l'andamento argomentativo della Corte diviene più incerto. Si esordisce ritenendo che il primo e il terzo comma dell'art. 27 Cost. impongano di sottoporre a pena solo quegli episodi che esprimano un atteggiamento di riprovevole contrasto o indifferenza rispetto alla legge penale e che,

⁷³ W. SAX, *Grundsätze der Strafrechtplege*, in *Die Grundrechte*, vol. III, a cura di K.A. Battermann, H.C. Nipperdey, U. Scheuner, Dinkler&Humblot, 1959, p. 999.

⁷⁴ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 220.

⁷⁵ D. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 700.

quindi, siano “rimproverabili”⁷⁶. Subito dopo, tuttavia, si assiste a un brusco cambio di prospettiva, che dall’autore del reato conduce direttamente alla norma penale. I principi costituzionali in materia penale, precisano i giudici, devono garantire a tutti i c.d. destinatari della norma penale la sicurezza giuridica di non essere puniti qualora vengano realizzati comportamenti penalmente irrilevanti, svelando in tal modo «la funzione d’orientamento culturale e di determinazione psicologica operata dalle leggi penali»⁷⁷. I corollari della legalità penale (riserva di legge, tassatività, irretroattività) «sono espressione della contropartita (d’origine contrattualistica) che lo Stato offre in cambio [...] dell’obbligatorietà della legge penale», assicurando ai cittadini che non li punirà senza averli preventivamente informati su ciò che è penalmente rilevante: in questo, appunto, consisterebbe il principio di riconoscibilità delle norme penali, che troverebbe il suo fondamento nell’art. 25, secondo comma Cost., ma anche nell’art. 73, terzo comma Cost.⁷⁸.

Quanto alla personalizzazione del rimprovero, si è già precisato che la dialettica tra “oggettivo” e “soggettivo” si risolve, in definitiva, sul versante del parametro alla stregua del quale l’accertamento andrebbe condotto. La sentenza n. 364 del 1988 esclude la rilevanza di criteri soggettivi puri, focalizzando la propria attenzione sui criteri oggettivi e su quelli misti⁷⁹, restituendo l’impressione che, proprio in questa parte della motivazione, la Corte costituzionale reciti il copione della colpevolezza, ma prenda a prestito le battute della legalità.

Come ormai da tempo evidenziato, i casi di inevitabilità dell’*ignorantia legis* portati in via esemplificativa dalla Corte, facendo riferimento a concetti come la “impossibilità di conoscenza per ciascun consociato” e la “oggettiva mancanza di riconoscibilità della norma”, sembrerebbero allontanarsi dalla esigenza di una soggettiva personalizzazione del rimprovero, individuando anzi ipotesi “estreme”, in cui potrebbe addirittura dubitarsi della illegittimità costituzionale della norma per vizio di determinatezza⁸⁰: la rilevanza dell’*ignorantia legis*, altrimenti detto, sarebbe chiamata a operare in situazioni di oggettiva carenza dell’ordinamento che risultano in contrasto con i principi costituzionali e che dovrebbero rilevare autonomamente e preventivamente rispetto alla colpevolezza⁸¹.

All’enfasi posta sulla *personalizzazione del rimprovero* fa quindi da contraltare la *sperimentalizzazione del giudizio di inevitabilità*.

Le maggiori conoscenze o abilità dell’agente concreto, ad avviso della Corte, possono e devono essere tenute in considerazione, ma solo “*in malam partem*”, visto che la loro valorizzazione è funzionale (solo) ad escludere che l’ignoranza possa considerarsi inevitabile⁸². A venire in considerazione sarebbe, per dir così, una sorta di “colpevolezza

⁷⁶ Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, p. 711.

⁷⁷ Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, cit., p. 713.

⁷⁸ Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, cit., pp. 713-714.

⁷⁹ Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, cit., pp. 728-729.

⁸⁰ Così L. STORTONI, *L’introduzione nel sistema dell’errore scusabile di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1324-1325.

⁸¹ L. STORTONI, *L’introduzione nel sistema dell’errore scusabile di diritto*, cit., p. 1326.

⁸² Cfr. Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, cit., p. 728. Sul punto D. PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., p.

in funzione incriminatrice”, con la personalizzazione del rimprovero che, da limite della responsabilità, ne diviene il fondamento.

Si tratta, in effetti, della stessa logica cui sembrano ispirate le pronunce della Corte di Strasburgo tradizionalmente indicate come quelle in cui emergerebbe un tratto più chiaramente soggettivo della accessibilità e della prevedibilità *ex art. 7 CEDU*. Particolarmente significative risultano al riguardo le considerazioni svolte nelle sentenze *Soros*⁸³ e *Groppera*⁸⁴. Entrambe le pronunce, in effetti, pongono una significativa enfasi sulla peculiare qualifica professionale dei ricorrenti, che “soggettivizza” il rimprovero per fondare la responsabilità, non certo per escluderla. Dall’altra parte, tuttavia, i giudici di Strasburgo precisano che, pur a fronte di un quadro normativo complesso, l’intervento di soggetti in grado di “decifrarlo” avrebbe consentito di “accedere” alla regola di condotta violata e di “prevederne” gli esiti applicativi.

Se, allora, l’art. 5 c.p. si trovasse definitivamente liberato dalla camicia di costrizione della colpevolezza che, in fondo, ha finito per disinnescarne la potenziale carica applicativa, l’*ignorantia legis* potrebbe trovare una sua collocazione più convincente sul piano (non del reo, ma) della norma penale.

La progressione descritta dagli articoli 2, 3, 4, 5 e 6 ss. c.p., del resto, sembra sufficientemente chiara: la legge individua le *condizioni di validità e di efficacia della norma penale*.

La formulazione originaria dell’art. 5 c.p., secondo cui nessuno, senza eccezione alcuna, può invocare a propria scusa l’ignoranza della legge penale, introduceva una condizione di efficacia della norma penale, senza nulla precisare sul piano della validità

722.

⁸³ Corte EDU, *Soros c. Francia*, 6 ottobre 2011, spec. §§ 57 e ss. La pronuncia riguardava l’incerta applicazione, in assenza di precedenti giurisprudenziali specifici, del reato di *insider trading* in riferimento all’acquisto di azioni di società di una banca francese, avvenuto sfruttando le sue conoscenze “privilegiate”. La Corte, escludendo una violazione dell’art. 7 CEDU, valorizza anzitutto la ravvisabilità di pronunce giurisprudenziali riferite a casi significativamente “prossimi” a quelli del ricorrente, precisando poi che Soros, in quanto investitore istituzionale, non poteva ignorare che la sua decisione di investire nei titoli della banca potesse comportare profili di responsabilità penale: proprio in ragione dell’assenza di precedenti specifici, avrebbe dovuto porre maggior prudenza prima di concludere l’investimento. In questo caso, il criterio soggettivo viene usato in aggiunta rispetto a quello oggettivo (S. DE BLASIS, [Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell’esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, p. 132), ma è quest’ultimo che sembra svolgere un ruolo decisivo: la maggiore prudenza richiesta a Soros muove dal presupposto che, magari avvalendosi del parere di esperti, avrebbe potuto ri-conoscere la rilevanza penale della condotta posta in essere.

⁸⁴ Corte EDU, *Groppera Radio c. Svizzera*, 28 marzo 1990, spec. § 68. Nel caso in questione veniva in considerazione una norma in materia di trasmissioni radiofoniche internazionali non ancora pubblicata, ma accessibile ai ricorrenti in ragione della professione svolta. Sebbene in questo caso il criterio soggettivo sembrerebbe impiegato dalla Corte in via esclusiva (S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo*, cit., p. 132), la Corte muove pur sempre dalla premessa della estrema complessità della normativa in materia di telecomunicazioni internazionali, che esige la necessità di avvalersi di esperti del settore. Una emittente come Groppera Radio, proseguono i giudici di Strasburgo, avrebbe dovuto informarsi con precisione sulle regole applicabili in Svizzera, *if necessary with the help of advisers*: se i ricorrenti lo avessero fatto, avrebbero trovato regole sufficientemente accessibili, che li avrebbero messi nella condizione di regolare adeguatamente la propria condotta.

della norma. L'intervento additivo della Corte costituzionale, indipendentemente dal fatto che l'intento dichiarato fosse quello di conferire piena attuazione al principio di personalità della responsabilità penale, sembra invece ricollocare la previsione in questione tra quelle che definiscono i limiti di validità formale della norma penale⁸⁵.

La validità che l'art. 5 c.p. interverrebbe a delimitare potrebbe essere definita come una *validità interpretativa* della norma penale, nel senso che la stessa per potersi considerare valida (e quindi efficace) deve risultare sufficientemente riconoscibile. Quest'ultima condizione, a sua volta, può ritenersi soddisfatta quando la norma risulti sufficientemente pre-determinata o pre-determinabile, secondo il parametro dell'interprete modello. L'art. 5 c.p., allora, interverrebbe a fronte di quelle invalidità interpretative non assolute, ma per dir così, relative, nel senso che non possono "sanarsi" attraverso una dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Con particolare riguardo ai mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, l'art. 5 c.p. potrebbe rappresentare l'equivalente penalistico della rimessione in termini o, meglio, la base di diritto positivo alla quale ancorare il *prospective overruling* di "casa nostra": a fronte di orientamento "incalcolabile" *in malam partem*, la giurisprudenza potrebbe certamente affermarlo per il futuro, senza restare imbrigliata in una poco auspicabile stagnazione del precedente, prosciogliendo però l'imputato, nel processo in corso, per ignoranza inevitabile della norma penale.

5. Il coraggio di credere a un mito, sapendo che è un mito.

La soluzione proposta non è scontata, né nella sua enunciazione teorica né nella sua applicazione concreta⁸⁶. Il rimedio dell'art. 5 c.p., anche a volerlo ritenere

⁸⁵ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, III ed., Vol. I, Giappichelli, 2020, p. 461, sottolinea come l'art. 5 c.p., lungi dal porre una questione relativa alla struttura dell'elemento soggettivo, individui una «pre-condizione all'applicabilità della norma». Sul punto v. anche M. TRAPANI, [Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo](#), in *Arch. pen.*, 1/2017, p. 56 (nota 118), ad avviso del quale l'inevitabilità dell'errore sulla proibizione individuerrebbe «un "limite" alla "vincolatività", in concreto, della norma giudiziale; in una parola, un elemento "negativo" della norma». L'Autore, quindi, ritiene che quello posto dall'art. 5 c.p. sia un problema attinente al piano dell'efficacia, non già della validità, intendendo quest'ultima come esistenza di una norma vincolante.

⁸⁶ Cfr. F. PALAZZO, [Legalità fra law in the books and law in action](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, p. 9, il quale, accostando l'*error iuris* a un concetto di certezza del diritto intesa in senso soggettivo e, quindi, come condizione di autodeterminazione del singolo, ritiene che il ricorso all'art. 5 c.p. non vada esente da profili di criticità (uno dei rischi è quello di esonerare il legislatore dall'obbligo di determinatezza, spostando la questione sull'interpretazione e sui giudici), auspicando tuttavia che la disposizione in questione conosca un'applicazione più diffusa rispetto a quella che si registra attualmente nella giurisprudenza. R. BARTOLI, [Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia e mutamento sfavorevole](#), in questa *Rivista*, 28 giugno 2022, pp. 22-23, osserva come l'impiego dell'art. 5 c.p., se è da salutare con favore, risulta da solo insufficiente, se non altro perché finisce per scaricare sul destinatario oneri che sono propri dell'ordinamento, evidenziando, altresì, tutte le criticità insite tanto in una lettura oggettiva quanto in una lettura soggettiva dell'*ignorantia legis*. M. DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

“sostenibile” sul piano dogmatico, dovrebbe pur sempre essere attivato da quegli stessi giudici rispetto ai quali la norma in questione dovrebbe funzionare come “limite”. Niente sembrerebbe cambiato, quindi, sul prato verso il quale è destinato a planare l’aquilone del diritto penale.

A ben vedere, tuttavia, c’è qualcosa di nuovo che risplende sotto quel sole dall’antico sapore: è innegabile, in effetti, che l’impatto del diritto europeo sulla legalità penale passi anche attraverso il ruolo sempre più significativo svolto dalle Corti europee, con particolare riguardo, dopo la “stabilizzazione” della CEDU nel nostro sistema delle fonti, alla Corte di Strasburgo. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, veicolata dalle nozioni autonome di “legge” e di materia penale, ha costretto l’interprete nazionale a rispolverare l’argenteria di costruzioni dogmatiche per troppo tempo riposte nello scaffale delle premesse scontate. A ciò si aggiunga che, a fronte di mutamenti giurisprudenziali “eclatanti”, è pronto a risuonare il campanello d’allarme di Strasburgo, che, censurando difetti sistemici dell’ordinamento, aprirà pressoché inevitabilmente il varco problematico dei “fratelli minori” del ricorrente vincitore. Il pragmatismo proprio della Corte EDU capace di sollecitare l’adozione di tutti gli strumenti che rafforzino la stabilità e l’uniformità del diritto giurisprudenziale⁸⁷, rappresenta, del resto, il testimone più tangibile di quella staffetta tra legalità nazionale ed europea che, proprio in questo tratto della “corsa”, sta forse entrando nella sua fase “costruttiva”.

L’aspirazione, quindi, dovrebbe essere quella di rafforzare l’armatura costituita dai principi costituzionali e dal diritto positivo italiano, per ricomporre la dicotomia tra legalità nazionale e legalità europea in un quadro complessivo capace di enfatizzare più le analogie che le differenze reciproche.

Un modello oggettivo di calcolabilità giuridica potrebbe, poi, portare a rivalutare, anche a fini penalistici, il ruolo della “comunità interpretativa”, intesa come tessuto di orizzonti di attesa verso il quale si orienta il processo di interpretazione-applicazione ed entro il cui perimetro si utilizzano metodi e materiali giuridici⁸⁸, che condiziona l’attività dell’interprete, ma, al tempo stesso, ne è il risultato⁸⁹. Anche la comunità interpretativa si inserisce in quel processo di progressivo superamento del

1/2016, p. 361, muovendo dalla lettura tradizionale dell’art. 5 c.p. come scusante soggettiva, ritiene che nei casi in cui la norma non sia conoscibile a causa di una patologica incertezza giurisprudenziale, sia dato rinvenire una “colpa dello Stato” non già una “colpa del cittadino”. L’Autore precisa poi (p. 369) che, pur a voler chiamare in causa l’art. 5 c.p. come scusante anche oggettiva, si tratterebbe in ogni caso di una soluzione inappagante o, comunque, parziale. V. NAPOLEONI, [Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di \(supposto\) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo](#), in *Dir. pen. cont.*, 3-4/2012, p. 165, sottolinea che il ricorso all’art. 5 c.p., pur astrattamente praticabile, scontrerebbe l’elevato tasso di discrezionalità nell’applicazione dell’istituto, ritenendo più “rassicurante” omologare il mutamento giurisprudenziale *in malam partem* all’introduzione di una nuova norma penale sfavorevole al reo, con conseguente operatività del principio di irretroattività. Il rischio di ineffettività della (pur praticabile) tutela offerta dall’art. 5 c.p. è evidenziata anche da F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., p. 8 ss.

⁸⁷ F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità*, cit., p. 952.

⁸⁸ G. ZACCARIA, voce *Interpretazione del diritto*, cit., p. 706.

⁸⁹ E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell’applicazione del diritto*, Giappichelli, 2000, p. 15 ss.

modello illuministico di sovranità e, quindi di legalità: il luogo dell'autorità si sposta dall'esterno della comunità di giuristi al suo interno, dal potere legislativo a quello giudiziario⁹⁰, determinando una poliarchia delle fonti e, in definitiva, un nuovo modo di concepire l'autorità giuridica. Se, però, il concetto di comunità interpretativa si emancipa dal rischio di una esclusiva inclinazione verso il soggettivismo puro, mettendo in evidenza più le interpretazioni che gli interpreti⁹¹, l'ideale al quale tendere potrebbe divenire (almeno) quello di una tendenziale calcolabilità della decisione giudiziale, magari anche attraverso una nuova centralità della dottrina penalistica, che, indipendentemente dalla sua pretesa aspirazione a definirsi "scienza", possa fortificare la propria vocazione pragmatica attraverso l'elaborazione di modelli e schemi capaci di orientare l'attività legislativa e la prassi applicativa, nonché di valutarne i risultati, mantenendo aperti canali di dialogo e di scambio⁹².

Senza cedere né a una sconcertante e catastrofica disillusione né ad un ottimismo anacronistico e velleitario, non resta che affidarsi all'antidoto di una ottimistica disillusione o, se si vuole, di un disilluso ottimismo, efficacemente sintetizzati dalle parole di Marcello Gallo: «[...] mi colloco in un cerchio culturale nel quale sovrastano i principi del garantismo e della certezza. E siano pure miti. Ché se è bello che si trovino tanti spiriti critici, pronti a spiare, a scoprire e denunciare i miti, i miti duri a morire conservati o insinuati nella vita di oggi, penso per esempio al Barthes delle *Mythologies*, credo anche che dovremmo essere tutti così illuminati da essere capaci di credere a un mito, sapendo che è un mito»⁹³.

⁹⁰ E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa*, cit., p. 17.

⁹¹ F. VIOLA, *La comunità interpretativa nel diritto e nella teologia*, in *Hermeneutica*, 1998, p. 34.

⁹² G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2001, p. 375.

⁹³ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., XXIII-XXIV.

PROSPETTIVE DELLA LEGALITÀ PENALE

di Ernesto Lupo

Importante prospettiva della legalità penale è l'integrazione tra la legalità nazionale, fondata sulla riserva di legge, e la legalità europea, che prende in considerazione la norma penale come interpretata ed esige la prevedibilità delle decisioni giudiziali. Quest'ultima può realizzarsi solo in presenza di una giurisprudenza stabile ed uniforme; per siffatto obiettivo devono sentirsi coinvolte tutte le istituzioni giudiziarie, e quindi, nelle loro diverse funzioni, la Corte costituzionale, la Corte di cassazione, i giudici di merito. Occorre, comunque, che la prevedibilità della legge interpretata sia garantita, costituendo essa un diritto fondamentale previsto dalle relative Carte europee. L'istituto attraverso cui questa garanzia può realizzarsi nell'ordinamento italiano è l'error iuris, ravvisabile nei casi non solo di overruling, ma anche di contrasto giurisprudenziale duraturo ed ingiustificato. Incontra, invece, difficoltà, l'applicazione, nelle stesse situazioni, dell'art. 2 c.p.

SOMMARIO: 1. Punti fermi della situazione attuale. – 1.1. Diversità tra legalità interna e legalità europea. – 1.2. Espansione del diritto giurisprudenziale. – 2. Obiettivo verso cui tendere: l'integrazione tra le due legalità penali. – 3. Coinvolgimento di tutte le istituzioni giudiziarie verso l'obiettivo. – 3.1. Corte costituzionale. – 3.2. Corte di cassazione. – 3.3. Giudici di merito. – 3.3.1. Valorizzazione del precedente giudiziale. – 3.3.2. *Favor* per l'incidente di costituzionalità. – 4. La prevedibilità della *regula iuris* applicata. – 4.1. La prevedibilità come elemento della colpevolezza. – 4.2. Cosa aggiunge la prevedibilità alla riserva di legge.

1. Punti fermi della situazione attuale.

Un'opinione sulle prospettive future della legalità penale non può che partire dalla analisi della situazione attuale.

Nella parte iniziale di questo secolo, due mi appaiono le principali caratteristiche della legalità penale, innovative rispetto a quella disegnata dalla Carta costituzionale repubblicana: a) l'emersione di una legalità europea, che ha un contenuto diverso dalla legalità interna; b) la progressiva espansione di un diritto penale giurisprudenziale.

Vi è una chiara connessione tra queste due caratteristiche. La legalità europea è stata disegnata dalle pronunzie delle due Corti europee e quindi costituisce tipico risultato di un diritto giurisprudenziale. Gli effetti che le pronunzie della Corte di Lussemburgo e della Corte di Strasburgo producono sull'ordinamento interno – sia pure con intensità e con modalità tra di esse molto differenziate – pongono problemi giuridici di regola non facili, che trovano per lo più soluzione nelle decisioni dei giudici nazionali, il cui potere interpretativo, perciò, viene sempre più ad espandersi.

Non lievi sono le modifiche che si sono così prodotte nella legalità penale attuale, tanto da essere qualificata “nuova” per distinguerla dalla legalità tradizionale fondata esclusivamente sulla legge interna, costituente l’unico, ma essenziale, vincolo per il giudice nazionale (art. 101, comma 2, Cost.).

1.1. Diversità tra legalità interna e legalità europea.

La Corte di Strasburgo, nell’interpretare l’art. 7 della Cedu (*nessuna pena senza legge*), ha da tempo affermato l’orientamento secondo cui le disposizioni penali sui reati e sulle pene devono rispettare determinati requisiti di accessibilità (conoscibilità) e di prevedibilità, in modo che i destinatari delle stesse possano conoscere preventivamente quale condotta è vietata e quale pena può seguire alla violazione. Questi requisiti attengono alla qualità della norma penale, qualunque sia la fonte che la contenga: legge parlamentare o fonte secondaria o comunque di altro tipo (come quella giurisprudenziale). In tal modo la Corte europea non entra nel sistema delle fonti vigenti nei singoli Stati, né essa può entrarvi, perché le sue pronunzie producono effetti in ordinamenti giuridici sia di *civil law*, sia di *common law*. La Corte, in particolare, non richiede che la previsione dei reati e delle pene costituisca una scelta del Parlamento. Pertanto, non vi è, nella legalità europea, una riserva di legge, come quella prevista, per la legalità interna, dall’art. 25, comma 2, Cost., né assoluta, né relativa.

L’oggetto della prevedibilità è l’applicazione giudiziale della norma penale. Noi siamo soliti distinguere tra previsione astratta ed applicazione della norma: l’art. 65 ord. giud. attribuisce alla Corte di cassazione le diverse funzioni di assicurare *l’uniforme interpretazione* e *l’esatta osservanza* (e cioè applicazione) della legge. La Corte europea unifica questi due momenti perché considera il diritto effettivo, il diritto vivente. Prevedibile deve essere la norma come applicata (*in action*), e non quella astrattamente prevista (*in the books*).

Questa concezione della legalità penale, affermata inizialmente dalla Corte di Strasburgo, è pienamente recepita dalla Corte di Lussemburgo nella interpretazione dell’art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Si può citare la recente Corte di giustizia (Prima Sezione), 11 giugno 2020, C-634/18, § 47-52, la quale ha ritenuto non contrastante con il principio di legalità penale la legge polacca, che considera reato la detenzione di un *rilevante quantitativo di prodotti stupefacenti o di sostanze psicotrope*, e rimette, “volta per volta, l’interpretazione di questa nozione alla valutazione di giudici nazionali, purché detta valutazione soddisfi i requisiti di prevedibilità”¹.

Questa piena conformità tra legalità penale secondo la Cedu e legalità penale dell’UE – coerente, d’altronde, con la previsione dell’art. 52, comma 3, della Carta dell’Unione – giustifica il riferimento generale finora fatto alla legalità europea, senza distinzione nell’ambito delle stesse.

¹ Corsivo qui aggiunto.

1.2. Espansione del diritto giurisprudenziale.

L'espressione "diritto penale giurisprudenziale" poteva considerarsi nello scorso secolo un ossimoro, essendo il diritto penale per sua essenza formato dalla legge, che la giurisprudenza aveva il compito di applicare. Oggi è generalmente ammessa non solo l'esistenza, ma la progressiva espansione di questo fenomeno, qualunque sia la valutazione che di esso si voglia dare. Mi limito ad indicare un piccolo dettaglio che, però, può essere emblematico: l'espressione forma il titolo di un innovativo e lodevole volume in cui si trattano molti istituti di parte generale del codice penale alla luce di *leading cases* giurisprudenziali, per lo più delle Sezioni unite penali della Cassazione².

L'emergere di un formante giurisprudenziale del diritto (anche penale) è dovuto a molteplici fattori. Quello iniziale è da individuarsi nella Costituzione repubblicana, la quale ha comportato l'applicazione dei principi e dei valori in essa espressi, anche attraverso l'interpretazione della legge agli stessi conforme da parte del giudice comune. La Cedu ed il diritto comunitario hanno, poi, determinato la analoga necessità di interpretazioni conformi a queste nuove fonti normative ed alle pronunzie delle relative Corti europee. Nello stesso tempo sono andati progressivamente accrescendosi i difetti della legislazione: leggi numerose, spesso complesse ed oscure, rapidamente mutevoli, che hanno ampliato conseguentemente lo spazio consentito alla interpretazione. È, infine, mutata nella cultura giuridica la stessa concezione dell'attività interpretativa che, fondandosi sulla distinzione tra enunciato normativo (la disposizione) e contenuto dello stesso (norma), ha attribuito all'interprete la funzione di desumere dall'enunciato la norma, la quale è diventata pertanto non più un antecedente dell'attività interpretativa mirante al suo accertamento, ma un risultato della interpretazione.

In sostanza, è radicalmente mutato il rapporto tra la legge ed il giudice. La semplice soggezione del giudice alla legge, fondamentale garanzia costituzionale affinché l'indipendenza del giudice non si trasformi in arbitrio, ha assunto un significato che non può più essere quello che esso aveva nella cultura del Costituente.

Ed invero, una volta ampliatisi il sistema delle fonti del diritto, che non si sostanzia più nella sola legge statale, la soggezione del giudice va riferita all'intero diritto, che è formato anche dai precedenti giurisprudenziali, legittimamente intervenuti negli spazi lasciati aperti dalle fonti normative che quei precedenti hanno applicato, spazi sensibilmente ampliatisi a causa della maggiore complessità dello stesso sistema e dei fattori dianzi sinteticamente richiamati.

I particolari limiti costituzionali che le fonti pongono all'interprete nella materia penale, se operano quando si compie l'attività, non incidono sulla natura ed efficacia di precedente della interpretazione effettuata dalla pronunzia prioritariamente emanata, sempre che essa sia correttamente collegata all'enunciato legislativo interpretato. Non esiste, cioè, un diritto penale totalmente o meramente giurisprudenziale perché, nel nostro ordinamento costituzionale, l'interpretazione giudiziale deve sempre trovare il

² T. EPIDENDIO, E. ROSI (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 2022.

suo fondamento nella legge scritta. Ma, fermo questo collegamento, la soggezione del giudice, prevista dall'art. 101, secondo comma, Cost., va oggi riferita non soltanto alla legge, ma alla più ampia nozione di diritto.

2. Obiettivo verso cui tendere: l'integrazione tra le due legalità penali.

Si è già osservato che la legalità penale europea è diversa dalla legalità nazionale perché in essa non è compresa la riserva di legge. Non vi è però alternatività tra le due legalità, perché la prima non è sostitutiva della seconda, ma la integra e la amplia. La riserva di legge si accontenta della certezza dell'enunciato legislativo e, una volta che questo rispetti il corollario della stessa riserva costituito dalla determinatezza/precisione della disposizione, non riguarda l'ambito della sua applicazione (se non per il divieto di analogia e di retroattività *in malam partem*). Ma, fermi questi limiti, la riserva di legge non tocca lo spazio interpretativo che il testo legislativo lascia libero. L'accessibilità e, soprattutto, la prevedibilità della norma si riferiscono, invece, a come l'enunciato legislativo viene interpretato ed applicato, e quindi alle norme come vivono e non come sono soltanto scritte.

La funzione della legalità europea è la certezza del diritto (o, secondo il linguaggio delle Corti europee, la sicurezza giuridica), non diversamente da quella perseguita dalla nostra riserva di legge, ma la garanzia europea ha un oggetto più ampio di quest'ultima, perché si estende al diritto giurisprudenziale ed alla uniformità degli orientamenti interpretativi, richiesta, come si vedrà, dal giusto processo (anche al di fuori del processo penale) almeno a livello di Corte suprema statale (alla quale tale compito sia attribuito dall'ordinamento interno).

Per completezza, va rilevato che la prevedibilità della decisione costituisce, secondo il diritto europeo, il contenuto di un diritto individuale (fondamentale), mentre la certezza del diritto viene in considerazione nella nostra cultura giuridica sotto il profilo ordinamentale. Ma identica è l'esigenza garantistica della collettività di conoscere preventivamente le condotte vietate e le conseguenze delle violazioni commesse.

È essenziale rilevare che la legalità europea si aggiunge a quella nazionale, la quale rimane immutata nelle garanzie previste dalla Costituzione e dal codice penale. In tal senso è esplicito l'art. 53 Cedu: *Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato Contraente o da altri accordi internazionali di cui tale Stato faccia parte*. Analoga disposizione è contenuta nell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Ma vi è di più. L'integrazione tra le garanzie nazionali della legalità penale e quelle della legalità europea non solo risponde ai principi delle due Carte del diritto europeo. Essa è anche coerente con la nostra Costituzione, nella quale trova autonomo

fondamento la prevedibilità richiesta dal diritto europeo, secondo la condivisibile analisi di Francesco Viganò³.

Deve, quindi, concludersi che la prevedibilità della applicazione giudiziale ha un fondamento non solo nel diritto europeo (Cedu e Carta dell'UE), ma anche nella nostra Costituzione. Essa finora è stata pressoché ignorata a livello interno, come dimostrano le reazioni soprattutto iniziali alla sentenza Contrada (su cui tornerò). Il suo perseguimento è però doveroso, perché oggi la legalità penale rilevante in Italia è un *mixtum* di legalità nazionale (art. 25 Cost. e codice penale) e di legalità europea (accessibilità e prevedibilità della regola giuridica applicata). In tal senso può giustificatamente parlarsi di “nuova” legalità penale, che è insieme legalità costituzionale e legalità europea.

3. Coinvolgimento di tutte le istituzioni giudiziarie verso l'obiettivo.

Le prospettive future di questa “nuova” e più ampia nozione di legalità penale coinvolgono, a ben vedere, tutte le istituzioni giudiziarie. Queste possono utilizzare, al fine della integrazione tra le due legalità, gli strumenti interpretativi e la cultura del maggiore spazio riconosciuto all'interprete, che si è visto essere propri del diritto giurisprudenziale.

3.1. Corte costituzionale.

La prevedibilità della applicazione di una disposizione legislativa è tanto più facilmente realizzabile quanto più la disposizione è conforme al corollario della riserva di legge costituito dalla sua determinatezza e precisione.

Sul rispetto di questa garanzia, richiesta dalla nostra legalità costituzionale, la Corte costituzionale ha iniziato di recente ad assumere un atteggiamento più rigoroso.

La sentenza n. 115 del 2018, che ha chiuso la notissima vicenda Taricco, ha applicato un concetto “massimalista” del principio di determinatezza, esigendola “*ante applicationem*”⁴, e cioè sulla base del solo enunciato legislativo e quindi prima ed indipendentemente dalla concretizzazione giurisprudenziale, che in precedenza ha costituito per la Corte l'elemento essenziale per desumere la determinatezza e precisione della *regula iuris*, secondo un orientamento più volte seguito.

Al di là della vicenda Taricco e delle sue indubbie particolarità, va rilevato che il giudice costituzionale ha affermato l'esistenza di una indeterminatezza della legge di origine giurisprudenziale, nel senso che essa è stata desunta dalla assenza di un

³ F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016. L'A. si riferisce, in particolare, alle seguenti disposizioni costituzionali: art. 25, comma 2; art. 27, commi 1 e 3; principio di uguaglianza ex art. 3; corretta ed efficiente amministrazione della giustizia penale ex artt. 24, comma 2, 81, 111, 112.

⁴ M. DONINI, [Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018.

orientamento interpretativo uniforme della Cassazione. Questa situazione ha indotto Corte cost. n. 24/2019 a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 1, lett. a, d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (soggetti "abituamente dediti a *traffici delittuosi*"), sulla applicazione a tali soggetti della misura di prevenzione della sorveglianza speciale. Al contrario, l'interpretazione uniforme data dalla Cassazione all'altra categoria di soggetti indicata nello stesso art. 1, lett. b (soggetti "che vivono abitualmente, anche in parte, con i *proventi di attività delittuose*"), ha permesso alla Corte di giudicare sussistente nella disposizione il requisito della determinatezza e pertanto di ritenere conforme a Costituzione l'applicazione ad essi della medesima misura di prevenzione. È da rilevare che la Corte costituzionale si è astenuta dal dare essa stessa una interpretazione costituzionalmente conforme della lett. a dell'art. 1 (dichiarata illegittima) mediante una sentenza interpretativa di rigetto, adottata invece in casi precedenti relativi alla denuncia di indeterminatezza di norme penali, rese determinate proprio dalle pronunzie della Corte e perciò salvate dalla dichiarazione di incostituzionalità (come, per esempio, l'art. 434 c.p., c.d. disastro innominato, oggetto di Corte cost. n. 327/2008). Per l'aspetto che qui interessa, è irrilevante che le misure di prevenzione personali non abbiano, secondo la Corte cost., natura penale, dato che esse implicano una limitazione dei diritti fondamentali, soggetta anche essa alla riserva assoluta di legge prevista dall'art. 13 Cost.⁵.

Altra garanzia della legalità costituzionale è il divieto di analogia *in malam partem*. Il rispetto di questa garanzia è affidato al giudice penale. La sua violazione nel singolo caso può essere denunciata in cassazione. Ma non esiste alcun rimedio se il divieto è violato dalla stessa Corte di legittimità, in quanto non può al riguardo essere direttamente investita la Corte costituzionale. Quest'ultima Corte, nella sentenza n. 98/2021 (sul reato di maltrattamenti), ha avuto modo di intervenire *ex officio* sul rispetto del divieto di analogia sfavorevole da parte della Cassazione e di ricordare, sia pure in una pronunzia di inammissibilità della questione di costituzionalità, che tale divieto costituisce "un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo della legge". Il giudice costituzionale è, perciò, intervenuto in modo originale a tutela del principio della divisione dei poteri e della tassatività delle disposizioni penali.

I recenti orientamenti del giudice costituzionale esprimono, nel loro insieme, una maggiore attenzione verso la garanzia della riserva di legge in materia penale. È significativa la loro contemporaneità con la progressiva percezione, da parte della cultura giuridica nazionale, del rilievo e delle implicazioni delle sentenze europee sulla prevedibilità delle decisioni giudiziali. Può cogliersi, mi sembra, la connessione tra i due profili della legalità, con la consapevolezza che la garanzia europea, lungi dal contrapporsi a quella costituzionale, è utile anche per rendere più reale e concreta quest'ultima.

Le pronunzie del giudice costituzionale, nell'indirizzarsi verso un controllo più rigoroso sul rispetto della riserva di legge e dei suoi corollari (anche di quello che si

⁵ Corte cost. n. 24/2019, cit., § 9.7.

dirige al giudice ordinario, come il divieto di analogia *in malam partem*), contribuiscono, pertanto, in pari misura alla realizzazione della legalità europea.

3.2. Corte di cassazione.

È l'istituzione maggiormente coinvolta in modo diretto dalla garanzia europea, in quanto preposta ad assicurare l'uniforme interpretazione della legge, secondo l'ordinamento giudiziario del 1941, non contraddetto dalla Costituzione che ha garantito una ampia ricorribilità dei provvedimenti giudiziari "per violazione di legge" (art. 111). La nomofilachia della Cassazione è uno strumento fondamentale per facilitare la prevedibilità delle decisioni.

Va, perciò, approvata la scelta del legislatore penale (l. n. 103/2017) che, sia pure con oltre un decennio di ritardo rispetto al legislatore civile, ha dettato la regola posta dall'art. 618, comma 1-bis, c.p.p., secondo cui la sezione semplice della Cassazione che non condivida il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, è tenuta a rimettere la decisione del ricorso alle stesse sezioni unite. In tal modo si è costruito un procedimento diretto sia a mantenere la stabilità della giurisprudenza delle sezioni unite, sia a variare la stessa giurisprudenza in modo meditato ed ordinato, evitandosi estemporanee ed episodiche decisioni dissenzienti delle sezioni semplici. Il vincolo per la sezione semplice è di natura soltanto procedimentale, essendo essa libera di esprimere il proprio convincimento sia nell'ordinanza di remissione alle sezioni unite, sia anche ponendo in discussione la costituzionalità del principio di diritto affermato dalle sezioni unite e sollevando la relativa questione di costituzionalità, ritenuta recentemente ammissibile (ed anche fondata, nel caso deciso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 111/2022).

Occorre, ora, che le sezioni unite della Cassazione siano all'altezza della funzione ad esse assegnata dall'art. 618. Per questo risultato è essenziale l'idoneità delle regole poste dal CSM per la loro composizione ed è benefico anche un apporto della dottrina che avvenga preventivamente rispetto alla soluzione delle questioni alle stesse rimesse⁶.

Ma la funzione nomofilattica non è attribuita alle sole sezioni unite della Cassazione. Anche le sezioni semplici sono tenute a perseguire l'uniformità della giurisprudenza. La realizzazione di questa funzione è resa molto difficile dall'enorme numero di ricorsi penali proposti annualmente e dal conseguente elevato numero di magistrati che occorre destinare alla Corte, il quale comporta la formazione di collegi sempre variabili, che normalmente non dispongono del tempo e degli apporti istituzionali di studio necessari ad un approfondimento delle questioni da decidere. Può dirsi, perciò, che la struttura attuale della Cassazione è incoerente ed inadatta rispetto alla funzione nomofilattica ad essa affidata.

Se ciò è vero, è anche vero che, secondo la Corte di Strasburgo, una giurisprudenza contrastante nella interpretazione di una disposizione normativa è

⁶ Per questi aspetti debbo rinviare ad una precedente mia relazione: E. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 911, § 12-14.

ammissibile a livello di giurisprudenza di merito, non a livello di Corte suprema. La recente sentenza 30 luglio 2015, Ferreira Santos Pardal c. Portogallo, ha ribadito che un contrasto sincronico duraturo all'interno della Corte suprema costituisce violazione dell'art. 6 Cedu e rende anche necessaria la previsione di un rimedio contro le stesse sentenze della Corte suprema. È chiaro che, se il contrasto concerne la materia penale, sussiste altresì la violazione dell'art. 7 Cedu.

Occorre, pertanto, nei magistrati della Corte di cassazione, una forte consapevolezza del loro ruolo istituzionale e uno sforzo, anche organizzativo, dell'intera Istituzione a che, nonostante le difficoltà menzionate, la Cassazione riesca, pure a livello di sezione semplice, ad assolvere alla propria funzione nomofilattica, con evidenti vantaggi per la prevedibilità delle successive decisioni sia di legittimità che di merito.

3.3. Giudici di merito.

3.3.1. Valorizzazione del precedente giudiziale.

Il diritto giurisprudenziale, se non vuole produrre una applicazione giudiziaria caotica e quindi imprevedibile, richiede una maggiore valorizzazione del precedente giudiziale, ovviamente non nel senso di una sua vincolatività, ma limitatamente all'effetto di creare, nel successivo giudicante, un dovere di diligenza per conoscerlo e la possibilità di discostarsene solo per una "scelta (interpretativa) consapevole e riconoscibile come tale"⁷.

In particolare, occorre distinguere i precedenti del proprio ufficio giudiziario da quelli degli altri uffici, e specificamente della Corte di cassazione.

Le difformità di orientamenti interpretativi all'interno dello stesso ufficio nella decisione di casi che presentano le medesime caratteristiche, se sono consentite dall'indipendenza funzionale di ogni organo giudicante, costituiscono, in linea di principio, palesi e gravi disuguaglianze di trattamento, in violazione dell'art. 3 Cost. Da qui deriva il dovere professionale del dirigente dell'ufficio (o della sezione interessata) di porre in essere tentativi per realizzare l'uniformità interpretativa nell'ambito della unità organizzativa da lui diretta, attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento giudiziario (come l'art. 47-*quater* r.d. n. 12/1941).

Per i precedenti degli altri uffici di merito si pone, innanzitutto, il nodo della possibilità concreta di loro conoscenza. Se noti (perché, per esempio, dedotti da una parte in modo completo), vi è il dovere giuridico del giudicante di tenerne conto e di esprimersi sulla loro persuasività o meno.

Un valore particolare va riconosciuto ai precedenti della Cassazione, sempre che essa abbia un orientamento ben definito (e non oscillante, come la funzione di nomofilachia ad essa attribuita dovrebbe evitare). Gli orientamenti precedenti, se definiti

⁷ Così Sez. un. civ., 3 maggio 2019, n.11747, § 13-14.

e stabili, determinano i richiamati doveri di conoscenza e di indicazione delle ragioni dell'eventuale dissenso del giudicante.

La violazione di questi doveri è idonea a concretizzare una “negligenza inescusabile”, costituente uno degli elementi per l'esistenza di un illecito disciplinare (art. 2, comma 1, lettere g e m, d. lgs. n. 109/2006) o anche per l'azione di rivalsa del danno risarcito che il Presidente del Consiglio dei ministri ha l'obbligo di esercitare nei confronti del magistrato la cui condotta abbia determinato la responsabilità civile dello Stato verso il danneggiato (art. 7 l. n. 127/1988, come sostituito dalla l. n. 18/2005).

3.3.2. *Favor* per l'incidente di costituzionalità.

La valorizzazione dei precedenti, al fine di realizzare il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali, comporta l'opportunità di facilitare, nei casi in cui sia rilevante, l'emanazione di pronunzie della Corte costituzionale, con un atteggiamento del giudice ordinario di *self restraint* nell'esercizio del potere sia di interpretazione conforme alla Costituzione, sia di non applicazione delle norme interne contrastanti con il diritto dell'Unione europea.

Per quanto attiene alle questioni di costituzionalità, la rimessione all'apposito giudice consente di pervenire ad una sentenza di incostituzionalità efficace *erga omnes* ovvero, nei casi di infondatezza, ad una interpretazione che, in quanto dotata di particolare autorevolezza, conferisce una certezza maggiore di quella data, nel singolo caso, dal giudice remittente. È utile ricordare che la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 221 del 2015, ha modificato il proprio orientamento nel senso che la possibilità, per il giudice *a quo*, di dare una interpretazione conforme alla Costituzione non costituisce più un requisito di ammissibilità della questione di costituzionalità, ma pone una questione di merito del giudizio di costituzionalità, di guisa che, per l'ammissibilità della questione, è sufficiente che il giudice, nell'ordinanza di rimessione, motivi in modo plausibile la propria interpretazione posta a fondamento dell'incidente di costituzionalità. Questo nuovo orientamento della Corte costituzionale è idoneo a ridurre uno degli ambiti di maggiore incertezza del diritto (e di conseguente imprevedibilità delle decisioni), causato dal margine di opinabilità (normalmente ampio) delle interpretazioni conformi a Costituzione (che spesso implicano un bilanciamento tra diversi principi costituzionali) e dalla conseguente diversificazione delle relative decisioni, se affidate alla giurisdizione ordinaria, con effetti limitati ai singoli casi di volta in volta giudicati.

Per quanto attiene al diritto dell'Unione europea (che sta progressivamente ampliando il suo spazio nella materia penale, sia sostanziale che processuale), il contrasto con esso delle norme interne legittima, come è noto, il giudice ordinario a disapplicarle, previa eventuale instaurazione della pregiudiziale comunitaria sulla interpretazione della disposizione europea, da rimettere alla Corte di giustizia dell'Unione. Anche in questo caso, però, può conferire maggiore certezza all'ordinamento (e quindi rendere più prevedibili le decisioni future) la prospettazione alla Corte costituzionale della questione di conformità della norma interna al diritto

europeo, affidando poi al giudice costituzionale la decisione sulla necessità o meno di una pronunzia della Corte di giustizia.

Gli aspetti positivi di questa soluzione si colgono se si esamina la recente sentenza della Corte costituzionale n. 149/2022, relativa al divieto del *bis in idem*. Secondo le Corti europee, questo divieto si configura quando una persona, già giudicata in via definitiva per un fatto astrattamente punito con sanzione sostanzialmente penale, venga ad essere sottoposta ad altro procedimento punitivo per lo stesso fatto. Il divieto, però, non opera se tra i due procedimenti sussiste una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”⁸. La decisione sulla sussistenza o meno di questa connessione è soggetta alle particolarità dei singoli casi ed alle conseguenti valutazioni dei relativi giudicanti, non facilmente prevedibili. La Corte costituzionale ha ritenuto che questa connessione non sussista mai tra determinati delitti ed illeciti amministrativi punitivi previsti dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, a protezione del diritto di autore (materia disciplinata dal diritto europeo, con la conseguente applicabilità dell’art. 50 della relativa Carta dei diritti fondamentali, che pone la regola del *ne bis in idem*) ed ha quindi affermato, in modo assoluto sulle disposizioni esaminate, il divieto di instaurare il procedimento penale dopo che sia divenuta definitiva l’irrogazione, per lo stesso fatto, della sanzione amministrativa (è l’ipotesi sulla quale la Corte è stata chiamata a giudicare). Come ha osservato il giudice costituzionale (§ 2.2.2.), si è così conferito al diritto al *ne bis in idem*, nelle fattispecie generali considerate dalla sentenza, “una tutela certa ed uniforme nell’intero ordinamento”, preferibile rispetto alla “disapplicazione, totale o parziale, delle disposizioni sanzionatorie da parte del singolo giudice”, soprattutto “in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità”.

Al di là delle questioni già decise dalla Corte costituzionale ed in chiave prospettica (che è l’ottica del presente intervento), si ponga mente alle conseguenze future della sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione), 8 marzo 2022. Essa ha affermato che la disposizione dell’art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, secondo cui “le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”, come le analoghe disposizioni contenute in singole direttive, sono dotate di effetto diretto nell’ordinamento degli Stati membri, onde sussiste l’obbligo per i giudici nazionali di disapplicare le norme interne che prevedano una sanzione non proporzionata e di irrogare perciò sanzioni che siano ritenute proporzionate. Questa sentenza sembra autorizzare, o meglio obbligare, il giudice penale interno ad infliggere pene inferiori al minimo legale, qualora questo minimo venga da lui valutato sproporzionato rispetto al reato, con il conseguente potere di fissare egli stesso l’entità della pena considerata proporzionata. È facile percepire come questo potere sia difficilmente prevedibile, sia nell’*an* del suo esercizio (e cioè la valutazione della non proporzionalità del minimo di legge), sia nel *quantum* di pena irrogabile dal singolo giudice (in quanto da lui ritenuta proporzionata al reato). Merita, pertanto, di essere

⁸ Così la Corte Edu; ad “approdi assai simili” è pervenuta la Corte di giustizia, come rileva la Corte cost. alla fine del § 5.1.3 della sentenza citata.

seguito il consiglio di Francesco Viganò, che, a commento della citata sentenza della Corte di giustizia, ha ritenuto opportuno utilizzare il controllo accentrato di costituzionalità, per pervenire a pronunzie con effetto *erga omnes* in ordine sia alla non proporzionalità di una comminatoria di pena per un determinato reato, sia alla sua sostituzione con una pena proporzionata⁹. Ed è noto che la Corte costituzionale ha già ritenuto di poter dichiarare illegittimo il limite minimo della sanzione amministrativa punitiva prevista oggi dall'art. 726 c.p. (atti contrari alla pubblica decenza), perché irragionevolmente eccessivo, per violazione dell'art. 3 Cost. (di recente, sentenza n. 95/2022, in una materia estranea al diritto dell'Unione europea).

4. La prevedibilità della *regula iuris* applicata.

I comportamenti delle istituzioni giudiziarie esposti nel precedente paragrafo possono tutti facilitare la stabilità della giurisprudenza, consentendo la prevedibilità delle decisioni (*law in action*), e quindi il rispetto della legalità europea e, contestualmente, della riserva di legge. Si tratta di azioni istituzionali idonee a realizzare, in via preventiva, l'elemento caratteristico della legalità europea.

Occorre, però, che questa legalità sia garantita per l'imputato anche in via successiva, e cioè quando la prevedibilità della decisione (sotto il profilo delle regole giuridiche applicate dal giudice) non si sia avuta, nel senso che gli sono state applicate regole giuridiche imprevedibili. Le Corti europee esigono, come abbiamo visto, questa prevedibilità e ritengono che non sia legale una decisione giudiziale imprevedibile. Vi è, allora, da chiedersi: quando, anche per l'ordinamento italiano, si verifica una situazione di imprevedibilità della decisione e quale rilevanza essa ha per l'imputato?

4.1. La prevedibilità come elemento della colpevolezza.

Questi interrogativi si sono posti in modo particolarmente attuale a seguito della sentenza europea sul caso Contrada (Corte Edu, 14 aprile 2015), secondo cui ha violato l'art. 7 Cedu una pronunzia di condanna per concorso esterno in associazione mafiosa (artt. 110 e 416-bis c.p.) riferita a fatti commessi prima che tale figura di reato fosse ammessa dalle Sez. un. della Cassazione (con la sentenza 5 ottobre 1994, Demitry). Prima di questa pronunzia della Cassazione – secondo la Corte europea – detto reato “non era sufficientemente chiaro e prevedibile” per l'imputato (§ 75 della sentenza europea). A seguito della pronunzia europea la condanna di Contrada è stata ritenuta ineseguibile (Cass., 6 luglio 2017, n.43112), ma è sorto il problema se la stessa pronunzia avesse effetti per altri condannati per lo stesso tipo di reato in relazione a fatti anche essi anteriori alla

⁹ 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](#), in questa Rivista, 26 aprile 2022.

citata sentenza Demitry (i c.d. “fratelli minori” di Contrada). Pure per questi ultimi, infatti, sussisteva la medesima imprevedibilità della condanna, ritenuta dalla Corte Edu per Contrada. Le Sez. un. della Cassazione 24 ottobre 2019-3 marzo 2020, n. 8544, Genco, hanno affermato che i principi enunciati dalla Corte Edu per Contrada non si estendono a coloro che, pur trovandosi nella medesima sua posizione, non hanno proposto ricorso in sede europea.

Nell’ambito dei tanti e discussi argomenti esposti da questa complessa sentenza delle Sez. un., mi sembra che, in ordine al quesito sulla esistenza e rilevanza nel nostro ordinamento del principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali, sia da evidenziare il contenuto del § 6.5 della motivazione¹⁰: *il concetto di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta non è estraneo all’ordinamento nazionale, ma è veicolato attraverso la nozione di errore di diritto incolpevole, come elaborata dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza n.364 del 1988 (...) che ha dichiarato parzialmente illegittimo l’art. 5 c.p., “nella parte in cui non esclude dall’inescusabilità dell’ignoranza della legge penale l’ignoranza inevitabile”*. Quindi, l’imprevedibilità è stata dalle Sez. un. ricondotta nell’ambito della colpevolezza, la quale, però, non è stata limitata alla conoscenza del testo di legge, ma è stata estesa alla legge interpretata, in conformità al già visto orientamento delle Corti europee.

Le Sez. un. Genco, pur affermando in astratto la rilevanza dell’art. 5 c.p., non ne hanno fatto applicazione nel caso di specie per due concorrenti ragioni. Innanzitutto, perché si era formato il giudicato, onde era precluso il riesame della accertata colpevolezza, non consentito neanche dal sopravvenire della sentenza della Corte Edu nei confronti del solo Contrada. Secondariamente, perché l’ignoranza inevitabile della legge penale (e quindi l’imprevedibilità della sua applicazione all’imputato) si ha soltanto nel caso di mutamento di “una pacifica posizione giurisprudenziale”, e non anche “a fronte di difformi orientamenti interpretativi accolti nelle pronunce giudiziali”.

La prima ragione attiene agli effetti delle sentenze della Corte Edu (correlati anche al loro possibile diverso contenuto), che è tema diverso da quello qui affrontato, in cui rientra appieno la seconda ragione. Con essa le Sez. un. attribuiscono rilevanza, in ordine alla applicazione dell’art. 5 c.p., alla distinzione tra il contrasto giurisprudenziale, che non rende imprevedibile l’*error iuris*, ed il radicale mutamento di un orientamento giurisprudenziale pacifico (*overruling*), che, non essendo prevedibile, esclude la colpevolezza di chi si sia determinato ed abbia agito sulla base della interpretazione precedente.

Va condivisa la rilevanza, nel nostro ordinamento, della distinzione tra contrasto giurisprudenziale e mutamento radicale di interpretazione. Il contrasto giurisprudenziale reale o potenziale è la situazione fisiologica ipotizzata dall’art. 618 c.p.p. e costituisce il presupposto per l’esercizio della funzione di nomofilachia della Cassazione, onde non può, di per sé solo, determinare l’imprevedibilità della decisione di risoluzione del contrasto, qualunque ne siano il contenuto e gli effetti (favorevoli o sfavorevoli per l’imputato).

¹⁰ In adesione alla lettura che della sentenza ha già dato R. BARTOLI, [Nuovi scenari della legalità penale](#), in questa Rivista, 28 giugno 2022, § 2.3, ove anche il richiamo di un suo più ampio commento precedente.

Proprio l'esistenza di questa funzione istituzionale rende, però, patologico un contrasto duraturo, che prolunghi ingiustificatamente l'incertezza sulla esistenza o meno di un divieto penale o anche sulle sue conseguenze. Già la Corte cost., nella citata sentenza n. 364/1988 (§ 27), ha rilevato che l'ignoranza della norma penale può derivare da "un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari" (e una delle due ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale si riferiva ad un errore di diritto dipeso da "difformi interpretazioni giurisprudenziali"). Le stesse Sez. un. Genco notano che l'errore inevitabile sul divieto normativo può basarsi "su irrisolti e gravi contrasti interpretativi giurisprudenziali". Queste situazioni patologiche di incertezza costituiscono una violazione del dovere dello Stato di rendere conoscibile e prevedibile il diritto come interpretato, specie dopo che la modifica del citato art. 618 ha facilitato l'esercizio, da parte della Corte di cassazione, della funzione di risoluzione dei contrasti.

L'imprevedibilità della regola giuridica applicata si ha, pertanto, in presenza sia di un radicale mutamento di giurisprudenza (*overruling*), sia di una situazione di contrasto interpretativo duraturo ed ingiustificabile (perché, ad esempio, protrattosi a lungo all'interno della Corte di legittimità). In quest'ultima situazione, se il contrasto è da attribuirsi essenzialmente alla indeterminatezza della fonte legislativa, potrebbe anche promuoversi una pronuncia del giudice costituzionale che dichiari la violazione, da parte del legislatore, della (determinatezza richiesta dalla) riserva di legge, secondo il modello della già menzionata sentenza n. 24/2019, relativa alle misure di prevenzione.

Parte della dottrina ritiene insoddisfacente considerare la prevedibilità come elemento della colpevolezza, osservando che, nel diritto europeo, la prevedibilità, come si è visto, è una qualità della norma, la cui assenza rende il comando penale privo di base legale. Da ciò dovrebbe derivare – si sostiene – l'inquadramento della imprevedibilità nell'ambito non dell'istituto previsto dall'art. 5, ma di quello dell'art. 2 c.p., pervenendosi così ad una parificazione tra modifiche legislative e interpretazioni imprevedibili che comportino effetti sfavorevoli per l'imputato.

Questa parificazione è stata, però, decisamente esclusa dalla Corte costituzionale, anche nei casi in cui l'orientamento giurisprudenziale abbia acquistato i caratteri del diritto vivente¹¹.

Ritengo che l'applicazione dell'art. 2 c.p. alla imprevedibilità delle interpretazioni del diritto non possa prescindere da una modifica di questo articolo. Essa è stata anche proposta nei termini seguenti, come nuovo comma 1-bis dell'art. 2: *"Nessuno può essere punito per un fatto la cui punibilità, secondo l'interpretazione della legge del tempo in cui è stato commesso, era imprevedibile"*¹². In assenza di una modifica legislativa, o almeno di un diverso orientamento della Corte costituzionale, non appare configurabile una parificazione tra legge penale e sua interpretazione, sia pure nei casi in cui quest'ultima sia imprevedibile e solo al fine di escluderne gli effetti sfavorevoli per l'imputato.

¹¹ Corte cost., n. 230/2012, ribadita di recente dalla sentenza n. 25/2019.

¹² D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, Torino, 2019, p. 381.

Meritano, inoltre, attenta riflessione le considerazioni che, di recente, autorevole dottrina¹³ ha esposto sui molti aspetti di equivocità della prevedibilità intesa come requisito di legittimità della norma penale. Ed in realtà il relativo giudizio si presenta difficile ed altamente opinabile sia nella sua “base cognitiva” (quale è la giurisprudenza su cui va fondata la previsione?), sia nel “parametro” di riferimento (soggettivo o oggettivo?). La difficoltà di inserire nella legalità uno strumento predittivo come la prevedibilità si accentua se questa viene intesa non quale principio (con le caratteristiche di duttilità ad esso connaturali), ma quale regola giuridica configurante una fattispecie precisa e determinata in tutti i suoi elementi.

È allora più coerente con l’ordinamento italiano attuale attribuire rilevanza alla prevedibilità della *regula iuris* applicata sul piano della colpevolezza, mediante il suo inquadramento nell’art. 5 c.p. e la parificazione alla ignoranza inevitabile ivi prevista della imprevedibilità determinante un *error iuris* dell’imputato. Occorre, però, che questa rilevanza, finora affermata dalla giurisprudenza solo in astratto, trovi concreta applicazione, e non solo nei rari casi di vero e proprio *overruling*, ma anche nelle situazioni di contrasto interpretativo duraturo ed ingiustificato (nel senso che sarebbe stato possibile superarlo mediante il procedimento oggi previsto dall’art. 618 c.p.p.).

4.2. Cosa aggiunge la prevedibilità alla riserva di legge.

Si è sottolineato che la legalità europea fondata sulla prevedibilità del diritto interpretato non elimina, né sostituisce la riserva di legge ed i relativi corollari del nostro ordinamento costituzionale.

Può, allora, chiedersi cosa la legalità europea aggiunga alle garanzie della legalità nazionale (salvaguardate sulla base dei disposti della Cedu e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, ambedue collocati negli articoli contrassegnati dal medesimo n. 53). Come si è rilevato nello scritto di F. Palazzo in ultimo citato, dal diritto europeo deriva la necessità della “stabilità ed uniformità del prodotto normativo risultante dalla integrazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale nella norma vivente”, obiettivo – quest’ultimo – essenziale nella nostra epoca di espansione del diritto giurisprudenziale, onde non è assolutamente sufficiente il perseguimento della tradizionale certezza del diritto riferita alla sola legge scritta, liberamente interpretabile da ogni organo giudiziario, nel rapporto esclusivo ed isolato con il testo della disposizione.

Ciò esige non solo l’impegno di tutte le istituzioni giudiziarie verso la detta stabilità ed uniformità che consentano la prevedibilità delle decisioni future (secondo le linee a cui si è dedicato il § 3), ma soprattutto una garanzia destinata ad operare nei casi in cui, non essendosi realizzata detta situazione del diritto vivente, la stessa prevedibilità

¹³ F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 941.

non sia resa possibile. È la tutela dei diritti fondamentali previsti dalle Carte europee che richiede questa integrazione della legalità nazionale.

Potrebbe osservarsi che, anche nella prospettiva qui esposta, non si realizza, rispetto alla garanzia operante in via successiva, una vera e propria integrazione tra le due legalità, perché la rilevanza della imprevedibilità come assenza di colpevolezza è molto diversa dalla assenza di base legale che essa comporta secondo il diritto europeo. Si può replicare che pervenire alla non punibilità dell'imputato non posto in grado di prevedere la decisione emanata nei suoi confronti (sotto l'aspetto della regola giuridica applicata) significa evitare una pronuncia di condanna che costituirebbe violazione dell'art. 7 della Cedu e dell'art. 49 della Carta dell'Unione.

Questo effetto concreto può essere idoneo a privare di rilevanza pratica la differenza di inquadramento teorico della prevedibilità, differenza che è correlata al nostro sistema costituzionale fondato sulla riserva di legge e sulla separazione di poteri tra *legislatio* e *iurisdictio*. Anche qui può allora essere utile ricordare l'invito espresso tempo fa da Giuliano Amato in una lezione relativa ai rapporti con le Corti europee¹⁴: "Dobbiamo tutti capire che, oltre un certo limite, l'uniformità non possa andare ma, oltre un certo limite, le stesse diversità distruggono la nostra unità. E trovare, insieme, l'equilibrio fra le due istanze".

¹⁴ G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2015, p. 109.

LEGALITÀ DELLA LEGGE E DINTORNI: TRA CONSULTA, CASSAZIONE E AUSPICI RIFORMISTICI

di Vincenzo Maiello

SOMMARIO: 1. La riabilitazione della *legalità della legge* nella recente giurisprudenza costituzionale. – 2. La compatibilità della dimensione linguistico/testuale della disposizione con la struttura ermeneutica dell'interpretazione (anche) penale. – 3. L'eco del nuovo corso nella giurisprudenza della sesta sezione della Corte di Cassazione (sentenze nn. 5536/22 e 24772/22). – 3.1. Il meccanismo materialmente (e parzialmente) nomofilattico delle consultazioni *ex art. 47 ord. giud.* – 4. Le molte vicende giurisprudenziali di punibilità non conforme al tipo legale. – 5. Cosa fare?

1. La riabilitazione della *legalità della legge* nella recente giurisprudenza costituzionale.

Vorrei rivolgere un sentito ringraziamento agli artefici di questa splendida giornata di studio, Francesco Palazzo – Maestro della nostra disciplina – e Roberto Bartoli, amico e collega di valore.

Siamo giunti a un punto dei lavori in cui a chi non è ancora intervenuto tocca vivere il *supplizio di Tantalo*, diviso, com'è, tra il dovere di rispettare il compito assegnatogli e la tentazione di raccogliere e discutere la messe di suggestioni provenienti dalle relazioni della mattinata, tutte assai dense e feconde.

Restando nella metafora, dichiaro subito che scioglierò il dilemma in favore della prima alternativa: da convinto assertore dei vincoli che discendono dalle pretese di legalità che permeano il nostro settore, mi atterrò ai limiti del contributo di discussione richiestomi.

Pur entro questi ristretti ambiti, farò qualche breve raccordo con le cose ascoltate; in particolare, vorrei volgere ad *incipit* del mio dire uno spunto colto dall'intervento del Presidente Lupo, allorché ci ha richiamati al dovere di assumere la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni a criterio di orientamento delle osservazioni cui siamo stati chiamati.

Trovo l'invito, così autorevolmente rivolto, cruciale nella sessione dedicata alle "prospettive della legalità penale", per l'evidente preclusione – logica, innanzitutto – ad impostare una riflessione che guardi al futuro senza esaminare e valutare il *diritto costituzionale vivente* sull'argomento.

Da questo punto di vista, si può senz'altro anticipare che gli assunti espressi dall'odierna giurisprudenza della Consulta restituiscono un quadro del principio per molti versi sovrapponibile alla rappresentazione identitaria che ne dà il costituzionalismo continentale; perciò, non corrispondente al malfermo stato di salute del principio medesimo, per come è dato ricavarlo sia dalla scadente qualità normativa

del diritto legislativo e dai correlati suoi rapporti con la giurisdizione, sia da parte del discorso teorico, ove sembra prevalere una certa assuefazione all'eclissi delle capacità di prestazioni del *nullum crimen* e, per contro, ad una pretesa maggiore performatività, ordinante e garantistica, del diritto giurisprudenziale.

È sufficiente volgere lo sguardo alle decisioni costituzionali di questi anni per restare impressionati dalla risolutezza del cambio di paradigma che la Corte ha voluto realizzare, traendo la *legalità della legge* dal baratro della sua dissoluzione e ricollocandola sui piani alti dei caratteri che delineano la fisionomia dello Stato (di diritto) di *civil law*.

Si tratta di una parabola che se, per un verso, *esplode* con l'epicedio della vicenda *Taricco*, si consolida con le sentenze nn. 24 e 25/19 e trova sublimazione nella n. 98/21 in tema di analogia; per l'altro, può dirsi in qualche modo anticipata nei suoi prodromi dalla decisione n. 230 del 2012 (oggi più volte ricordata).

A leggerli in sequenza, quegli arresti fotografano una progressione logico/concettuale dei contenuti e significati del principio che corrisponde all'ortodossia della sua identità costituzionale: vi ritroviamo *i)* la dimensione politico-istituzionale (riferita alla divisione dei poteri), *ii)* la funzione individual-garantista di *regula iuris* delle libere scelte di azione, *iii)* il computo di *regola di giudizio* per (e nel) processo.

In quest'ottica, la sentenza 230 ben rappresenta il *prius* metodologico del discorso che sarebbe stato svolto dalle pronunce successive, poiché qui la Consulta fonda il significato per così dire ordinamentale del *nullum crimen*, fissandolo nel quadro della divisione costituzionale dei poteri e definendone, in questa logica, il rapporto con la giurisdizione.

Chiamata a stabilire la compatibilità al metro della legalità convenzionale (quale norma interposta dell'art. 117 Cost.) della mancata inclusione del "mutamento giurisprudenziale" (sancito dalle SS.UU.) nella disciplina dell'art. 673 c.p.p., i giudici costituzionali riaffermano la "centrale rilevanza nell'assetto interno" del principio della riserva di legge e l'eterogeneità rispetto ad esso del fenomeno interpretativo: entrambi sono espressione di poteri dello Stato distinti, reciprocamente autonomi e indipendenti, con la conseguenza che le rispettive determinazioni risultano diversamente connotate sul piano dell'efficacia. Di qui la non sovrapponibilità dell'*abolitio criminis* propriamente intesa – discendente, cioè, da decisioni legislative che abrogano disposizioni incriminatrici o ne riformulano la portata, restringendo i confini del fatto tipico – e l'*overruling* giurisprudenziale favorevole, quello, cioè, cui consegue l'affermazione che un certo fatto non costituisce più reato (per ritenuta sua *atipicità*): l'una spiega effetti vincolanti sul piano del diritto oggettivo vevoli *erga omnes*; l'altro aspira soltanto ad acquisire caratteri di "stabilità e generale seguito" ma in via solo "tendenziale", poiché basati su una "efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo", confermata sia dal fatto che "la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica" sia dalla circostanza che "le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole".

Dunque, senza rinunciare alla lezione dell'ermeneutica giudiziaria e al ruolo conformativo del diritto giurisprudenziale (nei limiti, a nostro avviso, della precisazione semantica dei tipi legali in rapporto alla storicità dei fatti e della scelta di uno dei

significati tra quelli compatibili con la *littera legis* – n.d.r.), la Consulta ribadisce il significato *istituzionale* della riserva di legge e, di conseguenza, la qualificazione giuspositivistica del sistema penale che ne costituisce l’oggetto.

Ne esce, in sostanza, confermata la doppia caratterizzazione del diritto penale interno quale: *i*) diritto di fonte esclusivamente legale che, in quanto elaborato nei circuiti della democrazia parlamentare, *dialoga* con la “supernorma” dell’art. 1 Cost., inserendosi nel raggio del suo secondo comma; *ii*) diritto, però, che in ragione della sua necessaria giustiziabilità processuale, è inesorabilmente influenzato dalle componenti ermeneutiche dell’interpretazione.

Si può dire che quella decisione suggelli la caratterizzazione del diritto penale in chiave di “giuspositivismo ermeneutico”, volendo mutuare una recente, felice definizione della *Rechtsphilosophie* di Gustav Radbruch, benché maturata in un contesto e per fini non del tutto sovrapponibili alla nostra discussione.

È, comunque, con la sentenza n. 115/18 che la Corte reintroduce nella definizione della legalità penale la tradizione della sua matrice normativo/parlamentare, ponendo al centro il ruolo costitutivo svolto dell’enunciato normativo nella doppia sua funzione di regola dell’agire individuale e limite alle decisioni giudiziali.

Sta in questo intreccio, tra matrice democratica dell’opzione incriminatrice e destinazione funzionale della norma penale sia a tutela della libertà individuale, sia come barriera del potere giudiziale di selezione dei significati possibili della disposizione, la complessità rivoluzionaria della sentenza.

Il risultato sta in un inatteso recupero del tipo legale tassativo, qualificato dalla determinatezza del registro linguistico dell’enunciato e dal conseguente rafforzamento dei vincoli d’interpretazione, in un quadro d’insieme che rende più nitida la distinzione tra *ius facere* e *ius dicere*, offuscata nella lunga stagione in cui il nostro giudice costituzionale ha mostrato favore verso la sanabilità dell’imprecisione semantica delle disposizioni legali attraverso le interpretazioni stabilizzanti del diritto vivente.

Com’è stato osservato, non si è trattato di un “ingenuo ritorno all’antico, ma di una lettura dei cardini costituzionali del nostro diritto penale, peraltro riportati dalla manualistica, senza eccezioni, su cui si formano studenti e si sono formate generazioni di magistrati”.

Lo spostamento della legalità sul suo asse legislativo non comporta, nella trama della 115/18, l’annullamento di ogni spazio all’interpretazione che potrà esercitarsi “nelle eventuali zone d’ombra” della *lex scripta*, “individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo”.

Qui la Consulta fotografa con molta chiarezza il rapporto di strumentalità applicativa e funzionale dello *ius dicere* che, in quanto “ausilio interpretativo” e “*posterius*” rispetto al testo legislativo offerto alla conoscenza dei consociati, deve asseverare la funzione di garanzia individuale svolta dall’enunciato normativo. In altri termini, la legalità come regola di giudizio rivolta al giudice deve risultare servente la legalità come regola di azione individuale. Solo così, l’opzione ermeneutica mantiene i caratteri di esercizio giurisdizionale che rispetta la divisione dei poteri, poiché non si trasforma in un *novum* riservato alle prerogative dello *ius facere*.

Ecco, mi pare che sia su questo specifico versante che *Taricco* scriva una pagina fulgida di *diritto penale costituzionale*, in ideale ricongiungimento con la stagione aurea delle sentenze-saggio del finire degli anni Ottanta del secolo passato. La legalità che vi viene celebrata è, invero, quella destinata a fungere da presupposto del giudizio normativo di colpevolezza, ancorato alla riconoscibilità del divieto e fondato sull'esigibilità dell'osservanza normativa, a loro volta orientati a favorire le componenti positive della prevenzione di matrice struttural/funzionalista (per intenderci: à la Roxin, non à la Jakobs).

Nella logica del *diritto penale costituzionale* la funzione di garanzia individuale del principio di legalità e quella, di omologo segno, del principio di colpevolezza sono legate da una relazione di corrispettività biunivoca: stanno e cadono insieme.

Si tratta di un passaggio presente nel discorso della sentenza, laddove la Consulta, pur riconoscendo che anche la più certa delle leggi ha "bisogno di "letture" e interpretazioni sistematiche", ribadisce come queste ultime non possano surrogarsi alla *lex scripta*, essendo solo a quest'ultima affidato il compito di "garantire alle persone "la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione".

Non è peregrino affermare, allora, che se, prima della declaratoria di illegittimità dell'(assoluta) irrilevanza dell'*ignorantia legis*, la funzione garantistica del *nullum crimen* mancava – nella disciplina della parte generale del codice – di un appiglio per la sua piena esplicazione, nella stagione dello sgretolamento del *tipo legale determinato*, la *colpevolezza normativa* – nel volto delineato dalla 364/88 – è andata incontro a difficoltà di riconoscimento.

Di qui, ci pare, un'ulteriore e speciale importanza della svolta linguistico-testuale di *Taricco*, che, nel rilanciare il ruolo costitutivo dell'enunciato normativo di fonte parlamentare (ricordiamo l'importanza della *vacatio legis* nell'architettura argomentativa della sentenza 364?), ripristina l'armonico equilibrio della circolarità funzionale tra *legalità* e *colpevolezza*, nella dimensione di rilevanza imposta dalla *ratio democratica* e dalla divisione dei poteri di entrambe le quali il diritto penale deve considerarsi espressione.

Questa sintassi si trova riflessa anche nella sentenza 24/2019. Vero è che proprio questa decisione sdogana il formante giurisprudenziale nella tutela della libertà personale di cui all'art. 13 Cost., ma è altrettanto vero che ciò avviene in rapporto a misure dichiarate estranee alla materia penale, rispetto alla quale riafferma, per converso, il regime di produzione monopolistica della legge.

In una logica costruttivistica della legalità legislativa si pone anche la sentenza immediatamente successiva, la n. 25, dove la Corte ritorna sulla eterogeneità dell'*abolitio criminis* rispetto al mutamento di giurisprudenza ricollegato a decisioni delle Sezioni Unite, riproponendo la rigorosa delimitazione tra *legisl-latio* e *iuris-dictio* operata dalla sentenza 230/12.

Ultimo, ma fondamentale tassello di questo mosaico di *diritto costituzionale vivente*, è la pronuncia che – forse più delle altre – ha impattato sugli equilibri del *diritto ordinario vivente*. Mi riferisco, naturalmente, alla 98/21.

È la prima pronuncia della Corte espressamente dedicata al divieto d'analogia *in malam partem*.

Nonostante l'indiscutibile sua connotazione di regola aurea del diritto penale moderno, la Consulta avverte l'esigenza di accompagnare la motivazione dell'arresto con un insolitamente ampio comunicato-stampa.

In essa i giudici costituzionali riprendono, in particolare, i concetti della *Taricco*, insistendo sull'impostazione linguistica e testuale della disposizione e sulla duplice sua funzione, rispettivamente, istituzionale/ordinamentale e garantistico/funzionale, quest'ultima per i riflessi sulla rimproverabilità soggettiva della violazione.

La legalità viene esplicitamente ricostruita come una raggiera con al centro la riserva di legge da cui divergono, in guisa di corollari, i canoni della determinatezza/precisione e del divieto d'analogia sfavorevole.

In quest'ottica, dunque, le diverse garanzie che compongono la legalità penale unitariamente intesa non sono altro che estrinsecazioni del *tipo legale tassativo* (o *determinato*), espressione del principio che riserva alla legge il potere di verbalizzare, attraverso un materiale linguistico determinato, il fatto umano offensivo.

Il divieto d'analogia, così, volendo riprendere le parole della sentenza, "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", posti a presidio dell'equilibrio ordinamentale dei poteri e della personalizzazione del giudizio di colpevolezza.

Sta in ciò la peculiarità, interna e costituzionale, della garanzia che ne segna la discontinuità con lo statuto epistemico di quella convenzionale: qui il divieto di analogia ha destinazione eminentemente garantistico/soggettiva; nel nostro sistema, invece, esso assolve, innanzitutto, una funzione politico-istituzionale, essendo espressione della separazione dei poteri, riflessa nella riserva di legge.

Non è azzardato, allora, ritenere che la ragione profonda dell'(insolitamente) ampio comunicato stampa di accompagnamento della sentenza sia interna all'esigenza di rimarcare questi aspetti, richiamando l'attenzione dei nostri giudici sull'incombente rischio di omologare la nostra legalità a quella liquida del diritto sovranazionale.

2. La compatibilità della dimensione linguistico/testuale della disposizione con la struttura ermeneutica dell'interpretazione (anche) penale.

La qualità e la consistenza degli arresti non possono far dubitare dell'esistenza di un vero e proprio diritto costituzionale vivente che ha rilanciato con prepotenza e senza possibilità di fraintendimenti il paradigma tradizionale della legalità penale, quello che si riconosce nel *nullum crimen sine praevia lege penale scripta et stricta*.

Si tratta di un modello di diritto penale che, però, non gode di buona salute sia nella realtà legislativa e giurisprudenziale, sia nel discorso teorico, la cui eco è risuonata nelle elevate relazioni di questa giornata.

Molti i fattori e le cause che, negli ultimi decenni, hanno corrosato lo statuto costituzionale di legalità, in un più ampio contesto di trasfigurazione del ruolo stesso della coercizione penale in funzione di controllo sociale. Crisi della legge, sistema

multilivello, inadeguatezze dei bilanciamenti politico-criminali e scandente qualità del prodotto legislativo, esuberanze giurisprudenziali e fughe in avanti del discorso teorico sullo specifico terreno della creatività dell'interpretazione hanno alimentato una divaricazione tra Costituzione e prassi, sospinti e accomunati dall'implicito convincimento che la forza d'inerzia della seconda avrebbe nel tempo fatto aggio sulla prima, archiviando ciò che, a ben vedere, non era invece archiviabile senza decisioni adottate in conformità ai prescritti protocolli di revisione della Carta e, dunque, al di fuori di esplicite assunzioni di responsabilità democratica.

Oggi la Consulta sale in cattedra e lancia moniti; in pratica, ci ammonisce ad attivare un *freno di emergenza* che arresti lo strisciante ma pervasivo processo di alterazione degli equilibri interni alla democrazia costituzionale, ripristinando il potere/dovere del *Diritto* di conformare i rapporti di fatto; molti si sentono colti di sorpresa, smarriti e disorientati al punto che preferiscono ignorare la *linea d'ombra*, al più, la mettono tra parentesi, quasi ad alimentare il convincimento della sua natura retorica, virtuale e non reale, cruciale solo nel contesto di narrazioni di facciata.

Per fortuna, non la pensano così i Maestri della disciplina e parte illuminata della giurisprudenza che non si sono distratti e, anzi, non hanno tardato a porsi alla guida del *nuovo inizio*, decisi a governarne le dinamiche.

È stato finora Francesco Palazzo a dare risposta alle inquietudini di quanti potrebbero paventare che, dietro la svolta della Corte, sia in agguato l'archiviazione delle consapevolezze ermeneutiche degli ultimi anni e, quindi, il ritorno a una sorta di *primitivismo interpretativo* che spianerebbe la strada a un declassamento culturale, epistemico e cognitivo della giurisprudenza.

Si deve all'insigne Maestro la sottolineatura che la valorizzazione del significato linguistico è niente affatto incompatibile con la ricchezza e la costruttività dell'interpretazione, che ben può – e deve – continuare a svolgersi entro non marginali spazi di azione, costituendo il senso delle parole solo il confine esterno e la barriera invalicabile della manovra di adeguamento dell'enunciato normativo ai fatti umani *hic et nunc*¹.

Dunque, la testualità del diritto penale può, e deve, convivere con l'essenza ermeneutica dell'interpretazione, trattandosi di *datità* che intersecano differenti piani di rilevanza: può non risultare superfluo rimarcare come la dimensione ermeneutica dell'interpretazione (di ascendenza gadameriana per come risalta nella critica di Emilio Betti) abbia consistenza *ontologica* – in quanto mette in evidenza i condizionamenti e i limiti entro cui si realizzano la *comprensione* e l'*impresa conoscitiva* –, la testualità del diritto penale è elemento interno all'epistemologia garantistica di matrice giuspositivista, delineata dalle opzioni politico/criminali che danno forma e contenuto alla vigente disciplina costituzionale in materia di reati e pene.

Ora, che dall'obbligo di osservare i vincoli di significato dell'enunciato legale non possano farsi derivare forme di sterilizzazione della (ontologica) struttura *conformativa* dell'attività del giudice, e un depauperamento delle sue componenti di cultura, di etica

¹ F. PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, Lectio Magistralis del 12 maggio 2022.

e di intelligenza, è assunto che si ricava, a tacer d'altro, dai caratteri del *sistema penale ad orientamento costituzionale*. In questo contesto, infatti, il giudice non è affatto una meccanica cinghia di trasmissione dell'*input* legale, il muscolo inanimato della volontà della legge, bensì il signore dell'esperienza giuridica che trasforma con la sua decisione il *generale* ed *astratto* della *disposizione* nel *concreto* della *norma* dando voce a principi dalla forte connotazione argomentativa, quali l'offensività, la proporzionalità e l'aderenza al *tipo criminoso*. Principi che, com'è stato autorevolmente osservato, "se da un lato guidano il creazionismo del giudice impedendo che sconfini in arbitrio, dall'altro lato hanno una consistenza fortemente valutativa e una vitalità estremamente dinamica che ha ben poco del "primitivismo" interpretativo, ma che al contrario implica in esercizio consistente di cultura e sensibilità non solo giuridiche"².

Nel perimetro definito dai possibili significati linguistici del testo – che "la persona può raffigurarsi leggendolo" –, si gioca, pertanto, una partita niente affatto *Wertneutral*, nel cui ambito al giudice tocca il compito, delicatissimo, di sublimare istanze di giustizia (lo *ius litigatoris*) rispettando la trama dell'incriminazione legale, dunque, al metro della cultura del limite e, non sembri un paradosso, entro un irrinunciabile quadro di consapevolezze ermeneutiche.

Sotto il primo aspetto, vorrei osservare come tra i fattori che – entro il perimetro semantico delle parole – possono giovare alla selezione giurisprudenziale del tipo vanno annoverati i luoghi e gli strumenti argomentativi della dommatica del reato, così come della teoria della prova, in un contesto che aspiri a realizzare una felice interazione tra la *verbalizzazione normativa* della tipicità criminosa e la sua tenuta rispetto ai rischi di assorbimento nei gorgi di letture processualizzanti dettate da esigenze di ottimizzare compendi disponibili poveri di informazioni rilevanti (seppure, non di rado, quantitativamente imponenti). Superfluo è, poi, sottolineare come la pretesa di legalità della legge, e dei suoi satelliti, debba trovare rigorosa esplicazione solo nel circoscritto ambito delle norme propriamente penali, non potendo attecchire sull'ampio e variegato terreno della non punibilità che, per converso, (col limite delle situazioni corrispondenti alle cause di non punibilità in senso stretto) esige di essere governato da un'ermeneutica di *scopo*, costitutiva di soluzioni interpretative di natura apagogica.

Quanto al secondo profilo, l'acquisizione di un abito ermeneutico, facendo "scoprire i reali itinerari in cui prende forma il suo potere decisionale" per modo che possano neutralizzarsi pulsioni e aspettative inconsce, mette in discussione il volontarismo dei signori del diritto e le loro manifestazioni potestative, quali l'onnipotenza del legislatore, ma anche quella "(forse ancor più temibile) del giudice"³ e, nel contempo, sottolinea come la grandezza della funzione del giudice – cruciale nella logica di protezione dei diritti fondamentali – si saldi con la coscienza della sua finitezza, segnata da confini che egli non deve (impegnarsi a) valicare soprattutto quando lo vorrebbero le sue pre-comprensioni.

² F. PALAZZO, *op. cit.*

³ F. PALAZZO, [*Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*](#), in *Leg. pen.*, 2016, p. 10.

Si può, allora, dire che la riaffermazione del limite linguistico nei circuiti (e nelle strategie) di operatività della giurisdizione – nel mentre non ne precipita la condizione in uno stato di trogloditismo e di ingenuità epistemologico – ne consacra la funzione *istituzionalmente* dichiarativa; correlativamente, convalida un modello di diritto penale di matrice democratico-rappresentativa, nel quale – sullo sfondo di una conformazione *sussidiaria* e *insulare* delle scelte di incriminazione – si realizza un intreccio virtuoso tra *tipicità legale* e *personalizzazione del rimprovero di colpevolezza*, strumentale a prospettive di prevenzione integratrice rispettose della dignità e dell'autonomia umana.

In questo paradigma di diritto penale, non vi è spazio (non può esservi) per la figura del *giudice-scopo*, facitore e non semplice fruitore dei programmi di tutela. Vi è, invece, (e deve esservi) spazio per la figura del *giudice-garante*, custode dei valori di fondo della democrazia costituzionale, nel cui ambito la *legalità della legge* è un *totem* della Modernità, non un *tabù* della Tradizione.

3. L'eco del nuovo corso nella giurisprudenza della sesta sezione della Corte di Cassazione (sentenze nn. 5536/22 e 24772/22).

Accennavo ad una illuminata giurisprudenza che si è collocata, con risoluta consapevolezza, sulla scia dell'indirizzo della Consulta culminato nella sentenza 98/21.

Mi riferisco, in particolare, ad una ragguardevole pronuncia della sesta sezione della Corte di Cassazione (Pres. Fidelbo, est. Silvestri, ud. 28.10.2021, n. 5536/22) sulla configurabilità del delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p., in caso di affidamento diretto di lavori conseguente a condotte perturbatrici volte ad evitare la gara.

In tale occasione, i giudici di legittimità hanno preso le distanze dall'orientamento prevalente favorevole alla ravvisabilità del reato, sostenendo come esso – ponendosi all'esterno del recinto di tipicità criminosa definito dalla struttura testuale della disposizione – si risolvesse in un'illegittima torsione interpretativa, attributiva di un significato al dato letterale "ulteriore, distinto e più ampio, rispetto a quello desumibile dalla sua immediata lettura". Ad avviso della sentenza, quel genere di ricostruzione si sarebbe servita della *eadem ratio* per valorizzare la necessità di colmare un vuoto di tutela e "attribuire rilevanza penale a condotte "sostanzialmente" sovrapponibili a quelle disciplinate dalla norma incriminatrice attraverso una interpretazione extratestuale – considerata meramente estensiva – della stessa".

A fondamento, la Corte di Cassazione richiama proprio l'icastica riaffermazione dei vincoli di interpretazione compiuta dalla sentenza costituzionale 98/21, puntualizzando con essa come "la stretta osservanza del principio di legalità preclude all'interprete di abbandonare il dato letterale della norma incriminatrice ed il suo significato semantico per ricercare profili ulteriori in grado di colorare ulteriormente il perimetro dell'illecito".

Si tratta di una sentenza di grande rilievo, sia per il rigore e la chiarezza argomentativa a difesa di un principio fondamentale della nostra identità costituzionale, sia per la sintonia con le posizioni della Consulta e, quindi, per la disponibilità a costruire l'esperienza giuridica in chiave dialogica e discorsiva, dando con ciò conferma che,

specie nel campo della tutela dei diritti fondamentali e nel settore penalistico in modo particolare, il diritto deve esprimere caratteri di corallità e di polifonia. E la circostanza che tale *modus* si sia manifestato sul *nullum crimen* incoraggia a pensare che si possa davvero costruire una stagione di virtuosa convivenza tra legge e giudice.

La conferma è intervenuta puntualmente con un'altra decisione della sesta sezione (Pres. Fidelbo, est. Costanzo, ud. 24.02.22, n. 24772) sul tema, contiguo alla reg giudicanda della sentenza esaminata, della punibilità, nel quadro di rilevanza sagomato dall'art. 353 c.p., "del mendacio preliminare all'ammissione alla gara e anteriore rispetto al suo svolgimento".

Anche qui, il nucleo della giustificazione argomentativa della *ratio decidendi* è tutto interno ad una convinta e rigorosa difesa della tipicità criminosa di derivazione legale, affidata al criterio interpretativo della lettera della legge celebrato dalla disposizione simbolo della coincidenza tra *diritto* e *Stato*, per questo divenuta bersaglio della rivolta delle correnti ermeneutiche.

Scrivono i supremi giudici, infatti, che in favore della soluzione interpretativa adottata "convergono l'interpretazione del significato letterale dell'art. 353 cod. pen. e la valorizzazione della sua *ratio* in linea con l'endiadi esegetica dell'art. 12 delle preleggi per il quale la legge va applicata traendo le premesse "dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore".

Qui, risalta ancora più plasticamente la collocazione apicale dell'argomento letterale nella gerarchia dei criteri d'interpretazione e la natura servente giocata dal criterio della *ratio*.

3.1. Il meccanismo materialmente (e parzialmente) nomofilattico delle consultazioni ex art. 47 ord. giud.

La prima delle sentenze del 2022 poc'anzi indicate appare molto apprezzabile anche per la scelta di presentare la soluzione ermeneutica accolta come opzione dell'intera sezione, consultata – si legge nella motivazione – nelle riunioni svoltesi ai sensi dell'art. 47 ord. giud.

Questo circuito di elaborazione del principio di diritto rafforza la tenuta nomofilattica della *ratio decidendi*. V'è da chiedersi se la strada intrapresa in questa occasione, di far precedere da consultazioni collegiali l'enunciazione del principio di diritto, possa produrre, come stavolta, esiti auspicabili.

Nell'ottica di ridurre le incertezze e le oscillazioni interpretative interne alle singole sezioni, il carattere virtuoso dello strumento è fuori discussione.

Riserve vanno, tuttavia, espresse sul condizionamento che l'autarchia del procedimento di elaborazione ermeneutica rischia di avere sulla qualità della *ratio decidendi*, segnatamente sulla sua idoneità ad intercettare significati condivisi nella comunità di quanti elaborano *discorsi sul diritto*. A queste insufficienze discorsive potrebbe porsi rimedio, *de iure condendo*, prevedendo, sul modello debitamente corretto dell'*amicus curiae*, la sperimentazione di forme di dialogo con la dottrina, affidate allo

scambio di esperienze (opinioni e pareri) capaci di garantire il più ampio coinvolgimento nella discussione sulla controversia interpretativa.

4. Le molte vicende giurisprudenziali di punibilità non conforme al tipo legale.

Quanto al contenuto di entrambe le richiamate, perspicue sentenze, non si può non essere colpiti dal fatto, straordinariamente virtuoso, che una sezione della Suprema Corte ha assunto una posizione di intransigente difesa della *legalità della legge penale*, respingendo letture sostanzialistiche del dato normativo in virtù delle quali venivano spalancate le porte ad applicazioni della fattispecie non corrispondenti alla struttura testuale della disposizione.

Siamo innanzi, a mio sommo avviso, ad un elemento di grande novità capace di impattare significativamente sugli equilibri del *diritto vivente* ove, specie negli ultimi anni, hanno proliferato casi di *punibilità svincolata dalla conformità al tipo legale*.

Riesce difficile negare che, utilizzando il metro di verifica della tipicità definito dalle menzionate pronunce, sarebbero andate incontro ad opposte soluzioni questioni quali: *i)* l'equiparazione dei *files* informatici alla nozione di *cosa mobile* nell'appropriazione indebita; *ii)* la configurabilità della rapina impropria nella condotta di chi usi violenza o minaccia per assicurarsi il profitto di una truffa o di una frode informatica; *iii)* l'omologazione al sindaco del candidato consigliere comunale agli effetti del reato di finanziamento illecito ai partiti politici; *iv)* la riconducibilità alla previsione incriminatrice del c.d. *insider di sé stesso*; *v)* la punibilità a titolo di rapina della sottrazione, a donna dissenziente, di ovuli da destinare a interventi di procreazione eterologa medicalmente assistita; *vi)* la nozione di *convivente* nel delitto di maltrattamenti in famiglia.

Queste manifestazioni di *creazionismo* vanno ad aggiungersi ad altre più note e controverse, quali *a)* la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa nella forma del *contributo all'associazione*; *b)* la riconducibilità al reato di getto pericoloso di cose dell'inquinamento elettromagnetico; *c)* la corruzione per l'esercizio della funzione, sia pre-riforma legge n. 190/2012, sia negli anni a questa successivi ma precedenti le modifiche sanzionatorie dell'art. 318 c.p. apportate dalla riforma Orlando.

5. Cosa fare?

Il tema ha a che fare con l'interrogativo della Presidente Cassano che si chiede: "cosa i giuristi e i giudici, nella veste di operatori qualificati, possono e devono fare per realizzare, anche nella parte terminale, questo disegno del legislatore?"

Innanzitutto, lo si è detto in tante circostanze e credo che possa affermarsi da parte di tutti, occorre riscoprire l'etica del *limite* e del *dubbio*, quali contrassegni metodici e regole di costume dell'agire del giudice.

Limite e *dubbio* che devono innervare anche il versante dell'interpretazione, oltre quello elettivo della ricostruzione probatoria.

Quelle forme di autocontrollo e di relativismo epistemico si connettono al diverso rango dei valori che si fronteggiano nel conflitto tra ragioni *pro repubblica* e istanze *pro reo*, tra esigenze della punizione e difesa della libertà del presunto non colpevolezza e che giustificano, nella logica liberale dello Stato di diritto, il grado *potiore* delle seconde.

In questa prospettiva, un ruolo importante può giocare la padronanza della teoria del reato su basi analitiche, espressione del più generale paradigma per il quale la conoscenza non può prescindere dalla struttura logica del pensiero. Una teoria del reato implica la valorizzazione della funzione selettiva, in chiave politico-criminale, delle categorie che strutturano il concetto dogmatico di reato e, prima tra esse, quella della tipicità.

Purtroppo, non sempre accade che la nomofilachia celebri il primato di questo livello di articolazione del ragionamento giuridico, preferendo, talvolta, immergere questioni di tipicità nell'imbutto della prova e, dunque, affermando il primato del giudice sulla legge. È accaduto, di recente, a proposito della definizione della condotta punibile di partecipazione ad associazione di tipo mafioso, allorché le Sezioni Unite *Modaffari* hanno dissolto la dimensione tipica della fattispecie sul terreno, scivoloso, della valutazione in fatto dei compendi conoscitivi, delegando il singolo giudice a farsi legislatore del caso concreto e, per questa via, rendendo impervio lo stesso controllo di legittimità della decisione di merito.

Occorre, però, avere consapevolezza che non è sufficiente incidere a valle della trasmissione giuridica, cesellando ermeneutiche del *limite* e del *dubbio*; è necessario creare un ambiente normativo che renda esigibile l'osservanza della legalità attraverso un esercizio giurisdizionale che si mantenga nei tracciati della sua funzione istituzionalmente dichiarativa.

In altri termini, occorre sperimentare rimedi che aspirino a migliorare la qualità della produzione legislativa.

In tale ottica, si potrebbe pensare:

i) ad una riforma costituzionale che innalzi il *quorum* di approvazione delle leggi penali. Il senso è che la legge penale deve tornare ad appropriarsi di una specifica dimensione di *epicità secolarizzata* e, a tal fine, va modulato un circuito di produzione normativa che ne sottolinei importanza, solennità e gravità;

ii) alla messa al bando del decreto legge;

iii) al divieto di porre la questione di fiducia nel procedimento legislativo, per modo da favorire una compiuta ed effettiva dialettica di tipo discorsivo che propizi soluzioni persuasive che tengano conto di ogni genere di rilievi e osservazioni critiche;

iv) al divieto di deliberare ordini del giorno che impegnino il Governo ad assumere iniziative di modifica della legge appena approvata (è accaduto anche questo nel recente passato);

v) all'istituzione di un ufficio del *drafting* che monitori la qualità comunicativa del messaggio normativo, attraverso il potenziamento della correttezza semantica dell'enunciato.

Si tratta di una sfida complessa e impegnativa che interpella la dimensione etica e la professionalità dei Signori del diritto.

NUOVA LEGALITÀ PENALE, DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E FUNZIONI ATTUALI DELLA CORTE DI CASSAZIONE

di Renzo Orlandi

SOMMARIO: 1. “Nuova” legalità penale. – 2. Diritto vivente. – 3. La Corte di cassazione e l’art. 65 OG (rivisitato). – 4. Rapporti con le altre alte Corti.

1. “Nuova” legalità penale.

Un’opinione corrente coglie nell’emergere di una asserita “nuova legalità” il tratto caratterizzante l’attuale fase dell’esperienza giuridica anche penalistica. Da una legalità imperniata sul testo della legge, si sarebbe passati, negli ultimi decenni, a una diversa concezione interpretativa, che assegna ampi margini all’attività ermeneutica del giudice¹.

In realtà, la centralità dell’attività interpretativa nella vita del diritto risale indietro nel tempo, ben oltre gli ultimi decenni.

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 scorso².

Senza alcuna pretesa di completezza e solo per dare un’idea dell’ampia rivolta contro il semplicismo di quello schema basterà ricordare, in area germanica, i rappresentanti della *Freirechtsbewegung* quali Eugen Ehrlich (1862-1922), Hermann Kantorowicz (1877-1940), Gustav Radbruch (1878-1949)³. E ancora, si può citare quel

¹ Così, R. BARTOLI, [Nuovi scenari della legalità penale](#), in questa *Rivista*, 28 giugno 2022, p. 1 ss. Secondo G. ZACCARIA, l’aggettivo “nuova” «sta a significare la constatazione della fine della lunga egemonia del paradigma moderno della legalità, che nell’ambito penalistico, fin dall’Illuminismo, esprimeva i due principi, tra loro strettamente intrecciati, di «determinatezza» della fattispecie incriminatrice e del fatto punibile e di assoluta riserva di legge» (cfr. *Postdiritto*, Mulino, Bologna 2022, p. 85).

² Notoriamente, il positivismo giuridico ha vissuto diverse stagioni; dal legalismo statualista sviluppatosi all’epoca delle codificazioni ottocentesche alle più successive elaborazioni del neo-costituzionalismo, frutto della cultura dei diritti fondamentali inaugurata affermatasi nella seconda metà degli anni Cinquanta del secolo scorso come reazione alle esperienze totalitarie. Nel testo ci si riferisce ovviamente al giuspositivismo originario, dall’impronta marcatamente statualistica. Per una efficace illustrazione delle correnti di pensiero sussumibili sotto l’espressione “positivismo giuridico” si veda la voce omonima curata da M. LA TORRE, in *Enc. dir., Annali*, Milano, Giuffrè, vol. VI, 2013, p. 681 ss.

³ Tale movimento è stato oggetto di critiche e prese di distanza per un’asserita sua collusione con l’ideologia nazista del “*gesundes Volksempfinden*”: in realtà, i suoi principali rappresentanti professavano idee progressiste e socialiste, ben distanti dai successivi giuristi del nazismo. Per una presentazione equilibrata ed intellettualmente onesta di questo importante articolato movimento si vedano le pagine di L. LOMBARDI

“crepuscolo delle leggi”, denunciato da James Goldschmidt (1874-1940) nel 1924⁴, un anno prima di pubblicare il suo fondamentale *Prozess als Rechtslage*, dove, per scongiurare la crescente e temibile crescita dell’esecutivo nella creazione dell’ordinamento giuridico, costruiva una teoria processuale che assegnava al giudice il potere di concorrere con il legislatore nella creazione di un secondo ordinamento normativo⁵, parallelo a quello figurato nella legge statutale.

In ambito italiano, si possono al riguardo menzionare le riflessioni sulla “esperienza giuridica” di Giuseppe Capograssi, che segnalano l’insofferenza per gli approcci strettamente legalistici al problema dell’interpretazione a causa della inevitabile concretezza della tutela giurisdizionale⁶. La serie esemplificativa può continuare citando un penalista quale Giuseppe Bettiol, col suo personalismo dalle venature giusnaturalistiche, fondato su assunti di valore trascendenti la norma positiva⁷. E ancora, si pensi alle dottrine penalistiche formatesi su quella sorta di positivizzazione normativa di valori giusnaturalistici rappresentato dalle costituzioni e dichiarazioni dei diritti umani dopo il secondo conflitto mondiale del Novecento⁸. Il diffondersi nell’Europa occidentale, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, di correnti filosofiche inclini ad assegnare al soggetto un ruolo di primo piano nell’interpretazione dei testi anche normativi (si pensi all’ermeneutica gadameriana) ha segnato un ulteriore distanziamento dal legalismo statualista e dalla teorica del sillogismo giudiziario⁹.

Questa rapida e – val la pena ribadire – meramente esemplificativa rassegna di autori e tendenze dottrinali dispiegatesi lungo tutto il Novecento, dimostra che la legalità statutale è stata criticata, messa in discussione, mentalmente superata da

VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 201 ss.

⁴ *Gesetzesdämmerung*, in *Juristische Wochenschrift*, 1924, p. 245.

⁵ “*Eine doppelte Rechtsordnung*”: cfr. *Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 1925, p. 211. Val la pena aggiungere che questa monografia di GOLDSCHMIDT ha esercitato un potente influsso sulla dottrina processualpenalistica italiana, grazie alla lettura (pur critica) che ne ha fatto un autore molto seguito quale FRANCO CORDERO, soprattutto nel suo manuale (pubblicato in 18 edizioni fra il 1966 e il 2012).

⁶ Cfr. in particolare *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959 (ma 1938), p. 134.

⁷ Cfr. F. MANTOVANI, *Il personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Criminalia* 2007, 2008, 135 ss.

⁸ Sulla “rottura epistemologica” che l’avvento delle costituzioni moderne ha rappresentato per l’attività interpretativa dei giudici si vedano le perspicue osservazioni di M. VOGLIOTTI, [La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto](#), in questa *Rivista*, 5 marzo 2020, in particolare p. 53 ss.

⁹ Un’utilissima panoramica delle teorie interpretative con un’efficace illustrazione del ruolo svolto dall’indirizzo ermeneutico è offerta da G. ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., in particolare alle p. 149 ss.

Merita ricordare qui l’evoluzione che, nella seconda metà del secolo scorso, le teorie dell’interpretazione hanno registrato anche sul terreno della critica letteraria. Il *Lector in Fabula* di UMBERTO ECO (*La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Milano, Bompiani, 1977, già in parte anticipato da alcuni saggi apparsi in *Opera aperta. Forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee*, Milano, Bompiani, 1962) segna l’irruzione del soggetto-lettore nel testo. Indubbiamente, l’interpretazione giuridica (specie nel settore penale) e quella letteraria appartengono ad ambiti diversissimi dell’esperienza umana: in entrambe, tuttavia, notiamo una sorta di arretramento del testo “oggettivo”, a vantaggio di una pretesa del soggetto di determinare il senso delle parole lette. In altre parole, una medesima temperie culturale ha fortemente relativizzato la tradizionale “oggettività” del testo (sia normativo, sia letterario).

numerosi, influenti giuristi del passato, anche con riguardo alle teorie penalistiche, dove le esigenze di tassatività e determinatezza delle fattispecie sono avvertite con comprensibile e giustificata preoccupazione. Per questo, sembra improprio etichettare come “nuova legalità” la tendenza evolutiva del “diritto giurisprudenziale”. Al più si può dire che tale tendenza è andata accentuandosi (quantitativamente) negli ultimi decenni, mentre le premesse qualitative per una simile evoluzione erano già presenti nelle elaborazioni dottrinali.

A quanto appena detto si può obiettare che altro è la teoria (la scienza giuridica) incline a spingere le proprie elucubrazioni sul terreno dello *ius condendum*, altro l’esperienza applicativa, il *law in action*, che si deve misurare quotidianamente con il *conditum*. Ma l’obiezione mancherebbe il bersaglio. Chi gettasse uno sguardo sulle tendenze fermentate nella giurisprudenza italiana a partire dalla seconda metà del secolo scorso, constaterrebbe facilmente la progressiva affermazione del diritto giurisprudenziale (anche penale) proprio nel *law in action*. Per rendersene conto, è sufficiente leggere gli atti del Convegno avvenuto nel 1965, fra Brescia e Gardone, su iniziativa della Associazione Nazionale Magistrati. All’ordine del giorno era stato posto il seguente tema: *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella costituzione*. Eloquente la prima mozione, approvata per acclamazione dalle tre componenti dell’ANM (Magistratura democratica, Magistratura Indipendente e Terzo Potere). Vale la pena riportarne la parte più significativa ai nostri fini: premesso che la giurisdizione non può assumere compiti di indirizzo politico si precisava tuttavia 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 nazionale.».

La mozione proseguiva poi avversando la «concezione che pretende di ridurre l’interpretazione a una attività puramente formalistica indifferente al contenuto ed all’incidenza concreta della norma nella vita del paese. Il giudice, all’opposto, deve essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare *pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge*, un’applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione»¹⁰.

C’è qui, a ben vedere, in particolare nei sopra citati punti 1. e 3. una considerevole apertura di credito al diritto giurisprudenziale (senza distinzioni fra giurisdizione civile e penale). Affiora in molti interventi la preoccupazione di essere considerati contigui se

¹⁰ Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e Commenti – XII Congresso Nazionale – Brescia-Gardone – 25-28 – XII – 1965*, Arti Grafiche Jassillo, Roma 1966, p. 307.308

non di essere accomunati agli esponenti della *Freirechtsbewegung*, ciò che peraltro conferma la consapevolezza di muoversi verso il terreno minato del diritto giurisprudenziale¹¹.

Il programma di Brescia-Gardone sarà negli anni successivi attuato principalmente dalla magistratura del lavoro, ma anche dalla magistratura penale, soprattutto da parte di giovani magistrati di merito (è l'epoca dei cosiddetti "pretori d'assalto") che si distinguono con iniziative inedite non prive di forzature interpretative della legge sia penale sia processuale, principalmente nel campo del diritto ambientale, delle frodi alimentari, della repressione di condotte antisindacali. Nelle sue componenti progressiste, sensibili al nuovo ordine costituzionale, la magistratura si sente investita di un compito sociale. Trova nel *corpus* normative pre-costituzionale e nell'atteggiamento conservatore della Corte di cassazione dell'epoca altrettanti limiti all'assolvimento di tale compito. Limiti non sempre facilmente eliminabili attraverso incidenti di costituzionalità.

Prevale una visione "promozionale" del diritto (anche penale). In ogni caso, l'interpretazione delle norme va riorientata ai valori costituzionali e assume pertanto quella portata teleologica che smentisce l'approccio tipico del legalismo statualista. Una eccellente testimonianza di questa vocazione "promozionale" della magistratura penale è offerta dal volume di Domenico Pulitanò (*Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica* Bari, De Donato, 1977), dove sono raccolti scritti dai quali traspare il clima politico-sociale del tempo e la realtà per molti versi antinomica e certo altamente conflittuale nella quale i magistrati erano chiamati ad operare.

Insomma, anche limitando lo sguardo al *law in action*, non si può dire che il diritto giurisprudenziale rappresenti una vera novità, tale da giustificare di per sé la qualificazione di "nuova" alla legalità penale odierna. A meno che non si sia disposti a considerare recente, se non addirittura recentissimo e del tutto nuovo, un movimento di idee già scodellate e organizzate in un programma operativo circa sessant'anni fa.

Ciò che davvero appare "nuovo" con riguardo al tema che qui ci interessa è, semmai, il processo di crescente marginalizzazione della legalità statualistica (intesa come l'insieme delle leggi penali e processuali interne) che si accompagna alla progressiva cessione di sovranità dello Stato, a vantaggio di istituzioni sovranazionali (piccola e grande Europa).

L'entrata in vigore dell'11° protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹², ha reso più frequenti e "severe" le condanne della Corte di Strasburgo

¹¹ Si veda, ad esempio, l'intervento di M. RAMAT, L'equità nel Giudice e nella giustizia, in Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e Commenti*, cit., p. 115. Proprio alludendo alle prese di posizione dell'ANM nel citato congresso di Brescia-Gardone, L. LOMBARDI VALLAURI notava argutamente che una attenzione meno preconcepita all'aspetto strutturale della *Freirechtsbewegung* «sarebbe utile anche per arricchire o correggere l'impostazione di attualissime iniziative polemiche, le quali spesso riprendono senza saperlo e magari con minor impegno forme di organizzazione e argomenti già propri del giusliberismo» (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 228 e nota 73, dove si menzionano esplicitamente «le iniziative per il rinnovamento della magistratura, facenti capo o no all'Associazione Nazionale Magistrati».

¹² 1° novembre 1998.

nei confronti degli Stati membri del Consiglio d'Europa e ha finito con l'accrescere l'importanza (nonché il rango divenuto para-costituzionale) delle norme convenzionali.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹³ ha accentuato la dipendenza diretta del legislatore italiano dalle normative comunitarie anche per l'ambito penale (in precedenza relegato nel cosiddetto "terzo pilastro").

Tutte cose note e arcinote, che qui vengono ripetute solo per indicare quali sono – a mio avviso – gli elementi in presenza dei quali può avere un senso parlare di "nuova legalità". Il duplice condizionamento che alla politica nazionale deriva dall'Europa ("grande" e "piccola") è un evento politico-costituzionale di primissima grandezza, già oggetto di una copiosa letteratura e meritevole di essere ancora esplorato per i riflessi che ne derivano a getto continuo sull'attività interpretativa dei giudici penali nazionali.

Si può certo dire che l'accennata limitazione della sovranità statale e il correlato incremento delle fonti normative europee (anche di matrice giurisprudenziale), hanno avuto l'effetto di accrescere la discrezionalità interpretativa dei giudici nazionali, non foss'altro per l'infittirsi di regole e principi da combinare in sede applicativa. Ciò non toglie però che la vera novità – per quanto qui interessa – sia rappresentata dai limiti angusti nei quali è oggi costretta a muoversi la legislazione penale e processuale del nostro parlamento.

Nella modificata situazione politico-costituzionale, il tema dell'interpretazione giudiziale vede nella Corte di cassazione il punto di più spiccata problematicità. Tutti i giudici nazionali, inclusi quelli di merito, vedono ovviamente modificata dal diritto europeo (complessivamente inteso) la loro attività interpretativa. Tuttavia, posto che la Corte di cassazione è la custode del diritto legislativo statale, si intuisce facilmente la necessità di ricalibrare la sua funzione istituzionale. È dunque questo il tema che merita di essere chiarito e commentato nei paragrafi seguenti.

2. Diritto vivente.

Prima di occuparsi della "nuova" posizione della Corte di cassazione è opportuno un chiarimento sulla nozione di "diritto vivente", frequentemente evocata proprio con riguardo all'attività interpretativa della Corte di legittimità. L'espressione è spesso usata in senso polemico, a significare la crescita incontrollata del diritto giurisprudenziale e a censurare quella che viene denunciata come indebita invasione di campo del giudiziario rispetto al legislativo. Come spesso accade, lo spirito polemico offusca le menti: chi stigmatizza il "diritto vivente", ravvisandovi un'arbitraria violazione dei limiti costituzionali posti al potere giudiziario mostra di non conoscere la scaturigine del concetto nella dottrina costituzionalistica italiana.

Il sintagma meriterebbe un esame filologico che qui può essere solo abbozzato. In dottrina lo ritroviamo (forse per la prima volta) in una risalente notarella di Carlo Esposito che, affrontando un problema di limiti al sindacato di costituzionalità su norme

¹³ 1° dicembre 2009.

regolamentari, coinvolgeva i limiti interpretativi che la Corte costituzionale era tenuta a osservare nello scrutinio della legittimità di fonti normative di rango primario e secondario¹⁴. Tuttavia, la riflessione di Esposito era distante dal nostro tema. Viene qui ricordata solo perché nel titolo di quella nota compare l'espressione linguistica qui tematizzata, a denotare una problematica in realtà diversa da quella affrontata nel presente scritto.

Il tema del "diritto vivente" (nel senso che qui specificamente interessa) affiora in realtà prima che codesta etichetta verbale sia introdotta nel dibattito giuridico come problema che la nostra Corte costituzionale dovette affrontare fin dalle prime sue sentenze¹⁵.

Nella sent. nr. 3 del 1956 leggiamo: «*La Corte, pur ritenendo di potere e di dovere interpretare con autonomia di giudizio e di orientamenti e la norma costituzionale che si assume violata e la norma ordinaria che si accusi di violazione, non può non tenere il 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.*». La Corte si ritiene in linea di massima competente a interpretare le norme sottoposte al suo giudizio, ma afferma al contempo di dover prestare attenzione alla lettura che di quelle norme dà la giurisprudenza ordinaria. È già una prima significativa affermazione che segnala la consapevolezza di un nuovo scenario giuridico nel quale la Corte costituzionale cerca la propria collocazione per evitare conflitti con la giurisdizione ordinaria e, in particolare, con la Corte di cassazione.

La prima, esplicita enunciazione del nostro sintagma appare in una sentenza del 1974 (la nr. 276) che qualifica come *diritto vivente* il «sistema giurisprudenziale formatosi nel difetto di espresse disposizioni del diritto vigente»¹⁶. Gradualmente la Corte costituzionale estende la dottrina del *diritto vivente* alle situazioni di incertezza normativa e limita la propria competenza a interpretare le norme di legge sottoposte al suo vaglio, riconoscendo questo compito alla Corte di cassazione¹⁷. Una saggia operazione di *self restraint*, finalizzata principalmente ad evitare conflitti di attribuzione fra le due alte corti¹⁸.

¹⁴ *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.* 1962, 605.

¹⁵ Si veda al riguardo il saggio di G. Grottanelli de' Santi, *Considerazioni sull'attività interpretativa della Corte costituzionale*, in *Arch. Giuridico* 1962, p. 50 ss.

¹⁶ Corte cost. nr. 276 del 1974, punto 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ Eloquente quel che afferma Corte cost. n. 212 del 2020: «*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"*. Altrettanto significativa, al riguardo, la dichiarazione di manifesta inammissibilità con la quale fu rigettata la questione di legittimità dell'art. 576 c.p.p. con riguardo al diritto della parte civile di appellare le sentenze di proscioglimento, avendo constatato che le sezioni unite della Corte di cassazione erano in procinto di pronunciarsi sul punto (Corte cost. ord. n. 32 del 2007).

¹⁸ Sul tipo di quello occasionato a metà degli anni Sessanta dalla *querelle* sull'estensione all'istruzione sommaria delle garanzie difensive previste per l'istruzione formale. In una prima sentenza (n. 11 del 1965) la Corte rigettò la questione di legittimità incentrata sull'art. 392 c.p.p. allora vigente sul presupposto che la lamentata limitazione di garanzie difensive non sussistesse. Qualche mese dopo fu costretta a ricredersi,

In prima approssimazione, l'espressione *diritto vivente*, così come compare in numerose sentenze della nostra Corte costituzionale, non significa affatto "diritto libero" o "libera creazione del diritto", bensì, più modestamente, "attuale stato dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma suscettibile di diverse letture". Punto di partenza dell'operazione interpretativa dev'essere il testo esplicitato da una norma di legge, non uno spunto liberamente posto dall'interprete e tratto da fonti extralegislative¹⁹.

In quanto "vivente" il diritto è mutevole e la sua cifra caratteristica è l'incertezza. Un'incertezza che il processo giudiziario dovrebbe essere in grado di sciogliere. Molto si parla di "prevedibilità della decisione", ravvisando nella stessa il tratto che dovrebbe caratterizzare le moderne giurisdizioni. Ma, a ben vedere, l'esito di ogni processo è sempre imprevedibile e tante previsioni più o meno azzardate su "come andrà a finire" sono destinate ad essere smentite. Ciò appartiene alla fisiologia, non alla patologia del giudiziario²⁰. Si possono fare pronostici su come il giudice interpreterà una norma (sostanziale o processuale), ma non si potrà mai dar per scontata l'opzione interpretativa che alla fine sarà preferita, poiché il processo giudiziario serve (dovrebbe servire) anche

considerato che la "giurisprudenza ordinaria" continuava a interpretare il citato art. 392 in maniera sfavorevole alla difesa: di qui la presa d'atto del diverso orientamento giurisprudenziale e la necessità di dichiarare illegittimo non tanto l'art. 392, quanto piuttosto l'interpretazione che ne continuava a dare la giurisprudenza della Corte di cassazione.

¹⁹ Siamo pertanto distanti dall'idea di "*lebendes Recht*" (che traduce letteralmente l'espressione "diritto vivente") come propagandata dagli esponenti del diritto libero. Così si esprimeva, ad esempio, EUGEN EHRLICH: «Il diritto vivente non è fissato in formule legali e tuttavia domina la vita. Le fonti che lo rendono riconoscibile sono soprattutto i documenti correnti, ma anche l'osservazione diretta della vita, dei traffici commerciali, degli usi e costumi, nonché dell'attività delle associazioni, sia quelle legalmente riconosciute sia quelle trascurate e ignorate dalla legge e persino quelle legalmente disapprovate.»

«*Das lebende Recht ist das nicht in Rechtssätzen festgelegte Recht, das aber doch das Leben beherrscht. Die Quellen seiner Erkenntnis sind vor allem die moderne Urkunde, aber auch die unmittelbare Beobachtung des Lebens, des Handels und Wandels, der Gewohnheiten und Gebräuche, dann aber aller Verbände sowohl der rechtlich anerkannten als auch der von dem Rechte übersehenen und übergangenen, ja sogar der rechtlich mißbilligten*». (E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie*, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1913, p. 399).

²⁰ Scriveva H. KANTOROWICZ: «La sentenza deve essere prevedibile! Bellissimo ideale, certo, ma irraggiungibile. Se lo fosse, non ci sarebbero processi e quindi nemmeno sentenze: chi mai darebbe inizio a un processo sapendo in partenza di uscirne sconfitto?»

«*Das Urteil muß voraussehbar sein! Ein schönes Ideal gewiss, aber in Ewigkeit unerfüllbar. Wenn das Urteil voraussehbar wäre, gäbe es ja keine Prozesse und also keine Urteile, denn wer würde einen Prozess anstrengen in dem er, wie sich voraussehen lässt, unterliegt?*» (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winters Universitätsbibliothek, Heidelberg 1906, p. 43).

L'affermazione ha sapore dichiaratamente provocatorio, ma contiene un innegabile nucleo di verità del quale ogni giurista (e, in particolare, ogni processualista) dovrebbe essere consapevole.

a mettere il giudice nella condizione di fare la scelta più adeguata²¹, nel rispetto delle garanzie difensive²².

“Diritto vivente” è, in definitiva, la norma di legge filtrata e adattata al caso concreto nel crogiuolo processuale dall’interpretazione giurisprudenziale. Ne sono autori principalmente i giudici (anche di merito), ma alla sua formazione possono contribuirvi altresì le parti, offrendo argomenti interpretativi capaci di convincere il giudicante. Alla Corte di cassazione, istituzionalmente investita del compito di “custodire la corretta interpretazione della legge”, spetta un ruolo ovviamente preminente in questa “costruzione collettiva” dell’enunciato giurisprudenziale.

Fatta questa precisazione, conviene volgere l’attenzione alla funzione della Corte di legittimità.

3. La Corte di cassazione e l’art. 65 ord. giud. (rivisitato).

La legge “vive”, dunque, nell’interpretazione che ne danno i giudici. Migliaia di teste, quotidianamente al lavoro, ciascuna animata dai mille condizionamenti delle vicende umane.

Se le cose stessero semplicemente così, l’incertezza e l’imprevedibilità degli esiti giudiziari sarebbero inevitabili e la vita sociale ne risentirebbe negativamente. Non si potrebbe allora che condividere il monito di Beccaria, il quale nel cap. IV del suo celebre opuscolo, tuonava contro lo «spirito della legge», ravvisandovi un «argine rotto al torrente delle opinioni». Ma il giovane Beccaria non sospettava che, circa trent’anni

²¹ A lungo la dottrina processualistica ha ravvisato nell’accertamento di fatto il maggior rischio di arbitrio nella decisione giudiziaria. Tutta la letteratura degli anni Sessanta e Settanta ha approfondito i temi della prova penale e del libero convincimento giudiziale in chiave critica, perché si riteneva che lì si annidasse il rischio di derive inquisitorie deleterie per i diritti individuale: penso ad autori come Franco Cordero, Delfino Siracusano, Michele Taruffo, Ennio Amodio, Massimo Nobili, Paolo Ferrua. La riforma processuale del 1988 e la progressiva apertura verso la “giustizia penale europea” hanno attenuato (pur senza spegnerla) l’attenzione verso l’accertamento del fatto, favorendo al contempo la messa a tema del problema interpretativo: un tema fino a quel momento appannaggio di teorici e filosofi del diritto ha gradualmente conquistato l’interesse dei penalisti ora in attività: penso, ad esempio, alle riflessioni offerte al riguardo da Roberto Bartoli, Massimo Donini, Paolo Ferrua, Roberto Kostoris, Vittorio Manes, Francesco Palazzo, Francesco Viganò, Massimo Vogliotti.

²² In questo senso andrebbe ripensato il principio *iura novit curia*, così come espresso nell’art. 521 comma 1 c.p.p.: «Nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell’imputazione». Viene così escluso, in danno della difesa, il diritto al contraddittorio sul mutamento (*in peius*) della qualifica giuridica recepita nell’atto d’accusa. La sentenza della Corte EDU nel caso Drassich c. Italia (dicembre 2007) ha messo in evidenza l’inadeguatezza del nostro diritto processuale sotto il profilo qui considerato. Sarebbe quindi stato opportuno (se non doveroso) un intervento legislativo volto a modificare il citato art. 521 comma 1, nel senso di vietare la condanna dell’imputato per una qualifica giuridica più grave di quella ufficialmente contestata nel corso del dibattimento. Si poteva prendere a modello il § 265 della StPO germanica che per l’appunto regola – in senso rispettoso del diritto al contraddittorio – l’ipotesi del mutamento (*in peius*) di qualifica giuridica. Ciò contribuirebbe a rendere meno incerta e imprevedibile la successiva sentenza. Per ulteriori osservazioni sul punto sia consentito rinviare a R. ORLANDI, *L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, Torino, Giappichelli, 2010, §14, p. 65 ss.

dopo, si sarebbe apprestato il rimedio per ridurre, se non proprio eliminare, la sconcertante multiformità del “diritto vivente” lasciato alla libera interpretazione dei giudici di merito. Prima il *Tribunal de cassation* (organo esterno all’ordine giudiziario col compito di sorvegliare l’aderenza dei giudicati alle norme di legge varate dal Parlamento), poi la *Cour de Cassation* (organo attratto nell’ordine giudiziario con lo stesso compito) furono istituiti per assicurare la tenuta di quell’argine²³. Si sa come l’esempio francese fu poi seguito da tutte le codificazioni dell’Europa continentale nel corso dell’Ottocento²⁴. E l’Italia fu tra i più fedeli imitatori del modello francese.

Si dirà che quei tempi sono ormai lontani e che l’odierno contesto politico-costituzionale rende improponibile o fuorviante qualsiasi comparazione diacronica. È certo un’obiezione sensata, della quale tener conto. Tuttavia, non può sfuggire che le norme di ordinamento giudiziario che individuano i compiti della Cassazione sono rimaste tendenzialmente inalterate nel tempo. Né risulta che siano state avanzate – in sede dottrinale o in sede legislativa – proposte di modifica della Corte di cassazione con riguardo alle sue principali funzioni e alla sua collocazione istituzionale²⁵.

Vero che l’istituto regolato può cambiare la sua funzione pratica nel sistema giuridico, con il mutare del più generale contesto politico-costituzionale. E non c’è dubbio che nel 1941 (quando entrò in vigore l’ordinamento giudiziario tuttora vigente) tale contesto era affatto diverso da quello odierno. Compito della dottrina è dunque rileggere l’art. 65 OG, interrogandosi sulla sua persistente attualità, o rilevandone l’anacronismo rispetto alla presente situazione politico-costituzionale.

Conviene muovere dal significato originario di questa cruciale norma e il modo migliore per farlo è riassumerne i tratti caratteristici dell’istituto, alla luce di quel che ne pensava Piero Calamandrei, che ne fu l’artefice. Tant’è vero che la seconda parte della sua Cassazione civile può essere considerata addirittura considerata una sorta di commento anticipato all’odierno art. 65 OG, del quale interessa qui la parte iniziale, dove sono enunciati tre compiti: assicurare a) l’esatta osservanza, b) l’uniforme interpretazione della legge e c) l’unità del diritto obiettivo nazionale.

²³ Sulle vicende storico-politiche che condussero all’istituzione della Cassazione resta ancora di fondamentale importanza la lettura di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Parte prima, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, Morano 1976.

La lettura del vasto studio di Calamandrei sulla Cassazione è raccomandabile ancora oggi per la limpidezza espositiva e per le considerazioni tuttora attualissime delle quali è intessuto dalla prima all’ultima pagina. Il titolo fa torto all’ampiezza di orizzonte di questo fondamentale contributo alla letteratura giuridica del Novecento italiano. Non è opera che interessi solo i processualcivili. Si tratta di uno studio che – stando agli odierni settori disciplinari – offre suggestivi affacci anche sul diritto costituzionale (rapporto giudice/legge) e sulla storia del diritto (con riguardo al complessivo sistema delle impugnazioni). Pressoché introvabile in versione cartacea, oggi i due volumi sulla *Cassazione civile* sono consultabili sul web, grazie a una meritoria iniziativa dell’Università Roma-Tre (e, in particolare, del prof. Zeno-Zencovich): qui il [primo volume](#) e il [secondo](#).

²⁴ Utilissimi riferimenti storici in P. CALAMANDREI, *La cassazione civile, parte prima*, cit., p. 377 ss.

²⁵ Modifiche importanti sono intervenute sul terreno del diritto processuale, soprattutto con riguardo ai rapporti fra sezioni semplice e sezioni unite della Cassazione civile (l. n. 40 del 2006) e penale (l. n. 103 del 2017).

a. *Esatta osservanza della legge.* È il compito di nomofilachia “negativa”, come lo definiva Calamandrei. Quello che poteva sfociare nella censura della sentenza di merito basata sulla inosservanza di un testo di legge. Inizialmente era questo il solo compito attribuito alla Corte²⁶. In esso si evidenziava la funzione di controllo sull’attività interpretativa dei giudici. Si tratta, a ben vedere, di una funzione spiccatamente giudiziaria, considerato che decisione della Corte – in caso di annullamento con o senza rinvio – è suscettibile di influenzare il dispositivo della decisione impugnata. Da essa si ricavava, a mo’ di corollario, anche la funzione unificatrice della giurisprudenza, sul rilievo che l’interpretazione “esatta” di una norma di legge doveva necessariamente essere anche l’unica ed era quindi tale da fungere da insegnamento ai giudici per casi futuri.

b. *Uniforme interpretazione.* È il compito di nomofilachia “positiva”, che evidenzia la componente *lato sensu* “politica” della Corte: quella che, in altre parole, si identifica con la funzione unificatrice della giurisprudenza. Le argomentazioni giuridiche spese in motivazione trascendono il caso giudiziario che le ha occasionate, pretendendo di porsi come insegnamento alla generalità dei giudici.

Secondo Calamandrei l’“esatta osservanza della legge” non può contraddire la “uniforme interpretazione”. Egli si rende ben conto della impossibilità di stabilire in maniera incontestabile quale sia la “esatta” osservanza della legge e intuisce il rischio che una errata interpretazione ripeteretui *ad libitum* la svista proprio grazie alla accennata funzione unificatrice. L’ostacolo viene aggirato con il pragmatico rilievo che l’interpretazione fornita dalla Corte di cassazione è per definizione o, meglio, per convenzione, quella “esatta” ed è quindi naturalmente candidata a fungere da punto di riferimento per l’unificazione giurisprudenziale²⁷.

Altri rimedi non se ne vedono. Di fronte all’oscurità o indeterminatezza della legge sarebbe inadeguata l’interpretazione autentica fornita dal legislatore. Come osserva Calamandrei, nemmeno l’intervento interpretativo del legislatore darebbe «una garanzia assoluta di esattezza, sia perché negli Stati moderni, la legge non è espressione

²⁶ L’ordinamento giudiziario entrato in vigore il 1° gennaio 1866 stabiliva: *La Corte di cassazione è istituita per mantenere l’esatta osservanza delle leggi* (art. 122, l. 6 dicembre 1865, n. 2626).

Contenuto pressoché identico aveva la successiva riforma del 1923 (quella che definitivamente abolì le Cassazioni regionali): *La Corte di cassazione è istituita per mantenere l’esatta osservanza delle leggi ed è unica per tutto il Regno, con sede in Roma* (art. 61, l. 30 dicembre 1923, n. 2786).

²⁷ «Quando si parla di una interpretazione falsa della stessa legge, si intende sempre riferirsi a un concetto di verità o di falsità relativa, desunta cioè da un ragionamento che può essere più o meno persuasivo, ma che non può mai portare alla certezza assoluta e inconfutabile: infatti, per poter stabilire in modo incontrovertibile che una qualsiasi interpretazione di legge è falsa, bisognerebbe possedere come termine di paragone quella interpretazione vera alla quale il concetto di falsità si riferisce; ma siccome quella interpretazione vera non si può ottenere se non con un procedimento logico analogo a quello col quale altri giunge alla interpretazione falsa, così la verità o falsità della interpretazione non è mai un dato di fatto obiettivo, ma è sempre il risultato di un apprezzamento subiettivo eminentemente variabile e incerto»: P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, parte seconda, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. VII, Napoli, Morano, 1976, p. 99.

della volontà di una sola persona fisica, che, anche dopo aver compiuto l'atto legislativo, serbi memoria della intenzione che ad essa presiedette, sia perché, anche se fosse possibile far ricorso a questa sopravvivenza memoria individuale, interpretazione esatta non potrebbe dirsi mai quella che volesse stabilire il significato della legge ricostruendo fuori di essa una volontà soggettiva non giunta a manifestarsi nel testo, ma soltanto quella che desumesse la volontà del legislatore dalle espressioni di essa contenute nella legge obiettivamente considerata»²⁸. E si può aggiungere che la legge interpretativa avrebbe sì l'effetto di unificare la giurisprudenza (vincolando l'*opinio iuris* del giudice), ma non potrebbe incidere sulla vicenda giudiziaria che fosse definita sulla base di una errata lettura della norma applicata o tale ritenuta dal legislatore "interpretante".

c. L'unità del diritto obiettivo nazionale. È, questo, un punto strettamente collegato con i due precedenti e volto a chiarire un dettaglio importante nella visione di Calamandrei. Esatta osservanza della legge e sua interpretazione uniforme hanno per oggetto la norma legale colta dal punto di vista dello Stato e dell'organo che l'ha posta, non nella prospettiva del ricorrente. L'accento sul carattere "obiettivo" del diritto evidenzia il tratto pubblicistico del ricorso di legittimità, anche quando questo è inteso ad affermare un diritto soggettivo.

Limitando lo sguardo all'ambito penalistico, l'imputato non ha interesse a far rilevare l'errata applicazione della legge o la difformità dell'interpretazione rispetto all'orientamento consolidato da precedenti decisioni della Cassazione, se non per sfuggire a una sentenza che gli fosse sfavorevole. Preferirà una assoluzione basata su una interpretazione errata della legge, a una condanna irrogata sul presupposto di una ineccepibile interpretazione del giudice di merito²⁹.

È l'astuzia del sistema. L'interesse del privato (a una sentenza favorevole) è, per così dire, strumentalizzato al fine di far affiorare eventuali disobbedienze dei giudici di merito al testo della legge statale. Che le parti si astengano dal ricorrere contro palesi errori di applicazione e interpretazione della legge da parte dei giudici territoriali è un prezzo che il sistema accetta di pagare, anche perché le sentenze di codesti giudici non aspirano (come quelle della Cassazione) a farsi "autorevole precedente". Al più, per rimediare a questo inconveniente, si abilita il pubblico ministero a ricorrere per cassazione "nell'interesse della legge", contro sentenze già passate in giudicato e fondate su errori di interpretazione. È quanto prevede, ad esempio, il nostro codice di procedura civile (art. 363), mentre il codice di procedura penale punta a un risultato analogo, quando consente alle sezioni unite della Corte di cassazione di affermare d'ufficio il principio di diritto, benché il ricorso risultasse inammissibile (art. 618 comma 1-ter). In

²⁸ P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, parte seconda, cit., p. 100.

²⁹ Anche qui risultano illuminanti le osservazioni di P. CALAMANDREI: «Il privato non si sente danneggiato dagli *errores in iudicando* in cui il giudice sia eventualmente incorso nel motivare la sentenza, se non in quanto questi errori si ripercuotano a suo svantaggio sul dispositivo; il litigante non aspira ad avere una sentenza correttamente motivata, ma una sentenza favorevole nella parte conclusiva» (P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, parte seconda, cit., p. 132).

entrambi questi esempi si suppone il passaggio in giudicato di una sentenza “sbagliata” e si fa al contempo salva la funzione di nomofilachia positiva della Cassazione.

In definitiva, il diritto (soggettivo) al ricorso per Cassazione è messo al servizio dell’interesse pubblico alla esatta osservanza della legge e alla uniforme interpretazione del diritto “obiettivo” nazionale.

La lettura qui brevemente illustrata dell’art. 65 OG nelle sue tre principali componenti può essere riproposta anche ai giorni nostri. Il solo dato anacronistico è quel riferimento al “diritto obiettivo nazionale”, nel quale si ravvisa l’attaccamento a una visione dello Stato del tutto obsoleta³⁰. La Corte di cassazione esistente al momento in cui il citato art. 65 entrò in vigore (1941) rappresentava il vertice di un’organizzazione giudiziaria circoscritta ai confini di uno Stato che (quanto meno per il settore penalistico) aveva nel mitico legislatore la sola fonte normativa.

A distanza di ottant’anni il contesto politico-costituzionale è profondamente mutato. Le istituzioni euro-unitarie (Parlamento europeo, Commissione europea) e la compresenza di altre alte giurisdizioni (principalmente: Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell’uomo, Corte di giustizia europea) contribuiscono a riplasmare *ab externo* la posizione istituzionale della Corte di cassazione. Di qui lo straniamento che ci coglie quando leggiamo un’espressione del tipo “diritto obiettivo nazionale”. Ma è sufficiente sostituirla con “diritto statale” e l’anacronismo svanisce.

Nella realtà euro-unitaria (come in quella del Consiglio d’Europa) gli Stati esistono ancora e ciascuno di essi è dotato di una Corte di legittimità con funzioni simili a quelle della nostra Corte di cassazione³¹. Bisogna però avvertire che la locuzione “legge statale” (sostitutiva del “diritto obiettivo nazionale”) non va limitata alle sole leggi varate dal Parlamento. Essa include anche le norme costituzionali di diritto interno, le norme della convenzione europea dei diritti dell’uomo, le molteplici norme euro-unitarie, tutte nella lettura che ne propongono le Corti rispettivamente competenti a interpretarle (Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell’uomo, Corte di giustizia europea). Il compito dei giudici nazionali nell’intendere la “legge statale” si è fatto dunque difficile e complesso, assai più di quando la sorgente della norma statale da applicare coincideva con gli organismi della legislazione interna. Nel nuovo concetto di “legge statale”

³⁰ L’espressione “diritto obiettivo” (tipica dell’approccio chiovendiano al diritto processuale) appare con ossessiva frequenza nell’opera di Calamandrei e, in particolare, nella sua *Cassazione civile*, pubblicata nel 1920, quando ancora operavano le cinque Cassazioni regionali e il giurista fiorentino si batteva convintamente per l’unificazione dell’istituto: unificazione indispensabile proprio per assicurare quella funzione uniformatrice della giurisprudenza (nomofilachia positiva) che della Cassazione doveva costituire il fine principale.

³¹ Si tende a sopravvalutare la circostanza che in taluni ordinamenti il ricorso di legittimità si ispira alla “terza istanza”, anziché alla “azione di impugnativa” (come accade in Italia, ad imitazione dell’esempio francese), quasi che ciò comportasse un sacrificio della funzione nomofilattica a vantaggio degli interessi soggettivi dei ricorrenti: cfr. ad esempio, M. TARUFFO, *La Corte di cassazione fra legittimità e merito*, in *Foro it.*, 1988, c. 237 ss. In realtà, anche gli ordinamenti che si sono ispirati alla “terza istanza” (come accade con la *Revision* germanica (§§ 337 ss StPO), prendono poi molto sul serio la funzione unificatrice dell’organo di legittimità. Per un raffronto, sotto il profilo qui considerato, fra i compiti della Cassazione italiana e quelli del *Bundesgerichtshof* sia consentito rinviare al precedente studio R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione politica delle corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2596 ss.

converge la segnalata molteplicità di fonti normative e giurisprudenziali, talché i giudici interni (sia di merito, sia di legittimità) sono costretti a un paziente lavoro di rilettura e ritessitura della norma da applicare al caso concreto³².

Quanto si è appena affermato non ha tuttavia fatto venir meno i classici compiti della Corte di cassazione. Anzi, ha semmai propiziato un rinvigorismento della sua funzione nomofilattica ("positiva"). I recenti interventi legislativi volti a rafforzare il ruolo delle sezioni unite della Corte nella distillazione dei "precedenti"³³ dimostra come sia oggi avvertita l'esigenza di far leva sulla funzione uniformatrice della giurisprudenza di legittimità nell'interesse (collettivo) di accrescere la certezza delle situazioni giuridiche e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Di crescente rilievo, al riguardo, è l'attività svolta dall'Ufficio del massimario e del ruolo, anche per la consultazione frequente e rapida che le tecnologie informatiche oggi ne consentono. L'individuazione dei contrasti giurisprudenziali (prima che la Corte decida) e l'estrazione delle massime da un numero limitato di sentenze, scelte secondo criteri indicati negli *interna corporis* della Corte di cassazione sono funzionali alla funzione di nomofilachia (positiva) e contribuiscono a delineare il "diritto vivente" nella sua versione più autorevole³⁴.

4. Rapporti con le altre alte Corti.

L'art. 65 OG, secondo la lettura parzialmente rivisitata proposta nel paragrafo precedente, consente di chiudere il nostro discorso con qualche rapida notazione sul posto da assegnare alla giurisprudenza della Corte di cassazione nel contesto delle altre alte Corti, con le quali si stabilisce un "dialogo" necessario, suscettibile di sfociare in conflitto, qualora non fossero rispettate le rispettive attribuzioni. A ogni Corte il proprio "orto" normativo e la raccomandazione di evitare sconfinamenti nel campo (giurisprudenziale) affidato alla custodia di altra Corte, con la consapevolezza che taluni "prodotti della propria coltivazione vivono in simbiosi con quelli degli "orti" confinanti.

³² Va conseguentemente aggiornata anche la lettura dell'art. 101 comma 2 cost. I giudici sono soggetti non solo alla legge statale (*stricto sensu*), bensì a quell'idea di "legge statale" che include le fonti europee e le corrispondenti elaborazioni giurisprudenziali delle alte Corti incaricate di farle vivere concretamente. Da entità impermeabile ad altre fonti normative, la legge statale è diventata entità "porosa", "permeabile" a fonti sovra-legali ed europee. Ciò in conformità con l'evoluzione dello Stato (costituzionale nonché integrato in realtà sovranazionali che ne limitano la sovranità anche sul piano dell'autonomia legislativa).

³³ Art. 618 comma 1 bis c.p.p. novellato da l. n. 103 del 2017 e art. 374 comma 3, novellato da l. n. 40 del 2006.

³⁴ Si può dire che il "diritto vivente" (nella sua versione più autorevole) è quello che ci viene presentato grazie all'opera selettiva dell'Ufficio del massimario (che, salvo sviste, costituisce un *unicum*, quanto meno nel panorama giuridico europeo). Di qui l'auspicio che la sua opera si ispiri a criteri di trasparenza e non sia considerata una mera questione organizzativa della nostra corte di legittimità. La dottrina dovrebbe dedicare maggior attenzione a questa decisiva funzione, di fatto normativa, della nostra corte di legittimità. Meritevole di segnalazione il recente, ampio studio di F.M. DAMOSSO, *La massima come fonte nel sistema del precedente*, in *Cass. pen.* 2020, p. 1708 ss.

L'esame dettagliato dei possibili conflitti fra alte corti eccederebbe gli scopi di questo breve scritto e rischierebbe anzi di sviare l'attenzione dai pochi, essenziali rilievi di carattere generale che conviene fissare a mo' di chiusura degli argomenti qui svolti³⁵.

Del "dialogo" fra Corte di cassazione e Corte costituzionale si è già detto (*supra*, par. 2). Il concetto di "diritto vivente" viene elaborato gradualmente dalla giurisprudenza costituzionale, proprio con l'intento di riconoscere alla Corte di cassazione la sovranità sulla corretta interpretazione della norma soggetta a vaglio di costituzionalità. C'è poco da aggiungere a quanto già osservato in precedenza. Ovviamente, la Corte costituzionale è sovrana nell'interpretare le norme della Costituzione e alla corrispondente giurisprudenza dovrà ispirarsi la Corte di cassazione, quando si prospetta la possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata.

Analogo rilievo vale per la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, a sua volta, si appoggia alla dottrina del "diritto vivente" (inteso nel senso precisato *supra* par. 2).

Nella sentenza *Ferreira Santos Pardal c. Portugal* (31 luglio 2015), essa affronta il problema dell'incertezza giuridica prodotta da disorientanti oscillazioni giurisprudenziali interne ai singoli stati, affermando che +

- è compito dei giudici nazionali interpretare le normative statali (punto 42 lett.);
- le difformità giurisprudenziali appartengono alla fisiologia dell'attività giurisdizionale e non possono pertanto essere considerate contrarie ai principi della Convenzione (punto 42 lett. c); contrasta con la Convenzione ed è incompatibile con l'idea di processo equo (art. 6 § 1 CEDU) l'assenza di meccanismi procedurali in grado di superare quelle divergenze e quelle oscillazioni (punto 42, lett. d);
- la certezza delle situazioni giuridiche (da perseguire anche attraverso un uso accorto della giurisprudenza di legittimità) è ingrediente essenziale dello Stato di diritto (punto 42, lett. f).

L'elencazione di questi punti è sufficiente a far comprendere quanto la Corte EDU faccia affidamento su orientamenti giurisprudenziali consolidati nei singoli ordinamenti statali, al fine di assolvere al proprio compito di custode del diritto convenzionale. Del resto, ogni sentenza della Corte di Strasburgo, nell'illustrare la situazione normativa dello Stato chiamato in causa, non si limita al diritto statuario, ma dedica crescente attenzione al *case law*, giacché anche negli altri Paesi della "grande Europa" le norme legislative valgono per come sono interpretate dai giudici nazionali e

³⁵ La letteratura sul tema è già imponente. Nell'economia del presente scritto conviene limitarsi a una selezione dei volumi (anche collettanei) finora pubblicati: A. BERNARDI – C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti: l'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, atti del Convegno del dottorato di ricerca Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Ferrara, Ferrara, 24 febbraio 2017, Napoli, Jovene, 2017; V. BARSOTTI – V. VARANO (a cura di), *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: dialogo di diritto comparato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti: Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010; D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze University Press, 2021.

la Corte europea (giustamente) non si assume il compito di fornirne una propria interpretazione.

Diverso il discorso per la Corte di giustizia europea, la quale, come si sa, interviene principalmente per sciogliere, in via pregiudiziale, dubbi interpretativi su norme euro-unitarie rientranti a pieno titolo nel “diritto statale”. Anche la Corte di giustizia UE, quando esamina la normativa interna di uno Stato membro, considera (o dovrebbe considerare) l’interpretazione che di quella norma viene data dalla giurisprudenza statale e, in particolare, dall’orientamento che ne dà la Corte di cassazione³⁶. Tuttavia, il compito principale della Corte di giustizia è quello di assicurare l’uniforme interpretazione delle norme euro-unitarie nei 27 Paesi UE attraverso l’accennato meccanismo del rinvio pregiudiziale³⁷. Il relativo procedimento «*mira ad assicurare l’unità di interpretazione del diritto dell’Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l’autonomia di tale diritto, nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell’ordinamento istituito dai Trattati*»³⁸.

È dunque la Corte di giustizia europea a svolgere compiti di unificazione giurisprudenziale, mentre le giurisdizioni nazionali sono chiamate a collaborare lealmente per la certezza del diritto euro-unitario. In particolare, gli organi giudiziari nazionali di ultima istanza (come la nostra Corte di cassazione)³⁹, hanno l’obbligo di rinvio pregiudiziale in casi di incertezza sulla interpretazione delle norme europee e debbono pertanto mettersi al servizio di quella che può essere definita “nomofilachia europea”.

³⁶ Nella sentenza che ha aperto la tortuosa vicenda Taricco (grande sezione 8 settembre 2015 in causa C-105/14) la Corte di giustizia si è limitata a una lettura piatta e superficiale delle norme penali riguardanti la prescrizione del reato (artt. 157-160 c.p.). Se avesse allargato lo sguardo alla giurisprudenza italiana formatasi su codesti articoli si sarebbe risparmiata la lunga querelle che – proprio muovendo da un fraintendimento sulla natura sostanziale anziché processuale della prescrizione del reato – si protrasse per un triennio. Sarebbe potuta pervenire, in altre parole, alla conclusione cui sarebbe giunta due anni dopo con la sentenza della Grande sezione del 5 dicembre 2017 (sollecitata dalla nostra Corte costituzionale con ord. 24/2017), che, pur ribadendo il dovere di disapplicare norme interne in contrasto con l’art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, ammette la possibilità di sottrarsi a tale obbligo, qualora ciò comportasse una lesione del principio di legalità (punto 68).

Per una cronistoria ragionata di questa vicenda si vedano il volume curato da A. Bernardi e C. Cupelli citato alla nota precedente, nonché il saggio di A. NATALE, [Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso](#), in *Questione Giustizia*, 7 dicembre 2017. Vicenda molto istruttiva sotto il profilo qui considerato, perché vediamo all’opera tutti i nostri protagonisti giudiziari: oltre alla Corte di giustizia UE (intervenuta due volte), Corte di cassazione (come autorità rimettente alla Corte costituzionale principalmente a difesa del principio di legalità), Corte costituzionale (come autorità rimettente alla Corte di giustizia UE) e persino Corte europea dei diritti dell’uomo, non intervenuta nel caso Taricco, ma spesso evocata per la sua giurisprudenza sul principio di legalità penale. Occasione rara per visionare la sinossi dei quattro “orti giuridici” e le relative interdipendenze.

³⁷ Art. 267 TFUE.

³⁸ Parere della Corte approvato nella seduta plenaria del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 176).

³⁹ Art. 267 § 3 TFUE.

PROSPETTIVE DELLA LEGALITÀ PENALE

di Marco Pelissero

SOMMARIO: 1. La complessità della nuova legalità. – 2. La semplificazione della legalità nella giurisprudenza costituzionale e la complessità della “zona grigia”. – 3. Cosa fare per rafforzare le due *rationes* alle quali si riporta il principio di legalità? – 4. Il terreno divenuto incerto della legalità della pena. – 5. I limiti della “nuova” legalità.

1. La complessità della nuova legalità.

La legalità penale è ben lontana da quella rappresentata in termini astratti nei manuali di diritto penale che ci dicono come la legalità, nell'articolazione dei suoi sotto principi, dovrebbe essere. Se ci spostiamo da una prospettiva normativa ad una fattuale, la legalità si presenta frammentata, quanto fonti, e diffusa, quanto a rilettura giurisprudenziale. La complessità delle questioni, tecniche e istituzionali, che i nuovi sviluppi pongono, si colloca entro la riflessione sul dover essere della legalità che da sempre si confronta con temi sfuggenti quali la determinatezza che investe il grado di precisione della fattispecie incriminatrice (quale grado?), e la tassatività, la cui legittimità corre lungo il confine incerto tra interpretazione estensiva e analogia.

Soprattutto riflettere sulle prospettive della legalità impone di misurarsi con un tema amplissimo che investe diversi fronti: la legalità come regola di validità del sistema; come condizione di perimetrazione del fatto tipico nelle fattispecie di reato e di delimitazione degli elementi di parte generale che contribuiscono a definire i confini delle fattispecie (nesso causale, posizioni di garanzia, dolo, colpa, limiti di punibilità del tentativo, contributo concorsuale); la riflessione sulla legalità investe non solo il fatto, ma anche la pena, un terreno divenuto delicatissimo sul terreno dei rapporti istituzionali da quando la Corte costituzionale ha superato l'argomento delle rime obbligate (sent. 222/2018).

2. La semplificazione della legalità nella giurisprudenza costituzionale e la complessità della “zona grigia”.

Partirei da una riflessione sulla sentenza n. 98 del 2021 della Corte costituzionale. Ho letto giudizi entusiastici su questa pronuncia che avrebbe rimesso la legge scritta al centro della legalità penale. A me pare, invece, che il rigore, a tratti illuministico, dei passaggi argomentativi dedicati all'analogia nasconda la complessità dei problemi. In punto analogia, la sentenza non fa che ribadire quanto leggiamo in qualsiasi manuale di

parte generale: l'interpretazione si deve muovere entro il perimetro normativo della legalità legalistica (rubo un'espressione efficace di Roberto Bartoli); l'analogia in malam partem è vietata; la giurisprudenza interviene entro i limiti del tipo legale. Questo è il ruolo subalterno che la Corte costituzionale riserva la giurisprudenza rispetto al dettato normativo. In questa direzione la Consulta si era già espressa nella sentenza n. 24/2019, nella quale aveva tracciato la distinzione tra una legalità "rafforzata", riservata alla materia penale in senso stretto, e una legalità "flessibile", riservata alle misure di prevenzione, i cui presupposti applicativi sono aperti alla integrazione tipizzante della giurisprudenza:

«In materia di responsabilità penale, invero, questa Corte ha da tempo sottolineato come «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008), ribadendo recentemente, in termini assai netti, come nessuna interpretazione possa «surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone "la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione" (sentenza n. 364 del 1988)» (sentenza n. 115 del 2018); e ciò in quanto «nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» è indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa» rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di 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» (sentenza n. 115 del 2018).

Tuttavia, allorché si versi – come nelle questioni ora all'esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione».

Entrambe le sentenze hanno come presupposto comune il disconoscimento del carattere creativo della giurisprudenza nel definire il contenuto effettivo della norma. Siamo agli antipodi da quanto scrisse Fiandaca, consapevole della inevitabile influenza sull'attività interpretativa dei giudizi di valore anche di natura soggettiva e della specificità che assume il caso concreto che la casistica pone quotidianamente dinanzi ai giudici. Queste sentenze non distinguono tra ideologia e realtà della legalità penale, tra dimensione mitologica e dimensione effettuale della riserva di legge; prospettano, piuttosto, una interpretazione di tipo meccanicistico che presuppone norme strutturate in modo tale da rendere nettamente tracciabile il confine tra analogia vietata ed interpretazione estensiva ammessa. È come se la Corte costituzionale si ponesse dinanzi a un quadro di Mondrian, con linee nette e colori chiaramente definiti, mentre nella maggior parte dei casi, quando cominci a leggere una norma e ad interrogarti sulla sua applicazione, hai più spesso la sensazione di trovarti dinanzi a una tela di Turner, con figure abbozzate e colori sfumati che si sovrappongono in contorni che scompaiono.

Se ci riportiamo alla realtà della produzione normativa, è la complessità del testo a porre il primo ostacolo, come dimostrano alcune fattispecie frutto di compromesso

politico o espressione del tentativo di imbrigliare, entro i confini del tipo, fenomeni complessi: pensiamo al delitto di tortura, alle scelte fatte nel contrasto alla corruzione (gli effetti del c.d. “spacchettamento” della concussione e la tormentata evoluzione normativa del traffico di influenze illecite); pensiamo ancora al delitto di atti persecutori, che la Corte costituzionale ha salvato con una sentenza (n. 172/2014) che ha il sapore del salvataggio politico, ma che si presenta povera di argomentazioni che non vanno oltre la necessità di interpretare i termini utilizzati nel descrivere una fattispecie in modo non atomistico, ma considerandone il rapporto sistematico con gli altri elementi presenti, ed un richiamo, poco rilevante nel caso di specie, alla sentenza n. 86 del 1981, che colse della determinatezza il profilo della corrispondenza del fatto tipico a realtà criminologicamente afferrabili e provabili in giudizio.

Tuttavia, anche quando il tracciato normativo si presenta chiaro, è la specificità dei fatti concreti a disvelare la complessità del testo: la riconducibilità della diffusione di onde elettromagnetiche alla contravvenzione che punisce il getto pericoloso di cose¹; nuovi mezzi di comunicazione di fronte alla contravvenzione di molestia o disturbo delle persone²; l’offerta di prestazioni sessuali on line ed i reati di prostituzione³; il ricorso alla corruzione propria per colpire i casi dei funzionari “assunti a libro paga” prima dell’introduzione della corruzione per l’esercizio della funzione⁴; le condotte distrattive realizzate sui propri beni commesse dopo la notifica del pignoramento, ma prima della trascrizione del vincolo esecutivo⁵; le testate giornalistiche on line di fronte alla disciplina generale sulla responsabilità del direttore per i reati commessi a mezzo stampa⁶. Gli esempi potrebbero continuare e segnalano come nella maggior parte dei casi l’interprete si trovi dinanzi a casi che si collocano in una zona grigia, ossia nello spazio intercorrente tra ciò che certamente è coperto dalla norma e ciò che certamente non vi rientra.

Gli argomenti spesi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 98 del 2021 non aiutano a risolvere i casi della zona grigia, perché presuppongono una giurisprudenza valutativa, che si spiega con la combinazione di tre fattori di tipo storico: un’idea illuministica del giudice come bocca della legge; il persistente influsso del tecnicismo giuridico che aveva creato una cesura tra scienza giuridica e politica criminale; un’idea autoritaria della legalità penale.

Questi tre fattori sono entrati in crisi per effetto dell’evoluzione dell’ermeneutica, per l’emersione di una diversa sensibilità della dottrina sul ruolo del penalista rispetto al potere politico e come conseguenza della perdita di univocità della ratio sottostante al principio di legalità.

Anzitutto, l’ermeneutica ha evidenziato il ruolo ineliminabile della precomprensione nella lettura di un testo ed il carattere implicitamente analogico

¹ Cass., sez. III, 9 gennaio 2009, n. 15707.

² Cass., sez. I, 17 giugno 2010, n. 24510; Cass., sez. I, 7 giugno 2012, n. 24670.

³ Cass., sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464.

⁴ Cass., Sez. VI, 4 maggio 2006, in *Cass. pen.*, 2006, 3578.

⁵ Cass., sez. IV, 20 ottobre 2021, n. 5536.

⁶ Cass., Sez. V, 23 ottobre 2018 (dep. 11 gennaio 2019), n. 1275.

dell'interpretazione che muove dal costante confronto tra il testo ed il fatto, del quale va valutata la sussumibilità nel precetto.

In secondo luogo, il superamento della dicotomia tra scienza giuridica e politica criminale ha comportato la valorizzazione dei principi, prima costituzionali e poi sovranazionali, nell'adeguamento per via interpretativa delle norme di legislazione ordinaria. Si è trattato di uno snodo essenziale nel processo di ammodernamento di un sistema penale in molte sue parti collidente con il nuovo quadro delle garanzie e di sollecitazione ad avviare le riforme. Il riconoscimento della forza normativa dei principi, che si impongono al di là delle omissioni del legislatore, si è talvolta tradotto in tensioni istituzionali tra magistratura e potere politico (Consiglio ANM 1965 Gardone).

In terzo luogo, al superamento dell'idea autoritaria della legalità penale, propria del codice penale Rocco, non è seguito un parametro univoco di lettura della *ratio* di tale principio, tra garanzia individuale e ratio democratica. Nella prima accezione, la legalità riporta alla ratio di certezza sulle libere sfere d'azione che rimanda alle garanzie di accessibilità e prevedibilità delle norme penali, sulle quali la Corte europea ha fondato la lettura dell'art. 7 CEDU: diventa preminente l'interesse alla stabilità e uniformità delle decisioni giudiziarie. Nella seconda accezione, invece, la ratio di garanzia è di tipo istituzionale, in quanto della legalità si valorizza il profilo della riserva di legge, come espressione della divisione dei poteri: diventa essenziale recuperare la centralità del testo normativo, differenziandolo dall'apporto giurisprudenziale (Corte cost. 230/2012).

In questo contesto, la giurisprudenza sviluppa un ruolo creativo nella interpretazione delle norme, non di mera specificazione del testo scritto. Credo che questo ruolo sia ineliminabile, perché le fattispecie presentano per lo più una polisemia semantica aperta a letture tutte costituzionalmente compatibili, come conferma anche l'argomento del superamento delle rime obbligate e l'adozione di una delle interpretazioni tra le diverse compatibili con i principi costituzionali; i principi irrompono nella interpretazione delle norme con i loro più ampi margini di lettura; le norme si misurano con la complessità della vita sociale alla quale devono dare risposte. Basti pensare a quel che è accaduto a norme che apparivano così chiare come gli artt. 579 e 580 c.p. una volta immesse nel contesto dei principi costituzionali e poste di fronte agli sviluppi della medicina.

3. Cosa fare per rafforzare le due *rationes* alle quali si riporta il principio di legalità?

Considero necessario un recupero dei ruoli e di coraggio. Quanto al recupero dei ruoli, il legislatore deve sforzarsi di confezionare norme connotate da una maggiore precisione; dall'altro lato, però, anche la magistratura deve sviluppare, come ci ricorda il prof. Maiello, la cultura del limite, perché l'interpretazione teleologica costituzionalmente orientata non può diventare lo strumento per letture *contra legem*, soprattutto se in senso sfavorevole al reo. È necessario anche un maggior coraggio nel sollevare le questioni di legittimità costituzionale per violazione del principio di determinatezza, anche a costo di veder dichiarata l'inammissibilità della questione,

considerato il tradizionale contenimento della Consulta nell'accogliere le questioni di legittimità costituzionale fondate su questo profilo.

Porto due esempi di sentenze che hanno avanzato una soluzione ragionevole, ma con argomenti non convincenti, perché hanno forzato il testo normativo. Il primo è costituito dalla sentenza nella quale le Sezioni unite hanno ritenuto compatibile la corruzione in atti giudiziari con la corruzione susseguente, ancorandosi alla menzione dell'intero art. 319 c.p. nell'art. 319-ter c.p.: si è trattato solo apparentemente del rispetto del principio di riserva di legge, in quanto per configurare la corruzione susseguente in atti giudiziari ha dovuto infrangere il dettato normativo, collegando il dolo specifico del fine di avvantaggiare o danneggiare una parte processuale all'atto e non, come imporrebbe la costruzione della fattispecie, alla condotta della corruzione che è incentrata sul *pactum sceleris* e alla quale rimane estraneo l'atto contrario ai doveri d'ufficio⁷. Il secondo esempio è costituito dalla più lettura che è stata data del nuovo art. 590-sexies c.p.: sebbene la norma individui uno spazio di "non punibilità" dell'esercente la professione sanitaria in relazione agli artt. 589 e 590 c.p., le Sezioni unite hanno riempito di punibilità quello spazio ritenendo che una ragionevole lettura dei principi costituzionali imponga di affermare che in quello spazio il medico debba comunque rispondere per colpa grave⁸.

Quando, invece, la giurisprudenza interviene con operazioni di ortopedia interpretativa in favore dell'autore, l'operazione, pur traumatica, è accettabile. In tal senso si erano mosse le Sezioni unite in relazione alla fattispecie di inosservanza delle prescrizioni della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, espungendo dall'ambito di rilevanza penale della norma incriminatrice le prescrizioni di "vivere onestamente e rispettare le leggi", in quanto inficcate da indeterminatezza⁹.

Al fine di rafforzare la *ratio* di garanzia per i destinatari dei precetti, credo che dovrebbero essere valorizzate le norme di diritto penale sostanziale e processuale.

Sul piano sostanziale dovrebbero essere valorizzate due disposizioni: dare maggior corpo al riconoscimento dell'errore inevitabile ex art. 5 c.p. ed interpretare in senso estensivo la garanzia della irretroattività della legge penale in modo da includere anche l'interpretazione giurisprudenziale sfavorevole: non mi convince il fatto che la giurisprudenza della Corte di cassazione abbia aperto al riconoscimento di questo principio solo in relazione alle norme processuali e non a quelle sostanziali, perché non vedo la ragione che giustifichi questa differenziazione, in quanto il principio di affidamento incolpevole va garantito sempre.

Sul versante processuale è necessario consolidare il vincolo del precedente. L'art. 618, comma 1-bis c.p.p. ha introdotto un vincolo "debole" del precedente e l'importanza della norma si apprezza in termini di dialogo sul principio di diritto tra Sezioni semplici e Sezioni unite; è una sorta di procedimentalizzazione del dissenso, come ci ricorda il Consigliere Fidelbo. In questo contesto mi convincono le sentenze nelle quali la Corte di cassazione ha valorizzato l'art. 47-quater ord. giud. che attribuisce al Presidente di

⁷ Cass., sez. un., 21 aprile 2010, n. 15208.

⁸ Cass., sez. un., 21 dicembre 2017-22 febbraio 2018, n. 8770.

⁹ Cass., sez. un., 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076.

sezione il compito di curare lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione. Avere esplicitato nelle motivazioni di alcune sentenze¹⁰ che, di fronte ad incertezze di lettura di una disposizione, la lettura che si è data segue al confronto interno ai giudici della Sezione risponde alla *ratio* di garanzia del principio di legalità, perché limita i contrasti applicativi.

In questo contesto credo che sia fondamentale che nella formazione dei magistrati si dia particolare peso alle ragioni di garanzia che stanno alla base del principio di legalità. La deontologia giudiziaria avrebbe sicuramente un peso importante nella ridefinizione dei limiti dell'attività interpretativa.

4. Il terreno divenuto incerto della legalità della pena.

C'è infine il versante della legalità della pena, rispetto alla quale si è fatta sentire molto forte la pressione dei principi costituzionali che hanno operato sui due fronti delle pene edittali e del giudicato.

Quanto al primo fronte, la giurisprudenza della Corte costituzionale è sempre stata molto rigida nel ribadire l'assolutezza della riserva di legge, non aperta alla integrazione di fonti subordinate limitatamente ammesse in relazione alla costruzione del precetto, e il forte argine al suo intervento, ammesso solo in caso di manifesta irragionevolezza dei limiti edittali e ricorrendo al *tertium comparationis*. Il richiamo ai principi costituzionali (artt. 3 e 27, comma 3 Cost.) ha giustificato il superamento dell'argomento delle rime obbligate: a fronte di una pena determinata dal legislatore in termini contrastanti con il quadro dei valori costituzionali, è stata richiamata la necessità di tutelare gli interessi fondamentali della persona, che le pene coinvolgono, a giustificazione dell'intervento correttivo della Consulta, anche a fronte della pluralità di possibili opzioni. La via intrapresa apre a delicati bilanciamenti nella scelta tra intervento correttivo direttamente operato della Corte (quale poi?) e rimessione della scelta al decisore politico.

Il principio di legalità della pena ha operato anche sul versante del giudicato, reso cedevole di fronte alla necessità di assicurare, finché la pena è in corso di esecuzione, il rispetto del principio di legalità: questo ha avviato un percorso giurisprudenziale, non sempre lineare, verso l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del ruolo di guardiano della legalità della pena a fronte di un giudicato cristallizzato su una pena illegale e per questo diventato cedevole¹¹. Nelle argomentazioni sviluppate dalla Corte di cassazione la legalità della pena è supportata dai principi di colpevolezza, proporzione della sanzione e dall'art. 27 comma 3 Cost., in quanto l'esecuzione di una pena illegale si porrebbe in insanabile contrasto con la funzione rieducativa.

Più preoccupante sul terreno della legalità della pena è l'effetto del principio del *ne bis in idem* sulla disciplina interna in presenza di un doppio binario sanzionatorio. La

¹⁰ Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 17902; Cass., sez. VI, 22 novembre 2021-16 febbraio 2022, n. 5538.

¹¹ Cass. sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821; Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858; Cass., sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240; Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 47766.

Corte europea dei diritti dell'uomo nella vicenda *A. e B. contro Norvegia* ha statuito che, per accertare se c'è stata connessione temporale e sostanziale tra i procedimenti che applicano una pena e una sanzione formalmente amministrativa, così da escludere la violazione del *ne bis in idem*, debba essere considerata anche la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio che deriva dalla combinazione delle due sanzioni. Seguendo questo ragionamento, in relazione ai reati che offendono interessi che rientrano nell'ambito delle materie di competenza dell'Unione europea, il giudice potrebbe, applicando direttamente l'art. 49 CDFUE che prevede la proporzionalità delle pene, condannare ad una pena più bassa del limite minimo edittale, se questa pena, unitamente alla sanzione amministrativa, ma sostanzialmente punitiva, in precedenza applicata, sia da considerare una risposta sanzionatoria complessivamente proporzionata¹². L'applicazione diretta del principio di proporzione consente il giudice di applicare una pena che non rientra nei limiti legali, ma che è pur sempre legale in ragione della necessità di assicurare il rispetto del *ne bis in idem* che costituisce un diritto fondamentale della persona. L'effetto della garanzia convenzionale produce effetti dirompenti sulla tenuta del principio di legalità delle pene.

5. I limiti della “nuova” legalità.

Giunto al termine di queste mie brevi e cursorie riflessioni, mi pare che lo sviluppo del principio di legalità disveli percorsi che rendono più fluido il rapporto tra *lex scripta* e norma che si arricchisce della interpretazione giurisprudenziale, tanto più determinante quanto più il legislatore costruisce fattispecie aperte a diverse letture e quanto più fattispecie, che erano originariamente definite entro confini rigidi, sono state rese più incerte vuoi per l'ingresso per via ermeneutica dei principi costituzionale e sovranazionali vuoi per effetto dell'evoluzione sociale e tecnologica che ne hanno scomposto i limiti. In parte la “nuova” legalità è un prodotto inevitabile dell'evoluzione del sistema e sarebbe illusorio pensare di porvi argini attraverso l'irrigidimento dell'ermeneutica, imponendo per via normativa il divieto di interpretazione estensiva, accanto al divieto di analogia: la giurisprudenza troverebbe il modo di ridefinire la collocazione del confine, che oggi passa tra analogia e interpretazione estensiva e che un domani potrebbe passare tra interpretazione estensiva e interpretazione letterale. Il punto fondamentale è garantire la prevedibilità del contenuto della norma e la riforma sulla rimessione alle Sezioni unite della interpretazione difforme delle Sezioni semplici non fa che rafforzare la funzione di garanzia individuale che il principio di legalità assicura, anche in prospettiva sovranazionale; lo fa in termini non rigidi, attraverso l'imposizione del vincolo del precedente, ma in termini dialogico.

Quanto alla legalità come garanzia democratica, il rapporto tra magistratura e potere politico richiede anche un lavoro di forte assunzione di responsabilità da parte di entrambi gli attori del sistema: il legislatore non può continuare a rimettere alla

¹² Cass., sez. V, 16 luglio 2018, n. 45929.

12/2022

magistratura la soluzione di problemi che lo stesso legislatore mostra di essere incapace di affrontare (si pensi allo stallo della politica dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie di aiuto al suicidio); dall'altro lato, penso anche che la magistratura, invece di supplire con soluzioni creative, che talvolta, come ho ricordato, entrano in collisione con i principi costituzionali, debba mettere il legislatore di fronte alla violazione delle garanzie costituzionali, sollevando la questione di legittimità costituzionale. La centralità del ruolo della Corte costituzionale offre sempre una garanzia di stabilità e prevedibilità che, per quanto opinabile possa essere l'esito, è preferibile rispetto all'interpretazione diffusa della magistratura.

L'ERRORE GIUDIZIARIO TRA RIPARAZIONE E RISARCIMENTO: LE RICADUTE SULLO STATO

di Diletta Perugia

L'errore giudiziario nel processo penale italiano rappresenta un evidente aggravio degli oneri finanziari posti a carico dello Stato che, ogni anno, è chiamato a sostenere un notevole dispendio economico per l'errata amministrazione della giustizia. Tale errore può essere determinato anche dagli organi deputati al compimento delle indagini preliminari i cui "sbagli", commessi nella gestione della raccolta dei mezzi di prova, e nella valutazione di questi ultimi, possono avere risvolti dannosi per l'imputato, per la vittima e per l'intera collettività. Sicché, un approccio realistico all'analisi del fenomeno dell'errore giudiziario deve prendere le mosse da quella che, a ben riflettere, può costituirne, spesso, la primordiale fonte genetica: vale a dire, l'errore investigativo. Occorre, perciò, conoscere ed agire sulle sue cause per evitare che esso si formi e penetri all'interno dell'accertamento penale onde arrivare, poi, al rimedio della riparazione, del risarcimento o di entrambe le azioni qualora il danneggiato scelga di rivalersi civilmente sul magistrato che sia stato causa o concausa del danno. Tale momento di prevenzione e di correzione dell'errore non sarebbe idoneo a soddisfare le istanze di garanzia sottese all'idea di giusto processo se ad esso non si accompagnasse, per l'appunto, l'ulteriore momento della riparazione dei pregiudizi derivati dall'ingiustizia della detenzione o della condanna. A tal proposito, l'istituto previsto dall'art. 643 c.p.p. è preordinato ad attenuare le conseguenze dell'errore giudiziario attraverso la corresponsione di un indennizzo di natura pecuniaria alla persona condannata che è stata prosciolta in sede di revisione. Un aspetto interessante dal punto di vista dell'aggravio economico per lo Stato in seguito all'accertamento dell'errore giudiziario attiene al rapporto intercorrente tra l'azione riparatoria e l'azione risarcitoria qualora l'ingiusta condanna dell'imputato derivi da falsità in atti o in giudizio, o da un altro fatto previsto dalla legge come reato, di cui sia autore il giudice o un terzo. Il confronto tra tali provvedimenti, condotto al fine di individuare i criteri di volta in volta adottati in sede di liquidazione della riparazione, ha messo in luce l'assenza di parametri univoci di calcolo. Non si può far a meno, pertanto, di auspicare un intervento legislativo in una materia come quella della riparazione al fine di superare la disomogeneità dei criteri utilizzati in tema di equa riparazione, introducendo parametri ad hoc cui conformarsi in tutto il territorio nazionale in ragione della totale assenza, sia nel codice di rito sia nella normativa speciale, di specifiche norme di coordinamento tra i due istituti sopra richiamati.

L'auspicato intervento legislativo sollecitato anche dalla Corte dei Conti è diretto, pertanto, a scongiurare il concreto rischio di un notevole aggravio a carico della finanza pubblica, discendente dal possibile cumulo tra azione riparatoria e risarcitoria.

SOMMARIO: 1. I costi dell'errata amministrazione della giustizia. – 2. Uno sguardo particolare all'errore in fase di indagine. – 3. Natura e fondamento della pretesa risarcitoria in caso di errore giudiziario. – 4. Il rapporto tra l'azione riparatoria e l'azione risarcitoria. – 5. Un'armonizzazione di criteri ripristinatori.

1. I costi dell'errata amministrazione della giustizia.

Quanto il peso dell'errore nel processo penale italiano sia divenuto considerevole al giorno d'oggi lo si comprende dai dati raccolti dal Ministero della Giustizia e dalla Corte dei Conti in tema, da un lato, di provvedimenti giurisdizionali che hanno accolto la domanda di riparazione per ingiusta detenzione o errore giudiziario e, dall'altro lato, di aggravio degli oneri finanziari a carico dello Stato.

Da quest'ultimo punto di vista non può, infatti, sottacersi il notevole dispendio economico che lo Stato è chiamato a sostenere ogni anno per l'errata amministrazione della giustizia. A tal fine, la Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, istituita presso la Corte dei Conti, ha avviato un'indagine ricognitiva in ordine agli oneri sostenuti negli ultimi anni dalla finanza pubblica a titolo sia di riparazione, sia di risarcimento per la responsabilità civile dei magistrati. Il risultato ottenuto ha confermato che, di recente, le spese sostenute a tal fine dalla finanza pubblica hanno progressivamente superato i 40 milioni annui. In particolare, secondo quanto precisato nella relazione della Corte dei Conti¹, le somme erogate – tra il 2017 ed il 2019 – a titolo di equa riparazione per detenzioni ingiuste ed errori giudiziari sono notevolmente aumentate (da 38.287.339,83 euro a 48.799.858,00 euro) per poi decrescere leggermente nel 2020 (43.920.318,91 euro).

Tali dati descrivono, senza dubbio, un evidente aggravio economico statale dovuto all'ingiusta detenzione e all'errore giudiziario, e sono il sintomo di una cattiva amministrazione della giustizia che provoca inevitabili ripercussioni sulla società oltre che sul singolo individuo sottoposto al processo penale.

Nel primo caso, l'erronea restrizione della libertà personale o l'errata condanna dell'imputato delinea «il rovescio oscuro del fenomeno processuale, la bancarotta dell'accertamento, la radicale eterogenesi delle finalità assegnate alle nostre aule di giustizia»². Nel secondo caso, invece, vi è un vero e proprio costo

¹ Si tratta della Relazione della Corte dei Conti – Sezione Centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato – Equa riparazione per ingiusta detenzione ed errori giudiziari, Deliberazione 16 settembre 2021, n. 15/2021/G.

² Così L. LUPÁRIA, *Cultura della prova ed errore giudiziario: il processo penale in discussione*, in *Errori giudiziari e background processuale*, a cura di L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino, 2017, XI; al tempo stesso l'A., riportando le parole di F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, vol. I, VIII ed., Firenze, 1897, p. 17, sostiene che «la possibile condanna dell'innocente rappresenta ... un cruciale pungolo per il progressivo miglioramento degli istituti processuali e del diritto probatorio, idealmente plasmati, per dirla con Carrara, quali strumenti atti ad evitare "agli onesti" di "cader vittima di errori giudiziari"».

umano rappresentato dalla sofferenza patita dal singolo individuo sottoposto ingiustamente ad un processo o detenuto in custodia cautelare³.

Ed è qui, con riferimento all'errore giudiziario, che più di tutto entra in gioco l'operato del magistrato in ordine all'esercizio delle proprie funzioni per contemperare «le opposte esigenze che da sempre si contendono il campo in questa materia: da un lato, assicurare adeguata tutela ai singoli cittadini pregiudicati da un cattivo esercizio del potere giudiziario; dall'altro lato, garantire l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, ponendo coloro che esercitano funzioni giurisdizionali al riparo da azioni ritorsive in grado di influenzarne la capacità decisionale»⁴.

Nella prospettiva che in questa sede rileva maggiormente, l'attenzione ricade sulle problematiche sottese all'agire dell'autorità giudiziaria chiamata a rispondere «del proprio colposo erroneo convincimento in relazione al singolo *casus decidum*»⁵.

2. Uno sguardo particolare all'errore in fase di indagine.

L'espressione "errore giudiziario" è genericamente impiegata «per indicare gli errori di giudizio nei quali si incorre nel corso della vicenda processuale o, comunque, gli errori di fatto o di diritto che hanno ricadute sull'oggetto dell'accertamento»⁶ penale portando ad una decisione diversa da quella che si sarebbe raggiunta se l'errore non fosse stato commesso.

Non necessariamente, però, deve trattarsi di un *error in iudicando* commesso dal giudice nella fase processuale⁷ ben potendo venire ad esistenza un *error in procedendo* che determina l'erronea percezione o ricezione del singolo dato procedimentale.

Tale tipo di errore può essere determinato dagli organi deputati al compimento delle indagini preliminari, quali la polizia giudiziaria e il pubblico ministero, i cui "sbagli" commessi nella gestione della raccolta dei mezzi di prova, e nella valutazione di questi ultimi, possono avere risvolti dannosi per l'imputato, per la vittima e per l'intera collettività. L'errore commesso sulla scena del crimine presenta alcune peculiarità che lo rendono spesso invisibile agli occhi dei protagonisti del processo, «vuoi perché appartiene ad un momento di esclusivo appannaggio degli organi investigativi, privo altresì di regole operative che ne riducono il margine di rischio; vuoi

³ Su questo punto cfr. S. PIERGIOVANNI, [I costi dell'amministrazione dell'"ingiustizia": la relazione della Corte dei conti in tema di equa riparazione per ingiusta detenzione ed errori giudiziari](#), in questa Rivista, 24 novembre 2021.

⁴ In tal senso A. BUZZELLI, *Erronea valutazione del fatto e della prova. La responsabilità del magistrato per le ipotesi di wrongful conviction*, in *Errori giudiziari e background processuale*, p. 172.

⁵ Così A. BUZZELLI, *Erronea valutazione del fatto e della prova. La responsabilità del magistrato per le ipotesi di wrongful conviction*, cit., p. 174.

⁶ P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, 2011, p. 3.

⁷ Per un più ampio approfondimento tra *error in procedendo* ed *error in iudicando* cfr. C. IASEVOLI, *L'errore giudiziario tra negligenza inescusabile e colpa grave degli inquirenti*, in *L'errore giudiziario*, a cura di L. Lupária Donati, Milano, 2021, p. 295.

perché lontano temporalmente da forme di controllo giudiziario; vuoi, ancora, perché orfano di rimedi esclusivi»⁸.

In tale contesto, dunque, occorre segnalare che la ricostruzione investigativa offre, più degli altri momenti processuali, maggiori margini di errore in quanto rappresenta il primo tentativo (in ordine cronologico nel procedimento penale) «di rielaborazione di un evento naturalistico del quale non si è avuto conoscenza diretta»⁹.

Sicché, un approccio realistico all'analisi del fenomeno dell'errore giudiziario¹⁰ deve prendere le mosse da quella che, a ben riflettere, può costituirne, spesso, la primordiale fonte genetica: vale a dire, l'errore investigativo¹¹.

Motivo per cui bisogna conoscere ed agire sulle sue cause per evitare che esso si formi e penetri all'interno dell'accertamento penale onde arrivare, poi, al rimedio della riparazione, del risarcimento o di entrambe le azioni qualora il danneggiato scelga di rivalersi civilmente sul magistrato che sia stato causa o concausa del danno.

Diversi possono essere gli esempi riconducibili all'errore in fase di indagini.

Si pensi, al riguardo, all'ipotesi in cui un soggetto che venga arrestato in flagranza di reato a causa di una erronea identificazione della persona colta nell'atto di commettere il reato o sorpresa con cose o tracce dalle quali appaia evidente la partecipazione all'evento criminoso (art. 382 c.p.p.). In questo caso, generalmente,

⁸ D. CUROTTI – L. SARAVO, *L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le tecniche dello scienziato, del giurista, del legislatore*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 3, p. 2.

⁹ D. CUROTTI – L. SARAVO, *L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le tecniche dello scienziato, del giurista, del legislatore*, cit., p. 2.

¹⁰ Molteplici sono le definizioni dell'errore giudiziario; dall'errore all'errore di fatto o di diritto che comporta ricadute sull'accertamento del reato. L'errore giudiziario, insomma, da cui deriva un esito decisorio ingiusto, secondo P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, cit., p. 4, «è sia l'assoluzione del colpevole, che la condanna di un innocente». Sulla definizione di errore giudiziario cfr., sempre, P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, cit., p. 4, secondo l'A. «errore giudiziario è sia l'*error in iudicando*, nella sua duplice accezione di errore nell'accertamento dei fatti e di errore nella sussunzione del fatto alla norma, sempre e nella misura in cui l'errore abbia determinato la mancata corrispondenza tra la decisione espressa e quella che sarebbe stata, invece, la decisione giusta». V., inoltre, C. CARINI, voce *Errore e rimedi*, in *Dig. disc. pen.*, IV Agg., 2008, p. 269; D. CURTOTTI NAPPI-L. SARAVO, *L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore*, cit., p. 1; F. IMPOSIMATO, *L'errore giudiziario*, Milano, 2009, p. 47, secondo cui «l'errore giudiziario è ogni realizzazione di un *vulnus* alla giustizia, intesa, come potere dovere dello Stato di punire i colpevoli ed assolvere gli innocenti».

Nell'ottica di una più ampia garanzia della tutela giudiziaria, l'art. 24, comma 4, Cost. stabilisce che «la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari» e, per tale via, riconosce la riparazione dell'errore giudiziario affinché il processo sia sempre preordinato all'emissione di un provvedimento giusto. Sul punto, v. P.G. NACCI, *Errore giudiziario (riparazione dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1993, p. 1, secondo il quale «argomentando così dalla collocazione dell'ultimo comma nel contesto di un articolo che ha riguardo all'azione giudiziaria promossa da chi si ritenga leso in un suo diritto soggettivo o interesse legittimo, deve dedursi che anche la riparazione degli errori giudiziari costituisce uno strumento processuale tendente a realizzare la finalità di accertare l'esistenza della situazione giuridica soggettiva e la sua violazione, con conseguente reintegrazione dell'ordine giuridico turbato».

¹¹ Per un maggiore approfondimento sull'errore in fase di indagini preliminari, volendo, cfr. D. PERUGIA, *Prevenzione dell'errore e indagini preliminari*, in *Errori giudiziari e background processuale*, cit., p. 26.

l'errore è subito rimediato dal pubblico ministero che, con decreto motivato ai sensi dell'art. 389 c.p.p., dispone la rimessione in libertà dell'arrestato.

Ciò significa, insomma, che l'esistenza di un errore "innocuo" rispetto alle sorti del processo è logicamente concepibile proprio in virtù della conformazione stessa del sistema processuale penale, il quale prevede rimedi astrattamente idonei ad impedire di giungere ad una sentenza definitiva viziata.

In altri termini, è la stessa dinamica del processo a fornire gli strumenti necessari ad attivare, dall'interno dello stesso, meccanismi di correzione tali da evitare, se correttamente utilizzati dai soggetti processuali interessati, esiti "nefasti" del procedimento.

Basti porre mente, anzitutto, ai meccanismi previsti dall'art. 415-bis c.p.p.¹², mediante i quali la persona sottoposta alle indagini per un addebito preliminare, fondato su un errore investigativo, può dimostrare la sua estraneità ai fatti ad essa contestati, presentando memorie e documenti, ovvero depositando documentazione relativa alle indagini difensive nonché, infine, rendendo dichiarazioni spontanee o richiedendo interrogatorio¹³.

Dal diverso angolo visuale del pubblico ministero, il riconoscimento dell'errore investigativo prima dell'esercizio dell'azione penale può indurre lo stesso organo dell'accusa a richiedere l'archiviazione al fine di evitare un procedimento inutile. In prospettiva speculare, invece, qualora sia la stessa richiesta di archiviazione a costituire una potenziale causa di errore, l'art. 409 c.p.p. attribuisce al giudice per le indagini preliminari il potere di indicare al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria ulteriori indagini da compiere.

Sempre con riferimento ai possibili interventi "risolutivi" endoprocessuali si pensi, inoltre, al controllo effettuato dal giudice dell'udienza preliminare sugli elementi di prova raccolti durante la fase dell'indagine o all'istituto delle contestazioni nel corso dell'esame incrociato che, smentendo le dichiarazioni precedentemente rese dal testimone o dalla parte, può rappresentare un efficace rimedio avverso dichiarazioni non veritiere o, comunque, non del tutto genuine¹⁴. Senza dimenticare, ovviamente, il fondamentale presidio costituito dai mezzi di impugnazione ordinaria che, prima di giungere alla sentenza irrevocabile, consentono di porre rimedio ad un provvedimento giurisdizionale fondato sull'errore commesso in fase d'indagine.

¹² Con il ricorso agli strumenti difensivi di cui all'art. 415-bis c.p.p. viene, pertanto, garantito il contraddittorio fra le parti fino a quel momento circoscritto a casi eccezionali e tassativi o, addirittura, mancante con il risultato di poter rimediare all'errore e indurre, così, il pubblico ministero ad arrestare l'azione penale.

¹³ Se l'indagato chiede di essere interrogato, il pubblico ministero deve procedere. Analogamente, quando il pubblico ministero dispone nuove indagini, queste devono essere compiute entro trenta giorni dalla presentazione della richiesta. Il termine può essere prorogato dal giudice per le indagini preliminari, su richiesta del pubblico ministero, per una sola volta e per non più di sessanta giorni. Le dichiarazioni rilasciate dall'indagato, l'interrogatorio del medesimo e i nuovi atti di indagine del pubblico ministero sono utilizzabili ancorché sia decorso il termine stabilito per l'esercizio dell'azione penale.

¹⁴ Osserva, in particolare, F. IMPOSIMATO, *L'errore giudiziario*, cit., p. 227, che «il germe dell'errore è nelle percezioni sbagliate del testimone oculare o del testimone indiretto o di colui che riporta voci incontrollate».

Sebbene il sistema processuale preveda, per sua stessa natura, numerosi meccanismi correttivi non va, però, sottovalutata l'efficacia deterministica dell'errore investigativo sui successivi sviluppi del processo.

Non ci vuole molto senso pratico, infatti, per rendersi conto che l'esistenza di appositi strumenti processuali di "auto-tutela" può risultare inidonea in ogni caso a porre rimedio all'errore commesso in ambito investigativo.

Anzi. Già la corretta individuazione della "svista" commessa durante l'attività di indagine può rivelarsi operazione tutt'altro che agevole, con conseguente complicazione dell'utilizzo proficuo degli istituti preventivi previsti dal codice di rito. Un inconveniente, quest'ultimo, che, spinto alle estreme conseguenze, può risolversi nella pronuncia di una sentenza irrevocabile viziata, generando, così, un errore giudiziario in senso proprio. Senza contare, del resto, che la "svista" investigativa determina pure un aggravio procedimentale in termini di economia processuale con il compimento di attività inutile, in quanto destinata ad essere sanzionata con la nullità o l'inutilizzabilità.

Diviene, pertanto, fondamentale che i protagonisti del processo si adoperino per riconoscere l'errore commesso in fase d'indagine, in modo tale da attivare immediatamente i rimedi processuali predisposti all'uopo dal codice di procedura penale.

Di qui l'importanza di un'analisi volta ad individuare i singoli momenti – nell'ambito delle indagini preliminari – nei quali può annidarsi l'errore investigativo¹⁵, anche al fine di verificare se e in quale misura l'eventuale propagazione dello stesso oltre i confini circoscritti alla fase prodromica possa poi influire negativamente sull'ulteriore svolgimento del processo.

L'errore rischia di dipendere da un vero e proprio sbaglio di percezione da parte del magistrato della pubblica accusa che «sovente, è a monte di comportamenti omissivi o non tempestivi degli [stessi] inquirenti»¹⁶. Il contesto investigativo è, tra l'altro, reso, spesso, complesso «per le interferenze con l'autonomia e la discrezionalità dell'organo dell'accusa nelle scelte investigative»¹⁷.

In tale ottica, appare opportuno esaminare, dapprima le attività realizzate direttamente dal titolare delle indagini, poi, quelle poste in essere mediante delega alla polizia giudiziaria.

Com'è noto, nella prima ipotesi considerata, il pubblico ministero compie, in qualità di *dominus* delle indagini, ogni attività utile ad orientare le proprie determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale, con la possibilità di avvalersi dell'ausilio del corpo di polizia giudiziaria in caso di particolare complessità dell'attività

¹⁵ V. D. CURTOTTI NAPPI – L. SARAVO, *L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine: l'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore*, cit., p. 16, secondo cui «è nella struttura antagonista del processo, nel rispetto delle garanzie minime del giusto processo, nell'essenza epistemologica del contraddittorio che il sistema trova gli strumenti per prevenire e correggere gli errori o renderli perlomeno "tollerabili" quando inevitabili».

¹⁶ Così C. IASEVOLI, *L'errore giudiziario tra negligenza inescusabile e colpa grave degli inquirenti*, cit., p. 318.

¹⁷ Ancora cfr. C. IASEVOLI, *L'errore giudiziario tra negligenza inescusabile e colpa grave degli inquirenti*, cit., p. 320.

finalizzata ad assicurare le fonti di prova necessarie per accertare il fatto di reato ed individuarne l'autore¹⁸.

Con riferimento alla seconda ipotesi messa in evidenza, ossia quella in cui la polizia giudiziaria agisce di propria iniziativa e svolge attività d'urgenza per la raccolta degli elementi utili alla ricostruzione del fatto e all'individuazione del colpevole, occorre sottolineare che si tratta di adempimenti anche piuttosto significativi nell'ottica di isolare le cause primitive dell'errore investigativo. L'attività di polizia può finire, infatti, per indirizzare le scelte della pubblica accusa verso l'esercizio dell'azione penale, ovvero in favore di riti alternativi o, addirittura, verso l'adozione di misure cautelari¹⁹ nei confronti dell'indagato.

A rendere bene l'idea del peso specifico che caratterizza l'attività di indagine degli ufficiali di polizia in termini di concreta realizzazione di errori suscettibili di condurre ad epiloghi investigativi fallimentari è senz'altro il fenomeno che gli americani chiamano *tunnel vision*²⁰.

In questa specifica ipotesi patologica, può accadere che la polizia, nell'esercizio dei propri ordinari compiti di vigilanza, controllo e repressione, si indirizzi verso una sola pista investigativa, trascurando del tutto informazioni ed elementi di prova potenzialmente utili ad individuare altri autori del reato. Con conseguente estromissione, *in nuce*, di ulteriori, plausibili letture della singola vicenda oggetto di investigazione.

Analoghe considerazioni possono svolgersi, altresì, in ordine all'attività investigativa posta in essere dalla polizia in momenti antecedenti all'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro. Non fosse altro perché siffatti accertamenti pre-procedimentali²¹, compiuti in modo informale e senza alcun obbligo di documentazione, pure possono indurre il pubblico ministero in errore quanto ad una corretta lettura della potenziale *notitia criminis* e, dunque, all'effettivo avvio delle indagini²².

Orbene, per entrambe le tipologie di indagine, sia quelle portate avanti su impulso del pubblico ministero, sia quelle condotte d'iniziativa dalla polizia giudiziaria, molteplici appaiono le *défaillances* procedurali che possono derivare dalla conduzione di piste investigative inopportune ovvero dalla valutazione erronea degli elementi raccolti sul luogo del delitto²³.

¹⁸ Già l'art. 109 Cost. prevede che l'autorità giudiziaria disponga, direttamente, della polizia giudiziaria.

¹⁹ V. A. CHELO, *Le prime indagini sulla scena del crimine*, Padova, 2014, p. XI.

²⁰ Per un approfondimento sulla tematica del *tunnel vision* si rinvia a M. GODSEY, *The human factor in wrongful convictions across national borders*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Understanding wrongful conviction*, 2015, Padova, p. 30; D.K. ROSSMO, *Criminal investigative failures*, CRC Press, Taylor & Francis Group, Boca Raton London New York, 2009, p. 71.

²¹ La definizione è di G. FUMO, Art. 330, in M. Chiavario (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV., Torino, 1990, p. 48.

²² Sul punto si veda L. LUPÁRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, in G. GARUTI (a cura di), *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, t. 3, 2008, Milano, p. 172; A. MARANDOLA, *Notizia di reato e indagini preliminari*, in Cass. pen., 1999, p. 3459; EAD., *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, p. 89.

²³ Basti considerare, a titolo meramente esemplificativo, da un lato, la possibilità di cadere in errore qualora venga raccolta una confessione, considerata "prova regina", la quale, in un momento successivo venga,

3. Natura e fondamento della pretesa risarcitoria in caso di errore giudiziario.

Tale momento di prevenzione²⁴ e di correzione dell'errore non sarebbe idoneo a soddisfare le istanze di garanzia sottese all'idea di giusto processo se ad esso non si accompagnasse, per l'appunto, l'ulteriore momento della riparazione dei pregiudizi derivati dall'ingiustizia della detenzione o della condanna. Forte è il rischio che anche l'errore determinato all'inizio del procedimento in fase di indagini preliminari, e non corretto, possa determinare una condanna ingiusta per l'imputato.

A tal proposito, nel codice di rito penale, l'istituto previsto dall'art. 643 c.p.p., espressione del principio di cui all'art. 24, comma 4 Cost.²⁵, è preordinato ad attenuare le conseguenze dell'errore giudiziario attraverso la corresponsione di un indennizzo di natura pecuniaria alla persona condannata che è stata prosciolta in sede di revisione, sulla base del presupposto oggettivo rappresentato dall'accertamento dell'errore, indipendentemente dalla responsabilità del giudice²⁶.

Come vero e proprio diritto soggettivo²⁷, nella prospettiva costituzionale, la riparazione dell'errore giudiziario ha una finalità di tipo solidaristico in quanto lo Stato, su cui ricade il rischio dell'attività giurisdizionale, deve compensare i danni materiali, ma anche corrispondere utilità che valgono in qualche modo a ricompensare la vittima

tuttavia, ritrattata, rivelandosi, quindi, falsa o errata; da un altro lato, al caso in cui vengano trascurati indizi che presentano una rilevanza probatoria non indifferente rispetto al fatto da provare; ovvero, infine, all'ipotesi, altrettanto fuorviante, in cui non si proceda al sequestro di cose che, successivamente, potrebbero andare disperse.

²⁴ Secondo P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, cit., p. 34 la prevenzione dell'errore riguarda non solo la protezione del soggetto all'interno del processo ma attiene alla garanzia della collettività dall'arbitrio del potere punitivo.

²⁵ In base all'art. 24, comma 4 Cost. «la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari»; sul concetto di «riparazione» dell'errore v., tra tutti, E. TURCO, *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Milano, 2007, p. 2; V. CAVALLARI, *La riparazione degli errori giudiziari secondo l'art. 24, ultimo comma, della Costituzione*, in *Giust. pen.*, 1954, I, p. 276; E. GIANTURCO, *Delle responsabilità dello Stato verso le vittime degli errori giudiziari*, Milano, 1965, p. 739. A livello normativo sovranazionale sia l'art. 14, par. 6, Patto internazionale sui diritti civili e politici, sia l'art. 3 Protocollo n. 7 relativo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali attribuiscono al soggetto, nei cui confronti venga annullata una sentenza di condanna definitiva o venga accordata la grazia poiché nuovi elementi o nuove rivelazioni comprovano un errore giudiziario, il diritto ad essere indennizzato conformemente alla legge o agli usi in vigore nello stato interessato, a meno che non venga provato che il fatto di non aver rivelato in tempo utile gli elementi non conosciuti sia totalmente o parzialmente imputato allo stesso.

²⁶ Sul punto v. A. BUZZELLI, *Erronea valutazione del fatto e della prova. La responsabilità del magistrato per le ipotesi di wrongful conviction*, cit., p. 171, Solo nel caso di responsabilità del giudice l'interessato può scegliere la via della riparazione o del risarcimento del danno fondata sulla responsabilità dello stesso organo giudicante.

²⁷ Cfr. P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, cit., p. 249; su quest'ultimo punto, secondo l'A. «si è, così, pervenuti ad inquadrare in chiave di diritto soggettivo pubblico la situazione giuridica della vittima dell'errore giudiziario, la quale condivide la medesima natura dei diritti di azione e di difesa contemplati dai primi tre commi dell'art. 24 Cost.».

della sofferenza morale prodotta dall'errore giudiziario con la fondamentale finalità di consentire un reinserimento nella società in condizioni di tranquillità e di sufficienza per sé e per la sua famiglia²⁸. Il giudice della riparazione è, dunque, chiamato a valutare globalmente, in via equitativa, i pregiudizi lamentati dal ricorrente attraverso parametri razionali e trasparenti o a quantificare le singole voci di danno mediante criteri risarcitori²⁹.

E proprio in ordine a tale schema di riparazione, anche la giurisprudenza di legittimità ha precisato che «il procedimento di riparazione dell'errore giudiziario ha una componente risarcitoria e una indennitaria, pertanto il giudice può utilizzare per la liquidazione del danno sia il criterio risarcitorio con riferimento ai danni patrimoniali e non patrimoniali, sia il criterio equitativo limitatamente alle voci non esattamente quantificabili avendo riguardo all'interruzione dell'attività lavorativa, ai rapporti sociali e affettivi e al peggioramento non voluto delle abitudini di vita»³⁰.

Come è intuibile dall'analisi dell'art. 643 c.p.p., il requisito essenziale affinché sorga il diritto alla riparazione dell'errore giudiziario è rappresentato dal perfezionamento del giudicato e, in particolare, dal proscioglimento del condannato a seguito di giudizio di revisione dopo una sentenza di condanna, di una sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p., o di un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile. In quest'ottica, assume, pertanto, rilievo sia la sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530 c.p.p., quale che sia la formula adottata, sia la sentenza di non doversi procedere emessa ai sensi degli artt. 529 e 531 c.p.p.³¹. Deve, invece, escludersi, sempre ai sensi dell'art. 643, comma 1 c.p.p., la riparazione «nei casi di revisione europea che si siano conclusi non con un proscioglimento, ma con una condanna a pena più mite»³².

Ma vi è di più. La tassatività letterale dell'art. 643 c.p.p. sulle modalità di accesso alla procedura di riparazione dell'errore giudiziario, che prevede come presupposto il solo proscioglimento in sede di revisione, induce, inoltre, ad escludere l'applicazione analogica della riparazione ad altre ipotesi di correzione dell'errore giudiziario previste dal codice di rito³³. Si pensi, ad esempio, all'accoglimento del ricorso straordinario per errore di fatto di cui all'art. 625-bis c.p.p.: la condizione dell'imputato prosciolti è

²⁸ A. SCALFATI, *Rapporti tra l'autonomia della pretesa risarcitoria ed entità della prestazione per le vittime di un errore giudiziario*, in *Giur. it.*, 1996, II, p. 367; M. G. COPPETTA, *La riparazione per ingiusta detenzione*, Padova, 1993, p. 297; F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, p. 552, nonché, A. GENTILE, *La riparazione dell'errore giudiziario*, in *Errori giudiziari e background processuale*, cit., p. 158.

²⁹ Cfr. P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, cit., p. 292; qualora il giudice proceda al risarcimento «deve procedere con il rispetto delle regole civilistiche; non può, cioè, riconoscere la riparazione per danni che non siano da esse ritenuti risarcibili, ferma restando la possibilità di applicare criteri applicativi per la liquidazione di un danno che non possa essere provato nel suo preciso ammontare, secondo il combinato disposto degli artt. 1226 e 2056 comma 1 c.c.».

³⁰ Cass., sez. IV, 4.4.2018, n. 25886, RV 273403; si veda anche Cass., sez. IV, 25.11.2003, n. 2050, RV 227672.

³¹ L. SCOMPARIN, *Riparazione dell'errore giudiziario*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997, p. 322; A. MONTALDI, *Art. 643*, in M. Chiavario (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Torino, 1991, p. 388.

³² Così M. D'AIUTO, *La riparazione dell'errore giudiziario*, in *L'errore giudiziario*, cit., p. 728. Infine, non vi è alcun dubbio che l'istituto non trovi applicazione nell'ipotesi di sentenza relativa alla responsabilità degli enti in quanto l'art. 73 del d.lgs. 8.6.2001, n. 231 esclude espressamente l'applicazione degli artt. 643-647.

³³ In tal senso M. D'AIUTO, *La riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 727.

sostanzialmente analoga a quella del soggetto proscioltto a seguito di revisione. Anche in questo caso, l'interessato ha subito danni in conseguenza dell'esecuzione di una sentenza passata in giudicato, sostituita, poi, con una pronuncia liberatoria a seguito del ricorso straordinario³⁴ ma, proprio vista la rigidità letterale dell'art. 643 c.p.p., non ogni errore, accertato e corretto, di fatto, può dar luogo alla riparazione.

Allo stesso modo, «l'art. 643 c.p.p. non include la disciplina dell'art. 587 c.p.p. che estende all'imputato non impugnante le conseguenze favorevoli della pronuncia seguita all'impugnazione proposta, per motivi non esclusivamente personali, dal coimputato»³⁵.

Sempre in tema di limiti oggettivi alla richiesta di riparazione dell'errore giudiziario, secondo la giurisprudenza di legittimità, la disciplina *de qua* non può essere estesa all'ingiusta detenzione determinata da ritardi nell'applicazione di un provvedimento di indulto «posto che, in tale ipotesi, non sussiste il requisito del proscioglimento nel merito dall'accusa ... Tale caso non può essere sussunto ... nell'istituto della riparazione dell'errore giudiziario, presupposto del quale è la pronuncia di sentenza (di revisione) che accerti la insussistenza della pretesa punitiva nei confronti del condannato. Per le stesse sopra esposte ragioni, neppure a questo istituto può farsi ricorso in via d'analogia per regolare il caso in considerazione»³⁶.

Altrettanto rilevante per la procedura da ingiusta riparazione, di cui all'art. 643 c.p.p., è il limite soggettivo consistente nella circostanza per cui il condannato abbia dato causa per dolo o colpa grave all'errore giudiziario; in altri termini, «la preclusione [prevista dal codice di rito] esprime il generale principio secondo il quale soggetto passivo di un pregiudizio è soltanto chi non abbia contribuito a determinarlo ovvero non abbia potuto evitarlo»³⁷. La *ratio* della norma da ultimo richiamata risponde, dunque, alla necessità di impedire «possibili abusi da parte di soggetti che, pur di ottenere un vantaggio economico, accetterebbero limitazioni ingiuste della libertà personale»³⁸.

Più nello specifico, con riferimento alla condotta dolosa e colposa l'interpretazione delle due tipologie di condotte «rischia di paralizzare l'operatività dell'istituto»³⁹.

Coerente con il carattere pubblicistico dell'istituto di cui all'art. 643 c.p.p., il dolo e la colpa dovrebbero essere interpretati secondo i classici canoni del diritto penale in relazione ai quali il dolo sussiste qualora l'interessato abbia posto in essere un comportamento consapevolmente preordinato all'evento voluto e la colpa esiste in caso di violazione di regole cautelari.

Al contrario, invece, la giurisprudenza ha prediletto un'interpretazione di stampo civilistico ampliando, così, notevolmente i concetti di dolo e di colpa.

³⁴ Sul punto M. D'AIUTO, *La riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 728.

³⁵ Così M. D'AIUTO, *La riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 727.

³⁶ Cass., sez. IV, 27.11.1992, n. 1367, RV 193221.

³⁷ Così, M. D'AIUTO, *La riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 732.

³⁸ In tal senso, M. D'AIUTO, *La riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 732.

³⁹ M. D'AIUTO, *La riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 733.

Con riferimento al dolo, la Corte di cassazione fa riferimento alla volontarietà del comportamento, a prescindere dalla previsione dell'evento conseguente allo stesso⁴⁰; nello specifico la giurisprudenza di legittimità reputa rilevante «non solo la condotta volta alla realizzazione di un evento voluto e rappresentato nei termini fattuali», ma anche quella cosciente e volontaria che, valutata col parametro *dell'id quod plerumque accidit*, abbia deliberatamente sviato il corretto esercizio del potere cautelare creando «una situazione di allarme sociale e di doveroso intervento dell'autorità giudiziaria a tutela della collettività ragionevolmente ritenuta in pericolo»⁴¹.

Quanto, invece, al profilo specifico della colpa grave, la Corte Suprema ritiene quest'ultima sussistente qualora l'imputato abbia «tenuto nel corso del processo una condotta caratterizzata da incuria o indifferenza, senza fornire tempestivamente all'autorità giudiziaria elementi a sua disposizione utili per evitare l'errore»⁴²; è il caso, ad esempio, «di chi ha apprestato una difesa inerte o malaccorta; [e]... si è rilevato come la sussistenza della causa ostativa possa discendere anche dalla inattività della difesa tecnica»⁴³.

La colpa grave è, pertanto, ostativa al diritto alla riparazione quando, da sola, abbia dato causa all'errore e non anche quando si sia limitata ad essere una delle cause concorrenti come, al contrario, è invece sufficiente ai fini dell'esclusione del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione⁴⁴. In quest'ultimo senso, l'imperfetta simmetria dell'interpretazione della colpa grave quale limite all'errore giudiziario e alla riparazione per l'ingiusta detenzione viene spiegata nel differente peso specifico ad essa attribuibile ai fini dell'accertamento giudiziale: completo nel caso della revisione, provvisorio ed incidentale nel caso della riparazione per ingiusta detenzione. Ciò, di fatto, giustificerebbe il maggior favore accordato all'istituto operante *in executivis*⁴⁵.

All'accertamento dell'errore segue, di riflesso, la riparazione e, di qui, due sono le forme individuate dall'art. 643, comma 2 c.p.p.: da un lato, la corresponsione di una somma di denaro nei confronti dell'interessato e, dall'altro, la costituzione di una rendita vitalizia, nonché, l'ospitalità dell'avente diritto in un Istituto a spese dello Stato.

In tale contesto, i parametri indicati dalla giurisprudenza di legittimità, in base ai quali è possibile commisurare il *quantum* della riparazione, corrispondono alla «durata dell'eventuale espiazione della pena o internamento» e alle «conseguenze personali o

⁴⁰ Così ha ritenuto la Corte di cassazione nelle seguenti pronunce: Cass., sez. IV, 27.11.1992, n. 1366, RV 193220; Cass., sez. IV, 31.1.1994, n. 128, RV 197956.

⁴¹ Cass., Sez. Un., 13.12.1995, n. 43, RV 203637.

⁴² Cass., sez. III, 12.2.2009, n. 15725, RV 243251 e Cass., sez. IV, 24.9.1998, n. 2569, RV 213141. In questi casi la Corte di cassazione ha ravvisato la colpa grave per non avere l'interessato sottoposto, ai giudici dei vari gradi del processo, gli argomenti difensivi poi risultati idonei a determinare la sua assoluzione nel giudizio di revisione.

⁴³ Così M. D'AIUTO, *La riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 735.

⁴⁴ In tal senso si sono espresse dottrina e giurisprudenza; v. A. MONTALDI, *Art. 643*, cit., p. 390; A. SCALFATI, *Rapporti tra l'autonomia della pretesa risarcitoria ed entità della prestazione per le vittime di un errore giudiziario*, cit., p. 369; Cass., sez. III, 17.5.2016, n. 48321, RV 268494.

⁴⁵ In questo senso L. SCOMPARIN, *Riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 322.

familiari derivanti dalla condanna», ivi comprese «le sofferenze morali e psicologiche derivate dalla detenzione»⁴⁶.

Nel primo caso, il riferimento alla durata dell'espiazione della pena ricomprende qualunque tipo di pena restrittiva che abbia una durata nel tempo; in quest'ultimo ambito va, dunque, ricompresa anche la pena accessoria e le misure alternative alla detenzione, ad esclusione, pertanto, della sola pena pecuniaria. Il diritto alla riparazione è, invece, escluso in relazione alla parte di pena detentiva che deve essere computata nella determinazione della pena da espiare per un reato diverso; in quest'ultimo caso il *quantum* per la riparazione andrà commisurato solo sulla parte di pena residua e sulla base delle conseguenze personali e familiari derivanti dall'ingiusta condanna⁴⁷.

Nel secondo caso, in linea con la prospettiva costituzionale di cui all'art. 24, comma 4, Cost., il *quantum* assume una dimensione che supera sia il concetto del risarcimento dei danni per fatto illecito sia il concetto del mero indennizzo per atto illegittimo. Il suo contenuto «non è solo la rifusione dei danni materiali ma anche la corresponsione di utilità che valgono in qualche modo a compensare la vittima della sofferenza morale prodotta dall'errore giudiziario con la fondamentale finalità di consentire, per quanto possibile, un reinserimento normale nella vita sociale in condizioni di tranquillità e di sufficienza per sé e per la sua famiglia in rapporto alle condizioni morali, sociali ed ambientali della stessa»⁴⁸. Non possono, infatti, essere trascurate ai fini del risarcimento le conseguenze personali e familiari subite dal condannato, le quali dovranno essere valutate dal giudice con riferimento alle sofferenze morali causate dall'ingiusta condanna, alla reputazione ed alla vita di relazione (relative alla famiglia e al matrimonio), all'attività lavorativa e, infine, alle eventuali malattie mentali personali o di familiari originate proprio dalla situazione connessa alla condanna ingiusta⁴⁹. Ciò esprime, così, chiaramente la funzione dello Stato che, nel riparare gli errori giudiziari, è chiamato a salvaguardare l'equilibrio dell'intero ordinamento giuridico e a realizzare la *restitutio in integrum* della vittima anche nell'interesse dell'ordinamento,

Il danno suscettibile di riparazione per errore giudiziario, così come indicato all'art. 643 c.p.p., si estende, perciò, al danno in tutte le sue forme tale da ricomprendervi il danno patrimoniale e il danno non patrimoniale nelle sotto categorie del danno biologico, morale ed esistenziale⁵⁰, il danno diretto e il danno indiretto⁵¹ e, infine, il

⁴⁶ Cass., sez. I, 17.12.1991, n. 4928, RV 188911.

⁴⁷ L. SCOMPARIN, *Riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 323.

⁴⁸ Così Corte App. Perugia, 21.1.1996.

⁴⁹ R. VANNI, *Nuovi profili della riparazione dell'errore giudiziario*, Padova, 1992, p. 60.

⁵⁰ Su quest'ultimo punto la Corte di cassazione, Cass., sez. IV, 25.11.2003, n. 2050, RV 227672 ha chiarito che «in tema di riparazione dell'errore giudiziario, sono risarcibili anche i danni non patrimoniali, tra cui il danno esistenziale, il cui fondamento è rintracciabile nell'art. 2059 cod. civ., consistente nel pregiudizio derivante dalla sottoposizione a processo, con una detenzione e una condanna ad una pena da espiare poi rivelatesi ingiuste, da cui conseguono la privazione della libertà personale, l'interruzione delle attività lavorative e di quelle ricreative, l'interruzione dei rapporti affettivi e di quelli interpersonali, il mutamento radicale peggiorativo e non voluto delle abitudini di vita».

⁵¹ R. VANNI, *Nuovi profili della riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 58.

danno emergente e il lucro cessante⁵² qualora dalla sentenza ingiusta derivi la perdita di *chances* nonché un pregiudizio concreto ed attuale per il condannato⁵³.

L'eterogeneità del danno e delle forme di riparazione nel procedimento di liquidazione consente, di fatto, al giudice di poter utilizzare, come noto, sia il criterio risarcitorio, con riferimento ai danni patrimoniali e non patrimoniali, sia un criterio equitativo per le voci non esattamente quantificabili⁵⁴, ispirandosi, così, al «proprio subiettivo convincimento e come interprete della coscienza sociale»⁵⁵ senza attendere che la «vittima» dell'errore giudiziario fornisca la prova rigorosa dell'entità del danno subito⁵⁶. Il carattere equitativo sotteso alla riparazione dell'errore consente, pertanto, di escludere un onere probatorio in capo all'istante, essendo sufficiente la mera indicazione degli elementi tali da dimostrare le particolari conseguenze familiari e personali venute ad esistenza a causa dell'errore e di cui il giudice debba tener conto ai fini della quantificazione del danno.

4. Il rapporto tra l'azione riparatoria e l'azione risarcitoria.

Un aspetto interessante dal punto di vista dell'aggravio economico per lo Stato in seguito all'accertamento dell'errore giudiziario attiene al rapporto intercorrente tra l'azione riparatoria e l'azione risarcitoria qualora l'ingiusta condanna dell'imputato derivi da falsità in atti o in giudizio, o da un altro fatto previsto dalla legge come reato, di cui sia autore il giudice o un terzo (630, comma 1, lett. d).

In questo caso specifico, regolato dall'art. 647 c.p.p., vige una rigida alternativa tra l'azione risarcitoria e quella riparatoria: la vittima ha la possibilità di scegliere e, dunque, di agire in sede civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., per chiedere il risarcimento del danno nei confronti di colui che abbia condizionato la decisione sfavorevole⁵⁷, o di rivolgersi direttamente allo Stato il quale, poi, a sua volta, potrà rivalersi nei confronti del responsabile entro i limiti del corrisposto⁵⁸. Si delinea, così, secondo parte della dottrina, una responsabilità diretta dello Stato, non più sussidiaria o eventuale⁵⁹.

In quest'ottica, la libera scelta del soggetto interessato su quale delle due strade intraprendere fa sì che l'azione riparatoria e l'azione risarcitoria siano, in ogni caso, considerati strumenti alternativi e non cumulabili proprio in forza del divieto di indebito

⁵² L. SCOMPARIN, *Riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 323.

⁵³ In questo senso Cass., sez. III, 21.6.2011, n. 26739, RV 250663 e Cass., sez. IV, 23.2.2006, n. 24359, RV 234612.

⁵⁴ In tal senso cfr. A. MONTALDI, *Art. 643*, cit., p. 391 e R. VANNI, *Nuovi profili della riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 62.

⁵⁵ Così M. D'AIUTO, *La riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 743.

⁵⁶ A. GENTILE, *La riparazione dell'errore giudiziario*, in *Errori giudiziari e background processuale*, cit., p. 158.

⁵⁷ Cfr. G. DEAN, *La revisione*, Padova, 1999, p. 123.

⁵⁸ Sul punto v. D. BELLANTONI, *La revisione dei giudicati penali*, Milano, 2000, p. 96; G. SPANGHER, *Riparazione pecuniaria*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 1021; R. VANNI, *Nuovi profili della riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 68.

⁵⁹ A. MONTALDI, *Art. 647*, in M. Chiavario (coord. da), in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 400.

arricchimento della vittima dell'errore giudiziario e dell'impossibilità per lo Stato di ripetere dal terzo debitore quanto questi abbia già versato.

In ogni caso, l'azione riparatoria appare «maggiormente vantaggiosa quanto ad onere della prova circa l'entità del danno, quanto a tempi processuali e a spese legali»⁶⁰.

Quanto all'aspetto più favorevole della richiesta di risarcimento, il codice di rito civile prevede, da un lato, che l'attore debba dimostrare il danno patito e, dall'altro lato, che la liquidazione del danno vada considerata secondo la concreta incidenza della condotta delittuosa sulla decisione ingiusta. Nel processo penale, invece, il procedimento di riparazione per errore giudiziario di cui agli artt. 643 e ss., nell'ottica indennitaria⁶¹ più che risarcitoria, non richiede alcuna prova dell'elemento soggettivo da parte della vittima né, tanto meno, la prova rigorosa del danno subito e ciò perché gli interessi coinvolti nel procedimento di riparazione, quali la libertà e la dignità della persona, «non sono lontanamente commensurabili con quelli patrimoniali, propri della responsabilità civile»⁶².

Va precisato che tra le azioni risarcitorie previste dall'ordinamento, la scelta del condannato di optare per quella diretta nei confronti del magistrato deve seguire la disciplina stabilita ai sensi della legge n. 117/1988 per i danni cagionati dallo stesso magistrato nell'esercizio delle proprie funzioni giudiziarie⁶³.

In quest'ultimo caso non sussiste alcun vincolo di sussidiarietà tra l'azione riparatoria e l'azione risarcitoria dal momento che il danneggiato potrà decidere di citare in giudizio sia il magistrato sia lo Stato. Non essendovi, pertanto, identità di *causa petendi* tra le due azioni richiamate risulta del tutto evidente che l'azione risarcitoria nei confronti del giudice può concorrere con la riparazione dell'errore giudiziario.

Infatti, mentre la legge n. 117/1988 relativa alla responsabilità del magistrato presuppone, per la sua fondatezza, la sussistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa grave del magistrato, la normativa del codice di rito sulla riparazione dell'errore giudiziario a favore delle vittime prescinde, come noto, da tale componente soggettiva privilegiando solo l'accertamento dell'errore giudiziario.

Di qui, ne consegue che lo Stato potrà rivalersi nei confronti del magistrato, illimitatamente in caso di dolo, e nella misura di un terzo dello stipendio annuale in caso di colpa grave⁶⁴.

⁶⁰ Così L. SCOMPARIN, *Riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 327.

⁶¹ La Dottrina (cfr. a tal proposito M. D'AIUTO, *La riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 740) e la giurisprudenza di legittimità riconoscono una natura indennitaria alla riparazione per errore giudiziario; in particolare, secondo la Corte di cassazione, Cass., sez. IV, 25.11.2003, n. 2050, RV 227672, l'atto lecito che produce un effetto dannoso è stato emesso nell'esercizio di un'attività legittima da parte degli organi dello Stato anche se, in tempi successivi, ne è stata dimostrata l'erroneità.

⁶² In tal senso M. D'AIUTO, *La riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 739.

⁶³ Per un più ampio approfondimento in tema cfr. G. DALIA, *La responsabilità dei magistrati*, in *L'errore giudiziario*, cit., p. 811.

⁶⁴ L. SCOMPARIN, *Riparazione dell'errore giudiziario*, cit., p. 327.

5. Un'armonizzazione di criteri ripristinatori.

Basta poco, dunque, per constatare che il singolo epilogo processuale possa finire per costituire il fulcro su cui si basa la “pena” ingiustamente patita dall'accusato in termini di restrizione della libertà personale e di erronea condanna ad una pena detentiva.

E come individuato all'inizio del presente lavoro, a preoccupare non è solo l'elevato numero di provvedimenti che hanno riconosciuto la sussistenza di una ingiusta detenzione o di condanne basate su errori ma anche il *quantum* dei ristori complessivamente corrisposti dalle singole Corti d'appello negli ultimi anni e che la Corte dei Conti⁶⁵.

E, infatti, i dati statistici di recente raccolti con specifico riferimento all'applicazione dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione e per errore giudiziario hanno disvelato il retroscena dell'errata amministrazione della giustizia di solito relegati nell'ombra, in quanto oscurati dalla “onda emotiva” inevitabilmente generata dalla consapevolezza di avere condannato un innocente o determinato un'ingiustificata privazione della libertà personale.

Il confronto tra tali provvedimenti, condotto al fine di individuare i criteri di volta in volta adottati in sede di liquidazione della riparazione, ha messo in luce l'assenza di parametri univoci di calcolo, che, in alcuni casi, si sono rivelati divergenti persino tra ordinanze rese dalla medesima Corte d'appello al punto tale che alcune Corti d'appello, pur avendo emesso un numero ridotto di ordinanze, hanno determinato un esborso complessivo a titolo di riparazione superiore a quello generato da altre Corti d'appello con un maggior numero di ordinanze. Ciò in quanto quasi tutti i provvedimenti esaminati dalla Corte dei Conti avevano determinato l'importo, ad esempio dovuto per ciascun giorno di ingiusta detenzione, utilizzando un metodo composito, costituito dalla commistione di calcoli aritmetici e valutazioni eque. I provvedimenti risarcitori disposti dalle Corti d'appello rappresentano, tra l'altro, solo uno degli effetti del fenomeno dell'errore giudiziario considerato che gli stessi non investono soltanto il singolo individuo ingiustamente condannato ma si ripercuotono anche sull'intera comunità sociale in termini di costi.

Non si può far a meno, pertanto, di auspicare un intervento legislativo in una materia come quella della riparazione al fine di superare la disomogeneità dei criteri utilizzati in tema di equa riparazione, introducendo parametri *ad hoc* cui conformarsi in tutto il territorio nazionale in ragione della totale assenza, sia nel codice di rito sia nella normativa speciale, di specifiche norme di coordinamento tra i due istituti sopra richiamati. Un'armonizzazione dei criteri di indennizzo al fine di assicurare, tendenzialmente, un'equiparazione di “ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione” per un ristoro uniforme, anche in applicazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che prevede, per

⁶⁵ Relazione della Corte dei Conti – Sezione Centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato – Equa riparazione per ingiusta detenzione ed errori giudiziari, Deliberazione 16 settembre 2021, n. 15/2021/G.

l'appunto, il diritto ad una riparazione per le persone che hanno subito un arresto o una detenzione ingiusta (art. 5, c. 5 CEDU), convenzione espressamente richiamata dall'art. 6, comma 2° del Trattato sull'Unione europea.

Occorre, allora, abbandonare il mero indice della fonte giurisprudenziale che, di volta in volta, indirizza il giudice a ritenere sussistente o meno, per la liquidazione del danno, sia il criterio risarcitorio con riferimento ai danni patrimoniali e non patrimoniali, sia il criterio equitativo – dovuto proprio alla mancanza di coefficienti che consentano di stabilire con certezza il giusto valore delle perdite patrimoniali e non – limitatamente alle voci non esattamente quantificabili⁶⁶.

L'auspicato intervento legislativo sollecitato anche dalla Corte dei Conti⁶⁷ è diretto, pertanto, a scongiurare il concreto rischio di un notevole aggravio a carico della finanza pubblica, discendente dal possibile cumulo tra azione riparatoria e risarcitoria ammesso, di fatto, qualora la vittima opti per l'azione diretta nei confronti del magistrato in base alla disciplina stabilita dalla legge n. 117/1988.

Non può, dunque, sottacersi come, proprio la mancata omogeneità di disciplina sottenda il pericolo di inique determinazioni del tutto sproporzionate e fortemente discriminanti, poiché la selezione dei criteri riparatori è totalmente rimessa, in primo luogo alla scelta compiuta dalla vittima e, in secondo luogo, alla discrezionalità del giudice, il quale dovrà, in ogni caso, motivare l'*iter* logico argomentativo⁶⁸ seguito al fine di evitare di sconfinare in un arbitrio di tale potere.

⁶⁶ Tra le voci non esattamente quantificabili per stabilire il valore delle perdite patrimoniali subite dal condannato si deve aver riguardo all'interruzione dell'attività lavorativa, ai rapporti sociali e affettivi e al peggioramento non voluto delle abitudini di vita.

⁶⁷ V. Relazione della Corte dei Conti – Sezione Centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato – Equa riparazione per ingiusta detenzione ed errori giudiziari, Deliberazione 16 settembre 2021, n. 15/2021/G.

⁶⁸ In tal senso si è espressa la giurisprudenza; si veda Cass., sez. IV, 2.7.2021, n. 27474, RV 281513, Cass., sez. IV, 6.12.2016, n. 6394, RV 281513.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA CONFERMA
IL “DIVIETO DI CONSERVAZIONE GENERALIZZATA
E INDISCRIMINATA” DEI DATI RELATIVI AL TRAFFICO
DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE
PER FINALITÀ PREVENTIVE DI CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ.
POSSIBILI RICADUTE NELL’ORDINAMENTO ITALIANO.**

*Nota a [Corte di Giustizia dell’Unione Europea \(Grande Sezione\),
cause riunite VD \(C-339/20\) e SR \(C-397/20\), 20 settembre 2022](#)*

di Valeria Tartara

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il “caso francese” oggetto di esame da parte della Corte di Giustizia UE. – 2.1. Le questioni interpretative sollevate dai ricorrenti e i rilievi del giudice del “rinvio” francese. – 2.2. Le questioni pregiudiziali e la decisione della Corte di Giustizia UE. – 2.2.1. Il divieto di conservazione *generalizzato e indiscriminato* relativamente alle comunicazioni elettroniche per finalità connesse all’accertamento e prevenzione dei reati e l’incompatibilità della normativa nazionale (francese) rispetto al diritto eurounitario. – 2.2.2. I poteri del giudice nazionale rispetto alla declaratoria di invalidità. – 3. Gli orientamenti della giurisprudenza eurounitaria in tema di limitazioni al diritto alla privacy nella conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche. – 3.1. Il principio di “proporzionalità” e la sua applicazione in tema di “*data retention*”. – 3.2. Il precedente del caso “irlandese”. – 4. L’impatto delle recenti decisioni delle Corte di Giustizia UE in tema di “*data retention*” nell’ordinamento nazionale. – 4.1. Il “divieto di conservazione generalizzata e indiscriminata” come limite alle restrizioni al diritto di protezione dei dati personali e le ricadute sulla disciplina normativa italiana. – 4.2. L’efficacia delle statuizioni della Corte di Giustizia UE con riguardo alla richiesta di utilizzabilità nei procedimenti penali dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche. – 5. Conclusioni: una questione sempre aperta.

1. Premessa.

Per la seconda volta nello stesso anno¹, la Corte di Giustizia UE, su sollecitazione dei giudici francesi, torna ad affrontare alcuni interessanti profili connessi alla

¹ Cfr. Corte di Giustizia UE, 5 aprile 2022, Commissioner of the Garda Síochána, Causa C-140/20, relativa ad una vicenda di omicidio accaduto in Irlanda e nell’ambito della quale l’imputato era stato condannato sulla base di indagini fondate su dati ricavabili dalle comunicazioni elettroniche conservate in maniera indifferenziata e generalizzata, in applicazione della legislazione nazionale. In quella pronuncia, la Corte aveva già espressamente affermato che il diritto eurounitario (Direttiva 2002/58) “*osta a misure legislative che prevedano, a titolo preventivo, per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all’ubicazione*”, riconoscendo al contempo la legittimità di forme di conservazione “*mirate*”, per periodi limitati allo stretto necessario. Cfr. anche *infra*, par. 3.2.

protezione dei dati personali nell'ambito del mercato unico digitale (ancora con specifico riferimento al comparto finanziario), settore in continuo sviluppo e rispetto al quale – anche in considerazione dell'affinarsi del processo di informatizzazione e delle accresciute potenzialità di memorizzazione e di trattamento dei dati personali da parte delle reti pubbliche di comunicazione elettroniche – si ripropone l'esigenza di un equo bilanciamento tra interessi contrapposti meritevoli di tutela: da un lato, la necessità di garantire l'efficienza e l'integrità del suo funzionamento (anche mediante un'effettiva attività di prevenzione di eventuali abusi), dall'altro, quella di assicurare un'adequata tutela dei diritti e delle libertà fondamentali (*in primis*: la vita privata e la riservatezza) degli individui che ne sono utenti.

La sentenza in commento, in particolare, prosegue nell'attività ermeneutica del diritto eurounitario in materia di cd. *data retention*² – già in atto da tempo e cominciata con la dichiarazione di invalidità della direttiva 2006/24/CE (cd. direttiva Frattini) ad opera della sentenza della Corte nel caso “*Digital Rights Ireland*”³ – al fine di assicurare un'adequata protezione rispetto alle significative intrusioni nella sfera privata sollecitate dalle crescenti esigenze di conservazione e acquisizione, per finalità di giustizia e di lotta alla criminalità, dei dati generati e trattati nell'ambito dei servizi relativi alle comunicazioni elettroniche.

Un percorso, quello intrapreso dai Giudici di Lussemburgo, che ha dato origine a una serie di articolate pronunce, con le quali – in linea con il ruolo di esclusivo interprete del diritto dell'Unione ad essa pacificamente riconosciuto, sia in ambito sovranazionale sia nazionale⁴ – la Corte ha contribuito a circoscrivere in modo sempre più rigoroso l'ambito di discrezionalità dei legislatori nazionali nell'attività di recepimento e adeguamento del diritto eurounitario in tema di restrizioni al diritto alla protezione dei dati personali nell'ambito del settore delle comunicazioni elettroniche,⁵ fornendo ai medesimi – con indicazioni sempre più specifiche – gli strumenti per gestire il conflitto tra le opposte istanze in gioco e assicurando di volta in volta un equilibrio,

² Ovvero la conservazione e l'acquisizione di dati “esterni” generati e trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica, anzitutto a fini di gestione e fatturazione verso gli abbonati. Come recentemente ribadito anche dalla Corte di Cassazione (Cass. Pen. sez. V, 24/02/2022, n.8968), coerentemente con la definizione recepita dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite, con riguardo al traffico telefonico devono ritenersi ricompresi tutti i dati cd. “esteriori” della conversazione telefonica (autori, tempo, luogo, la durata della comunicazione), comprensivi anche del luogo della chiamata, esclusi quelli attinenti al suo contenuto.

³ Cfr. Corte di Giustizia UE, 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, nella quale la dichiarazione di invalidità della normativa eurounitaria fu motivata in ragione della violazione del “principio di proporzionalità” e “stretta necessità”, in forza dell'assenza di una previsione che indicasse criteri oggettivi idonei a limitare l'ingerenza nel diritto alla riservatezza dei singoli cittadini.

⁴ La Corte costituzionale italiana ha con continuità affermato che «le statuizioni interpretative della Corte di giustizia delle comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni», e ciò con riferimento sia alle pronunce pregiudiziali emesse ai sensi dell'art. 267 TFUE (Corte Cost. 23.4.1985 n. 113), sia a quelle che siano state emesse in sede contenziosa ai sensi dell'art. 258 TFUE (Corte Cost. 11.7.1989 n. 389). Cfr. però anche *infra*, nota n. 37.

⁵ La “*data retention*” è un tema che pacificamente rientra nelle competenze dell'Unione.

evidentemente non statico, ma da ricercare e definire dinamicamente a fronte delle esigenze che via via si prospettano nell'applicazione del "diritto vivente".

Pronunce i cui approdi interpretativi hanno condotto, sul fronte interno, anche alla nota modifica dell'art. 132 Codice della Privacy, decisa dal legislatore italiano nel 2021 proprio al fine di conformare il diritto nazionale alle (allora) più recenti statuizioni della Corte⁶, con specifico riferimento alla necessità di inserire una previsione – non

⁶ Cfr., in particolare, la "rivoluzionaria" sentenza della Corte di Giustizia UE, 2 marzo 2021, H.K., C-746/18, nella quale sono stati affermati due rilevanti principi circa la disciplina della c.d. "data retention" ricavabile dall'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009:

i) la direttiva, letta alla luce degli artt. 7, 8 e 11, nonché dell'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, osta a una normativa nazionale che permetta alle autorità pubbliche l'accesso a dati relativi al traffico o a dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedimenti aventi per scopo la lotta contro forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica;

ii) la direttiva, letta alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, osta a una normativa nazionale che investa il pubblico ministero della competenza ad autorizzare l'accesso ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione al fine di condurre un'istruttoria penale, dovendo il controllo preventivo essere rimesso a un giudice o a una autorità amministrativa indipendente, comunque diversa dall'autorità richiedente.

In ottemperanza ai principi espressi in tale sentenza, il d.l. 30.9.2021 n.132 (poi convertito con modificazioni dalla L. 23 novembre 2021, n. 178) è intervenuto a modificare il testo dell'art. 132 del Codice della privacy come segue:

"Fermo restando quanto previsto dall'articolo 123, comma 2, i dati relativi al traffico telefonico [inclusi quelli concernenti le chiamate senza risposta] sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione.

1-bis. I dati relativi alle chiamate senza risposta, trattati temporaneamente da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, sono conservati per trenta giorni.

[2. Decorso il termine di cui al comma 1, i dati relativi al traffico telefonico, inclusi quelli concernenti le chiamate senza risposta, sono conservati dal fornitore per ulteriori ventiquattro mesi e quelli relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati per ulteriori sei mesi per esclusive finalità di accertamento e repressione dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale, nonché dei delitti in danno di sistemi informatici o telematici.]

3. Entro il termine di conservazione imposto dalla legge, se sussistono sufficienti indizi di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, ove rilevanti per l'accertamento dei fatti, i dati sono acquisiti previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private.

3-bis. Quando ricorrono ragioni di urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone la acquisizione dei dati con decreto motivato che è comunicato immediatamente, e comunque non oltre quarantotto ore, al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione in via

contemplata nel testo della norma allora vigente – volta a circoscrivere la facoltà di acquisizione dei dati relativi al traffico all'accertamento delle sole “forme gravi di criminalità” e previo controllo da parte di un “giudice ovvero un'autorità amministrativa indipendente”.

Nel caso “francese” oggetto di esame nella sentenza in commento – come in quello “irlandese” affrontato nella sentenza “gemella” di cinque mesi prima – i giudici eurounitari sono chiamati nuovamente a stabilire i limiti entro i quali il diritto interno degli Stati membri possa prevedere restrizioni alla tutela della *privacy* a fronte delle rilevanti esigenze di conservazione e di accesso ai dati personali relativi al traffico e all'ubicazione da parte delle autorità pubbliche nazionali, imposte dall'interesse generale all'accertamento e alla prevenzione dei reati (nella specie, quelli concernenti gli

ordinaria. Il giudice, nelle quarantotto ore successive, decide sulla convalida con decreto motivato. [Se il decreto del pubblico ministero non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti non possono essere utilizzati.]

3-ter. Rispetto ai dati conservati per le finalità indicate al comma 1 i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento possono essere esercitati con le modalità di cui all'articolo 2-undecies, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo.

3-quater. I dati acquisiti in violazione delle disposizioni dei commi 3 e 3-bis non possono essere utilizzati.

[4. Dopo la scadenza del termine indicato al comma 1, il giudice autorizza l'acquisizione dei dati, con decreto motivato, se ritiene che sussistano sufficienti indizi dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nonché dei delitti in danno di sistemi informatici o telematici.]

4-bis. Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone la acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico con decreto motivato che è comunicato immediatamente, e comunque non oltre ventiquattro ore, al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione in via ordinaria. Il giudice, entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti non possono essere utilizzati.]

4-ter. Il Ministro dell'interno o, su sua delega, i responsabili degli uffici centrali specialistici in materia informatica o telematica della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, nonché gli altri soggetti indicati nel comma 1 dell'articolo 226 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, possono ordinare, anche in relazione alle eventuali richieste avanzate da autorità investigative straniere, ai fornitori e agli operatori di servizi informatici o telematici di conservare e proteggere, secondo le modalità indicate e per un periodo non superiore a novanta giorni, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, ai fini dello svolgimento delle investigazioni preventive previste dal citato articolo 226 delle norme di cui al decreto legislativo n. 271 del 1989, ovvero per finalità di accertamento e repressione di specifici reati. Il provvedimento, prorogabile, per motivate esigenze, per una durata complessiva non superiore a sei mesi, può prevedere particolari modalità di custodia dei dati e l'eventuale indisponibilità dei dati stessi da parte dei fornitori e degli operatori di servizi informatici o telematici ovvero di terzi.

4-quater. Il fornitore o l'operatore di servizi informatici o telematici cui è rivolto l'ordine previsto dal comma 4-ter deve ottemperarvi senza ritardo, fornendo immediatamente all'autorità richiedente l'assicurazione dell'adempimento. Il fornitore o l'operatore di servizi informatici o telematici è tenuto a mantenere il segreto relativamente all'ordine ricevuto e alle attività conseguentemente svolte per il periodo indicato dall'autorità. In caso di violazione dell'obbligo si applicano, salvo che il fatto costituisca più grave reato, le disposizioni dell'articolo 326 del codice penale.

4-quinquies. I provvedimenti adottati ai sensi del comma 4-ter sono comunicati per iscritto, senza ritardo e comunque entro quarantotto ore dalla notifica al destinatario, al pubblico ministero del luogo di esecuzione il quale, se ne ricorrono i presupposti, li convalida. In caso di mancata convalida, i provvedimenti assunti perdono efficacia.

5. Il trattamento dei dati per le finalità di cui al comma 1 è effettuato nel rispetto delle misure e degli accorgimenti a garanzia dell'interessato prescritti dal Garante con provvedimento di carattere generale, volti a garantire che i dati conservati possiedano i medesimi requisiti di qualità, sicurezza e protezione dei dati in rete, nonché ad indicare le modalità tecniche per la periodica distruzione dei dati, decorsi i termini di cui al comma 1.

5-bis. È fatta salva la disciplina di cui all'articolo 24 della legge 20 novembre 2017, n. 167.

abusi di mercato), e a pronunciarsi altresì – nello specifico – sulla compatibilità rispetto al diritto dell’Unione della normativa francese che, per soddisfare tale finalità, preveda una *conservazione generalizzata e indiscriminata* dell’insieme dei dati relativi al traffico (per un anno a decorrere dal giorno della registrazione).

Le domande pregiudiziali sottoposte dal giudice del rinvio francese sono volte in sostanza a richiedere la corretta interpretazione – alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell’articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (nel prosieguo: la «Carta») – di quelle norme di derivazione eurounitaria che contemplano la facoltà per gli Stati membri di prevedere delle limitazioni al diritto di protezione dei dati personali per esigenze di pubblico interesse riconosciute dall’Unione in tema di conservazione dei dati di traffico; e segnatamente:

– l’art. 12, paragrafo 2, lettere a) e d), della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all’abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), e art. 23, paragrafo 2, lettere g) e h), del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che riconoscono la necessità di acquisire (fra gli altri) anche i dati relativi al traffico per garantire l’integrità del mercato finanziario e la fiducia degli investitori;

– in combinato disposto con l’art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002 – relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche – che ammette la previsione di limiti al generale obbligo di riservatezza e al divieto di memorizzazione (se non per scopi e tempi limitati) delle comunicazioni e dei dati relativi al traffico⁷ che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare a tutela della vita privata,

⁷ Cfr. in particolare i diritti e gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, all’articolo 8, paragrafi da 1 a 4, e all’articolo 9 della direttiva 2002/58, previsti dalla direttiva 2022/58/CE e richiamati dalla sentenza in commento.

Art. 5 «Riservatezza delle comunicazioni»:

«1. Gli Stati membri assicurano, mediante disposizioni di legge nazionali, la riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite la rete pubblica di comunicazione e i servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, nonché dei relativi dati sul traffico. In particolare, essi vietano l’ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni, e dei relativi dati sul traffico, ad opera di persone diverse dagli utenti, senza consenso di questi ultimi, eccetto quando sia autorizzato legalmente a norma dell’articolo 15, paragrafo 1. Questo paragrafo non impedisce la memorizzazione tecnica necessaria alla trasmissione della comunicazione fatto salvo il principio della riservatezza.

2. Il paragrafo 1 non pregiudica la registrazione legalmente autorizzata di comunicazioni e dei relativi dati sul traffico se effettuata nel quadro di legittime prassi commerciali allo scopo di fornire la prova di una transazione o di una qualsiasi altra comunicazione commerciale.

3. Gli Stati membri assicurano che l’archiviazione di informazioni oppure l’accesso a informazioni già archiviate nell’apparecchiatura terminale di un abbonato o di un utente sia consentito unicamente a condizione che l’abbonato o l’utente in questione abbia espresso preliminarmente il proprio consenso, dopo essere stato informato in modo chiaro e completo, a norma della direttiva [95/46], tra l’altro sugli scopi del trattamento. Ciò non vieta l’eventuale archiviazione tecnica o l’accesso al solo fine di effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornitore di un servizio della società dell’informazione esplicitamente richiesto dall’abbonato o dall’utente a erogare tale servizio».

“qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell’articolo 13, paragrafo 1, della direttiva [95/46], una misura necessaria, opportuna e proporzionata all’interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica, e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell’uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica”.

Qualora la normativa nazionale si rivelasse non conforme al diritto dell’Unione, il giudice del rinvio chiede altresì alla Corte di pronunciarsi sul mantenimento provvisorio degli effetti di tale normativa, in modo da evitare un’incertezza del diritto e da consentire che i dati conservati sulla base di tale normativa possano essere utilizzati ai fini dell’accertamento e del perseguimento dell’abuso di informazioni privilegiate.

2. Il “caso francese” oggetto di esame da parte della Corte di Giustizia UE.

Il caso oggetto di esame da parte della Corte di Giustizia nella sentenza in commento trae origine da due cause riunite (C-339/20 e C-397/20) aventi ad oggetto domande pregiudiziali proposte entrambe nell’estate del 2020 dalla Corte di Cassazione

Art. 6 direttiva 2002/58 «Dati sul traffico»:

«1. I dati sul traffico relativi agli abbonati ed agli utenti, trattati e memorizzati dal fornitore di una rete pubblica o di un servizio pubblico di comunicazione elettronica[,] devono essere cancellati o resi anonimi quando non sono più necessari ai fini della trasmissione di una comunicazione, fatti salvi i paragrafi 2, 3 e 5 del presente articolo e l’articolo 15, paragrafo 1.

2. I dati relativi al traffico che risultano necessari ai fini della fatturazione per l’abbonato e dei pagamenti di interconnessione possono essere sottoposti a trattamento. Tale trattamento è consentito solo sino alla fine del periodo durante il quale può essere legalmente contestata la fattura o preteso il pagamento.

3. Ai fini della commercializzazione dei servizi di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi a valore aggiunto, il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico ha facoltà di sottoporre a trattamento i dati di cui al paragrafo 1 nella misura e per la durata necessaria per siffatti servizi, o per la commercializzazione, sempre che l’abbonato o l’utente a cui i dati si riferiscono abbia espresso preliminarmente il proprio consenso. Gli abbonati o utenti hanno la possibilità di ritirare il loro consenso al trattamento dei dati relativi al traffico in qualsiasi momento.

(...)

5. Il trattamento dei dati relativi al traffico ai sensi dei paragrafi da 1 a 4 deve essere limitato alle persone che agiscono sotto l’autorità dei fornitori della rete pubblica di comunicazione elettronica e dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico che si occupano della fatturazione o della gestione del traffico, delle indagini per conto dei clienti, dell’accertamento delle frodi, della commercializzazione dei servizi di comunicazione elettronica o della prestazione di servizi a valore aggiunto. Il trattamento deve essere limitato a quanto è strettamente necessario per lo svolgimento di tali attività.

(...).

Art. 9 «Dati relativi all’ubicazione diversi dai dati relativi al traffico», paragrafo 1:

«Se i dati relativi all’ubicazione diversi dai dati relativi al traffico, relativi agli utenti o abbonati di reti pubbliche di comunicazione o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico [] possono essere sottoposti a trattamento, essi possono esserlo soltanto a condizione che siano stati resi anonimi o che l’utente o l’abbonato abbiano dato il loro consenso, e sempre nella misura e per la durata necessaria per la fornitura di un servizio a valore aggiunto. Prima di chiedere il loro consenso, il fornitore del servizio deve informare gli utenti e gli abbonati sulla natura dei dati relativi all’ubicazione diversi dai dati relativi al traffico che saranno sottoposti a trattamento, sugli scopi e sulla durata di quest’ultimo, nonché sull’eventualità che i dati siano trasmessi ad un terzo per la prestazione del servizio a valore aggiunto. (...)».

francese, in funzione di giudice del rinvio, nell'ambito di due distinti procedimenti penali instaurati – nei confronti dei ricorrenti, VD e SR – per i reati di abuso di informazioni privilegiate, di abuso secondario di informazioni privilegiate, di favoreggiamento, di corruzione e di riciclaggio.

Prima di affrontare i passaggi motivazionali a sostegno del *decisum* dei giudici eurolunitari, si ritiene utile fornire una breve sintesi delle questioni interpretative sollevate nei confronti delle autorità giurisdizionali francesi da parte dei due ricorrenti e che costituiscono la premessa delle domande pregiudiziali formulate dal giudice del rinvio francese.

2.1. *Le questioni interpretative sollevate dai ricorrenti e i rilievi del giudice del “rinvio” francese.*

I ricorrenti – formalmente incriminati nel maggio 2017, sulla base dei dati relativi al traffico telefonico raccolti dall'AMF (Autorità dei mercati finanziari di Francia) presso operatori di servizi di comunicazione elettronica, in forza di alcune disposizioni della normativa nazionale – proposero ciascuno un ricorso dinanzi alla Corte d'appello francese, deducendo la violazione dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta.

Richiamandosi alla giurisprudenza derivante dalla nota sentenza della Corte del 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige e Watson e a.* (C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970), VD e SR contestavano il fatto che l'autorità di vigilanza francese, per procedere alla raccolta di detti dati, si fosse basata sull'articolo L. 621-10 del CMF e sull'articolo L. 34-1 del CPCE, laddove tali disposizioni, da un lato, non sarebbero state conformi al diritto dell'Unione, in quanto prevedevano una *conservazione generalizzata e indiscriminata* dei dati di connessione, e dall'altro non avrebbero stabilito alcun limite al potere degli inquirenti dell'AMF di richiedere i dati conservati.

L'impugnazione veniva respinta dai giudici d'appello, con due distinte sentenze, sul rilievo che l'articolo 23, paragrafo 2, lettera h), del regolamento n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato, consentisse alle autorità competenti di chiedere, nella misura in cui ciò sia previsto dal diritto nazionale, le registrazioni esistenti relative allo scambio di dati conservate dagli operatori di servizi di comunicazione elettronica, qualora vi sia il ragionevole sospetto che sia stata commessa una violazione del divieto di abuso di informazioni privilegiate, ai sensi dell'articolo 14, lettere a) e b), di tale regolamento, e che tali registrazioni possano essere rilevanti ai fini delle indagini su tale violazione.

Con successiva impugnazione, i due ricorrenti insistevano entrambi sulla questione articolando un motivo di gravame vertente sulla violazione, in particolare, delle disposizioni della Carta e della direttiva 2002/58, che determinava il giudice del rinvio a sospendere il procedimento e a sottoporre alla Corte uno specifico quesito avente ad oggetto i seguenti punti:

– come possa conciliarsi l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, con le prescrizioni di cui all'articolo 12, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2003/6 e all'articolo 23, paragrafo 2, lettere g) e h), del regolamento n. 596/2014;

– come garantire, nel caso in cui la Corte ritenesse che la normativa relativa alla conservazione dei dati di connessione di cui ai procedimenti principali non sia conforme al diritto dell’Unione, il mantenimento provvisorio degli effetti di tale normativa, al fine di evitare un’incertezza del diritto e di consentire che i dati in precedenza raccolti e conservati siano utilizzati ai fini dell’accertamento e del perseguimento dell’abuso di informazioni privilegiate.

In particolare, il giudice del rinvio rilevava:

i) la non conformità della procedura nazionale francese di accesso ai dati personali conservati dagli inquirenti della AMF al diritto al rispetto della vita privata, quale tutelato dall’articolo 2 della Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 (Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789), essendo priva di alcuna garanzia idonea ad assicurare una conciliazione equilibrata tra, da un lato, il diritto al rispetto della vita privata e, dall’altro, la prevenzione delle minacce all’ordine pubblico e la ricerca degli autori di reati, sicché la seconda frase del primo comma dell’articolo L. 621-10 del CMF doveva essere dichiarata contraria alla Costituzione francese (riconoscendo altresì che occorresse peraltro differirne l’abrogazione stante le conseguenze tenuto conto delle conseguenze «manifestamente eccessive» che un’abrogazione immediata di tale disposizione avrebbe potuto avere sui procedimenti in corso);

ii) la non conformità della previsione contenuta nella normativa nazionale rispetto alle prescrizioni di cui agli articoli 7, 8 e 11 della Carta, quali interpretati dalla Corte, quanto alla facoltà di cui dispongono gli inquirenti dell’AMF, in forza della normativa nazionale, di ottenere dati di connessione senza previo controllo da parte di un organo giurisdizionale o di un’autorità amministrativa indipendente;

iii) la sostanziale conformità delle previsioni nazionali concernenti la conservazione dei dati di connessione alla luce degli obblighi posti a carico degli Stati membri dall’articolo 12, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2003/6 e dall’articolo 23, paragrafo 2, lettere g) e h), del regolamento n. 596/2014, letto in relazione all’articolo 1 del medesimo regolamento, tra cui, in particolare, quello di richiedere la comunicazione delle registrazioni esistenti relative allo scambio di dati conservate dagli operatori di servizi di comunicazione elettronica.

Con particolare riguardo a quest’ultimo profilo, il giudice del rinvio osservava che:

– sebbene il paragrafo II dell’articolo L. 34-1 del CPCE sancisca un obbligo di principio, secondo cui gli operatori di servizi di comunicazione elettronica devono cancellare o rendere anonimo qualsiasi dato relativo al traffico, tale obbligo sarebbe tuttavia corredato di una serie di eccezioni, tra cui quella prevista al paragrafo III di tale disposizione, relativa ai «fini della ricerca, dell’accertamento e del perseguimento dei reati» (con la previsione di una proroga di un anno per l’assolvimento di tali finalità) e che in ogni caso i dati oggetto di conservazione non fornirebbero alcuna indicazione sul contenuto delle comunicazioni di cui trattasi;

– sebbene la sentenza del 21 dicembre 2016, Tele2 Sverige e Watson e a. (C-203/15 e come C-698/15, EU:C:2016:970) avesse affermato che l’articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell’articolo 52, paragrafo

1, della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale la quale preveda, per finalità di lotta contro la criminalità, una conservazione generalizzata e indiscriminata dell'insieme dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di tutti gli abbonati e utenti iscritti riguardante tutti i mezzi di comunicazione elettronica, nei procedimenti penali in oggetto, l'AMF aveva avuto accesso ai dati conservati dagli operatori di servizi di comunicazione elettronica in considerazione dei sospetti relativi a un abuso di informazioni privilegiate e ad abusi di mercato potenzialmente integranti vari reati gravi e che tale accesso sarebbe stato giustificato dalla necessità per tale autorità, al fine di garantire l'efficacia della propria indagine, di incrociare diversi dati conservati per un determinato lasso di tempo, per poter aggiornare informazioni privilegiate circolanti tra più interlocutori, che hanno rivelato l'esistenza di pratiche illecite in materia.

Sottolineava altresì il giudice del rinvio che – in relazione a quanto previsto dai considerando 64 e 65 del Regolamento n. 596/2014 – tali dati di connessione costituiscono elementi di prova indispensabili, e a volte gli unici elementi di prova disponibili, per individuare e dimostrare l'esistenza di un abuso di informazioni privilegiate, poiché consentono di determinare l'identità del responsabile della diffusione di informazioni false o fuorvianti, o di stabilire che sono intervenuti contatti tra alcune persone per un certo periodo e che – allo scopo di evitare indebite interferenze con il diritto alla tutela per la vita privata e familiare, il domicilio e le comunicazioni – gli Stati membri dovrebbero disporre di garanzie adeguate ed efficaci contro ogni abuso, limitando detti poteri ai soli casi in cui sia necessario indagare correttamente su casi gravi (tra i quali anche gli abusi di mercato, nei quali – come nel caso di specie – le informazioni privilegiate idonee a qualificare l'elemento materiale quale pratiche illecite in materia di mercato erano, per loro natura, orali e segrete) in assenza di mezzi equivalenti.

2.2. *Le questioni pregiudiziali e la decisione della Corte di Giustizia UE.*

In sintesi, due sono le domande che vengono sottoposte all'esame della Corte da parte del giudice del rinvio francese.

a) Con la prima questione pregiudiziale, si chiede in sostanza di chiarire entro quali limiti la normativa nazionale degli Stati membri possa prevedere, per finalità di lotta alla criminalità (nel caso in esame, alle condotte di abuso e di comunicazione di informazioni privilegiate), una conservazione dell'insieme dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di tutti gli abbonati e utenti iscritti riguardante tutti i mezzi di comunicazione elettronica.

In particolare, si chiede – alla luce della normativa eurounitaria (e segnatamente in virtù dell'art. 12, paragrafo 2, lettere a) e d), della direttiva 2003/6 e l'articolo 23, paragrafo 2, lettere g) e h), del regolamento n. 596/2014, in combinato disposto con l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, e alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta) – se sussista una condizione ostativa a disposizioni legislative nazionali (come quella oggetto dei procedimenti principali) che prevedano, a titolo preventivo, per finalità di contrasto dei reati di abuso di mercato (di

cui fa parte l'abuso di informazioni privilegiate) una conservazione *generalizzata e indiscriminata* dei dati relativi al traffico (nel caso di specie: per un anno a decorrere dal giorno della registrazione).

b) Con le questioni pregiudiziali seconda e terza, si interroga la Corte sul rapporto tra la normativa nazionale (nel caso in esame, quella francese), preordinata a soddisfare esigenze di difesa, e quella UE, volta ad assicurare la tutela di diritti e delle libertà dell'individuo in tema di privacy.

Il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso che un giudice nazionale possa limitare nel tempo gli effetti di una declaratoria di invalidità in forza del diritto eurounitario (nella specie: a causa dell'incompatibilità di tale normativa con l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce della Carta) nei confronti delle disposizioni legislative nazionali, laddove le stesse, da un lato, impongono agli operatori di servizi di comunicazione elettronica una conservazione generalizzata e indiscriminata dei dati relativi al traffico e, dall'altro, consentono la comunicazione di simili dati all'autorità competente in materia finanziaria, senza previa autorizzazione di un organo giurisdizionale o di un'autorità amministrativa indipendente.

2.2.1. Il divieto di conservazione generalizzato e indiscriminato relativamente alle comunicazioni elettroniche per finalità connesse all'accertamento e prevenzione dei reati e l'incompatibilità della normativa nazionale (francese) rispetto al diritto eurounitario.

Dopo aver precisato che, secondo una giurisprudenza costante, ai fini dell'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione non si deve soltanto fare riferimento al tenore letterale della stessa, ma anche tenere conto del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla disciplina di cui essa fa parte, prendendo in considerazione, in particolare, la genesi di tale normativa⁸, la Corte di giustizia europea risponde alla prima domanda affermando che *“né la direttiva 2003/6 né il regolamento n. 596/2014 possano essere interpretati nel senso che possono costituire il fondamento giuridico di un obbligo generale di conservazione delle registrazioni di dati relativi al traffico, detenuti dagli operatori di servizi di comunicazione elettronica ai fini dell'esercizio dei poteri conferiti all'autorità competente in materia finanziaria in forza della direttiva 2003/6 e del regolamento n. 596/2014” (cfr. punto 78)*.

Dalle disposizioni previste dalla richiamata normativa UE in materia di abusi di mercato discende, infatti, unicamente – secondo i giudici eurounitari – un potere per le autorità competenti in materia finanziaria di “accesso” ai dati di cui gli operatori di telecomunicazione dispongono, non potendo trarsi invece alcuna conclusione in ordine alla possibilità per il legislatore nazionale di introdurre un obbligo di conservazione generalizzata di tali registrazioni.

⁸ In tal senso, cfr. sentenza del 17 aprile 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257.

In altri termini, la normativa UE in tema di abusi non autorizza la previsione da parte degli Stati membri di obblighi di conservazione di dati relativi al traffico, intendendo disciplinare soltanto i poteri che gli ordinamenti nazionali dovrebbero riconoscere in capo alle autorità competenti per garantire l'integrità dei mercati e l'efficacia delle rispettive attività di vigilanza.

Interpretazione quest'ultima che – come si precisa in sentenza – risulterebbe avvalorata dal contesto in cui si inseriscono le disposizioni richiamate (e segnatamente l'art. 12, paragrafo 2, lettere a) e d), della direttiva 2003/6 e l'articolo 23, paragrafo 2, lettere g) e h), del regolamento n. 596/2014), nonché dagli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui tali disposizioni fanno parte.

In particolare – quanto al contesto – la sentenza afferma come con tali disposizioni il legislatore dell'Unione abbia voluto soltanto dotare le predette autorità di *“classici poteri investigativi, come quelli che consentono a tale autorità di accedere a documenti, di eseguire operazioni e perquisizioni, o ancora di pronunciare ingiunzioni o divieti nei confronti di persone sospettate di aver commesso reati di abuso di mercato, di cui fa parte, in particolare l'abuso di informazioni privilegiate”* (cfr. punto 74). Che questa fosse la volontà del legislatore europeo se ne trae d'altra parte conferma dalla constatazione che nel Regolamento un simile obbligo di conservazione è stato espressamente previsto *“solo in capo agli operatori finanziari”* e con riguardo *“unicamente ai dati relativi a operazioni finanziarie e ai servizi forniti da tali operatori specifici”* (cfr. punto 75).

Quanto agli obiettivi, le richiamate disposizioni eurounitarie in materia di abusi di mercato, lette alla luce dei considerando 2 e 24 dello stesso Regolamento 596/2014, rivelerebbero in realtà come lo scopo effettivo degli strumenti ivi previsti sia quello di *“garantire l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e di rafforzare la fiducia degli investitori in tali mercati, fiducia che poggia, in particolare, sul fatto che essi saranno posti su un piano di parità e tutelati dall'abuso di informazioni privilegiate”*, evitando che uno dei partecipanti al mercato – in forza dell'informazione privilegiata posseduta – possa trovarsi per tale ragione in una posizione avvantaggiata rispetto agli altri investitori (cfr. punto 76).

Inoltre – aggiunge la Corte – se è pur vero che, ai sensi del considerando 65 del regolamento n. 596/2014, le registrazioni dei dati di connessione sono considerati elementi di prova indispensabili, e a volte gli unici che consentono di individuare e dimostrare l'esistenza dell'abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, resta il fatto che tale *“considerando”* si riferisce soltanto alle registrazioni «detenute» dagli operatori di servizi di comunicazione elettronica, nonché al potere dell'autorità competente in materia finanziaria di «richiedere», presso tali operatori, la comunicazione dei dati «esistenti». Con la conseguenza che da tale *“considerando”* non risulta affatto che il legislatore dell'Unione abbia inteso riconoscere agli Stati membri il potere di imporre agli operatori di servizi di comunicazione elettronica un obbligo generale di conservazione dei dati (cfr. punto 77).

Ciò posto, prosegue la Corte, le linee-guida in materia di conservazione – e più in generale, di trattamento – dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche, devono essere rinvenute unicamente nella direttiva 2002/58, le cui disposizioni sono da ritenere applicabili anche alle registrazioni dei dati relativi al traffico detenute dagli operatori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al

pubblico e che, ai sensi dell'art. 11 della direttiva 2003/06 e dell'art. 22 del regolamento 596/2014, possono essere richiesti dalle autorità competenti in materia finanziaria ai fini dell'esercizio dei poteri loro conferiti.

È pertanto solo nell'ambito di tale direttiva che devono essere ricercati i criteri entro i quali può essere ritenuto lecito il trattamento di tali dati, alla luce dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza della Corte e nel rispetto dei principi sanciti dalla Carta.

D'altra parte, osserva ancora la Corte, è la stessa normativa eurounitaria in materia di abusi di mercato che contempla – quanto alle finalità perseguite – il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi sanciti dalla Carta, compreso il diritto alla tutela della vita privata.

Il richiamo della Corte è in particolare al “considerando” 66 del regolamento 596/2014 nel quale – si fa notare – è lo stesso legislatore dell'Unione a precisare espressamente che gli Stati membri, proprio per evitare gravi interferenze alla vita privata e familiare che l'esercizio dei poteri investigativi delle autorità finanziarie possono comportare, dovrebbero disporre di adeguate garanzie per evitare abusi, ad esempio prevedendo come requisito l'ottenimento – se necessario – di un'autorizzazione preventiva da parte delle autorità giudiziarie degli Stati interessati e la possibilità che tali poteri possano essere esercitati “nella misura necessaria per indagare correttamente su casi gravi, in assenza di mezzi equivalenti per conseguire in modo efficace lo stesso risultato” (punto 84).

Conclude, quindi, la Corte che “l'applicazione delle misure disciplinate dalla direttiva 2003/6 e dal regolamento n. 596/2014 non può, in ogni caso, pregiudicare la protezione dei dati personali conferita ai sensi della direttiva 2002/58 (v. in tal senso, per analogia, sentenze del 29 gennaio 2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, punto 57, e del 17 giugno 2021, *M.I.C.M.*, C-597/19, EU:C:2021:492, punto 124 e giurisprudenza ivi citata)” (punto 84) e che, pertanto, nel bilanciamento tra le opposte istanze – la repressione dei reati e la protezione del diritto fondamentale alla vita privata e familiare – è quest'ultima che deve prevalere.

Nel rispondere alla prima delle questioni pregiudiziali sottoposte dal giudice del rinvio, la Corte giunge infine dunque ad affermare che le previsioni eurounitarie in materia di abusi di mercato (*id est*: l'articolo 12, paragrafo 2, lettere a) e d), della direttiva 2003/6 e l'articolo 23, paragrafo 2, lettere g) e h), del regolamento n. 596/2014) “debbono essere interpretate nel senso che essi non autorizzano una conservazione generalizzata e indiscriminata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione per finalità di contrasto di reati di abuso di mercato e, in particolare, di abuso di informazioni privilegiate, fermo restando che la compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale che prevede una simile conservazione deve essere valutata in rapporto all'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, quale interpretato dalla giurisprudenza della Corte”.

Sulla scorta del principio sopra espresso, la Corte sottopone ad esame le previsioni contenute nella normativa nazionale francese di cui si contesta l'applicabilità nei due procedimenti penali, giungendo alla conclusione che le stesse non possano ritenersi compatibili con la normativa eurounitaria.

Sebbene dalle previsioni in esame non possa farsi discendere un obbligo di conservazione in capo agli operatori dei servizi di comunicazione elettronica quanto al *contenuto* delle comunicazioni elettroniche, dalle stesse deriva tuttavia un obbligo di conservazione, senza distinzioni fra gli utenti e senza eccezioni, per un anno dalla registrazione, di altre informazioni rilevanti concernenti gli utenti (quali, in particolare, le persone con le quali gli utenti hanno comunicato, il mezzo di comunicazione utilizzato, la data, l'ora e la durata della comunicazione e il luogo dal quale è partita la comunicazione, nonché l'ubicazione delle apparecchiature terminali senza che sia stata necessariamente effettuata la comunicazione); dati che complessivamente considerati risultano, secondo i giudici dell'Unione, *“idonei a consentire di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati, come le abitudini della vita quotidiana, i luoghi di soggiorno permanenti o temporanei, gli spostamenti giornalieri o di altro tipo, le attività esercitate, le relazioni sociali di dette persone e gli ambienti sociali da essi frequentati”* (punto 90).

Trattasi di dati, in particolare, dai quali è possibile ricostruire il profilo degli utenti, ovvero un'informazione che, secondo la Corte, con riferimento al diritto al rispetto alla vita privata, è altrettanto delicata quanto il contenuto stesso delle comunicazioni, come già chiarito in altre precedenti decisioni (punto 90) (cfr. infra par. 3).

Conclude pertanto la Corte – in perfetta aderenza con dell'indirizzo interpretativo già formatosi sul tema⁹ – che un tale obbligo di conservazione (previsto dalla normativa francese), anche se per finalità connesse all'accertamento e al perseguimento dei reati, senza che sia dimostrato il rapporto tra i dati da conservare e l'obiettivo perseguito, non può ritenersi giustificato in quanto eccedente il limite dello “stretto necessario”, come richiede l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta¹⁰ (punto 94).

2.2.2. I poteri del giudice nazionale rispetto alla declaratoria di invalidità.

Quanto alla seconda e terza questione sottoposte all'esame della Corte, nella sentenza in commento si ribadisce il principio – pacifico nella giurisprudenza eurounitaria¹¹ – del “primato del diritto dell'Unione” sul diritto degli Stati membri.

Tale principio, secondo la Corte, *“impone pertanto a tutte le istituzioni degli Stati membri di dare pieno effetto alle varie disposizioni dell'Unione, dato che il diritto degli Stati*

⁹ Cfr. Corte di Giustizia UE del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.* (C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791); Corte di Giustizia UE del 5 aprile 2022, *Commissioner of An Garda Síochána e a.* (C-140/20, EU:C:2022:258).

¹⁰ Cfr. altresì Corte di Giustizia UE, 6 ottobre 2020, *Privacy International*, C-623/17, U:C:2020:790 (punto 81).

¹¹ Cfr. punto 97 e la giurisprudenza ivi richiamata (tra le più recenti la sentenza Corte di Giustizia UE del 5 aprile 2022, *Commissioner of An Garda Síochána e a.*, C-140/20, EU:C:2022:258, punto 118 e giurisprudenza ivi citata).

*membri non può sminuire l'efficacia riconosciuta a tali disposizioni nel territorio dei suddetti Stati"*¹².

Ne segue che, qualora la normativa nazionale si riveli non conforme al diritto dell'Unione, quest'ultima dovrà essere disapplicata dal giudice nazionale senza chiedere o attendere una sua rimozione in via legislativa o attraverso altro procedimento, spettando soltanto alla Corte di Giustizia – nella stessa sentenza nella quale statuisce sull'interpretazione richiesta – concedere un'eventuale sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione della norma di diritto interno; diversamente infatti ne risulterebbe pregiudicata l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione e il rispetto dei principi in esso sanciti.

Con riguardo poi al tema dell'ammissibilità delle prove prodotte nei confronti dei ricorrenti nei procedimenti principali, acquisite sulla base della normativa nazionale riconosciuta incompatibile con il diritto dell'Unione, i giudici eurounitari riconoscono che trattasi di questione rimessa alla competenza del giudice nazionale, *"conformemente al principio di autonomia procedurale degli Stati membri, nell'ambito del diritto nazionale, fatto salvo il rispetto, in particolare, dei principi di equivalenza e di effettività"*¹³.

A tale riguardo la Corte ricorda come, in forza di quest'ultimo principio, il giudice penale nazionale debba escludere come prove informazioni *"che siano state ottenute mediante una conservazione generalizzata e indiscriminata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione incompatibile con il diritto dell'Unione, o anche mediante un accesso dell'autorità competente a tali dati in violazione di tale diritto, nell'ambito di un procedimento penale instaurato nei confronti di persone sospettate di atti di criminalità, qualora tali persone non siano in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito alle informazioni e agli elementi di prova suddetti, riconducibili a una materia estranea alla conoscenza dei giudici e idonei a influire in maniera preponderante sulla valutazione dei fatti [v., in tal senso, sentenza del 2 marzo 2021, Prokuratuur (Condizioni di accesso ai dati relativi alle comunicazioni elettroniche), C-746/18, EU:C:2021:152, punto 44 e giurisprudenza ivi citata]"*¹⁴.

3. Gli orientamenti della giurisprudenza eurounitaria in tema di limitazioni al diritto alla privacy nella conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche.

La sentenza in commento prosegue nell'attività interpretativa già in atto da tempo nella giurisprudenza eurounitaria in tema di *data retention*, confermando – nel bilanciamento tra opposte esigenze connesse alla tutela delle libertà fondamentali, da un lato, e di prevenzione e accertamento dei reati, dall'altro – il ruolo centrale svolto anche in questo ambito dal principio di "proporzionalità", quale limite a misure legislative nazionali che comportino restrizioni alla vita privata e alla riservatezza degli utenti di comunicazioni elettroniche.

¹² Cfr. punto 97.

¹³ Cfr. punto 107.

¹⁴ Cfr. punto 106.

3.1. Il principio di “proporzionalità” e la sua applicazione in tema di “data retention”.

La protezione dei dati personali è un diritto fondamentale riconosciuto dal sistema UE, che non costituisce però una prerogativa assoluta, ma – come enunciato nel Regolamento (UE) 2016/679 del (GDPR) – “va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità” (considerando n. 4). Nelle intenzioni del legislatore europeo, il principio di “proporzionalità” (immanente nell’ordinamento UE e riconosciuto *in primis* dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea) viene dunque a svolgere la funzione di criterio guida vincolante per l’attività di adattamento della normativa europea da parte dei rispettivi ordinamenti nazionali degli Stati membri, al fine di bilanciare le libertà della persona con le esigenze di interesse generale, e in forza del quale la compressione del diritto alla vita privata e familiare non può spingersi oltre quanto è necessario per perseguire l’obiettivo prefissato.

In applicazione dello stesso, l’art. 23 del Regolamento precisa che la facoltà di prevedere limitazioni alle libertà fondamentali connesse alla protezione dei dati personali, sia per il diritto dell’Unione sia per il diritto degli Stati membri, dovrà essere sempre esercitata garantendo che le eventuali misure restrittive adottate siano “necessarie e proporzionate” per salvaguardare una serie di finalità di carattere generale espressamente elencate e che le disposizioni che le prevedano osservino precisi obblighi contenutistici.

Detto principio ha già da tempo trovato nella giurisprudenza eurounitaria esplicito riconoscimento anche in tema di “data retention” nell’ambito delle comunicazioni elettroniche¹⁵ – di cui la sentenza in commento costituisce l’ultimo approdo – quale direttamente ricavabile dall’art. 15 della direttiva 2002/58 e viene a declinarsi in tre aspetti specifici che devono concorrere: idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto.

Il rispetto di tali requisiti implica, in particolare, che gli Stati membri – al fine di garantire che l’interesse generale (es. la tutela della sicurezza pubblica mediante la lotta alla criminalità) sia perseguito in conformità ai principi UE – debbano ricercare, tra le varie possibili, la misura legislativa che – nel disciplinare l’accesso e la conservazione dei dati relativi al traffico degli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica – risulti la più adeguata rispetto all’obiettivo perseguito e, fra quelle più idonee, quella che comporti il minor sacrificio per il privato, bilanciando opportunamente gli interessi in gioco e sempre che non sia altrimenti possibile tutelare l’interesse in questione.

¹⁵ In termini, cfr. Corte di Giustizia UE, 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland, C-293/12; Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2016, Tele2 Sverige et Watson e a., C-203/15 e C-698/15 (v. comunicato stampa n. 145/16); Corte di Giustizia UE, 6 ottobre 2020, Privacy International, C-623/17, e La Quadrature du Net e a., C-511/18, C-512/18, Ordre des barreaux francophones et germanophone e a., C-520/18 (v. comunicato stampa n. 123/20); Corte di Giustizia UE, 2 marzo 2021, Prokuratuur (Condizioni di accesso ai dati relativi alle comunicazioni elettroniche), C-746/18 (v. comunicato stampa n. 29/21); e, come ultimo precedente anteriore alla sentenza in commento, il caso “irlandese” oggetto di esame nella sentenza della Corte di Giustizia UE (Grande Sezione), 5.4.2022, Commissioner of the Garda Síochána, Causa C-140/20 (cfr. par. 2.2.).

3.2. Il precedente del caso “irlandese”.

La sentenza in commento recepisce ed applica tale principio, inserendosi pacificamente nel solco interpretativo già segnato da precedenti pronunce della Corte di Giustizia dell’Unione europea¹⁶, tra cui la pronuncia¹⁷ con la quale la Grande Sezione – soltanto cinque mesi prima – aveva deciso un’analoga questione, su impulso della Corte Suprema irlandese in funzione di giudice del rinvio, facendo ricorso ad argomentazioni ancora più marcate ed esplicite. In quell’occasione, i giudici dell’Unione, ribadendo l’orientamento già espresso in altre precedenti pronunce, avevano infatti già affermato in via di principio come i dati relativi al traffico e i dati relativi all’ubicazione delle comunicazioni elettroniche possano rivelare, per loro natura, informazioni significative sulla vita privata degli interessati (come le abitudini della vita quotidiana, luoghi di soggiorno, le relazioni sociali di dette persone e gli ambienti frequentati) e che, in quanto tali, essi sono idonei a stabilire un profilo delle persone interessate, profilo che – come ricordato anche dalla sentenza in commento – deve essere considerata *“informazione tanto sensibile, in rapporto al diritto al rispetto alla vita privata, quanto il contenuto stesso delle comunicazioni”*¹⁸.

L’accesso a tali dati da parte di soggetti terzi, e la loro conservazione da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica, comporta pertanto di per sé un’ingerenza rispetto ai diritti fondamentali (*in primis*: quella alla vita privata) degli utenti tutelati dalla Carta, con possibili rischi di abuso.

Per tale ragione, nel ricordare che la direttiva 2002/58 stabilisce un generale principio di riservatezza delle comunicazioni e un divieto di memorizzazione dei dati ad esse relative (che devono essere infatti cancellati e resi anonimi da parte dei fornitori dei servizi di comunicazione elettronica), la Corte già precisava in quella decisione che le eventuali eccezioni che ne consentano l’accesso e la conservazione (autorizzate nei limiti e per gli scopi di cui agli artt. 5, 6 e 9 della direttiva 2002/58, cfr. art. 15 paragrafo

¹⁶ Cfr. giurisprudenza citata nella nota precedente. Si discosta dall’orientamento costante la sentenza sul caso *Ministerio Fiscal* (Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 2 ottobre 2018, C-207/16), nella quale è stata ritenuta legittima l’acquisizione di dati anagrafici di un titolare di scheda Sim, in quanto non ritenuta idonea a ledere i diritti dell’individuo trattandosi di un’ingerenza non particolarmente penetrante, e quindi non necessariamente giustificata dalla ricorrenza di un reato grave.

¹⁷ Cfr. Corte di Giustizia UE (Grande Sezione), 5.4.2022 (cfr. supra nota n. 1). Il rinvio pregiudiziale era volto in sostanza a stabilire se il regime di conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e all’ubicazione, ai fini di lotta alla criminalità grave, istituito dalla legge nazionale del 2011 (di recepimento della direttiva 2006/24/CE del 15.3.2006, riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell’ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione che modifica la direttiva 2002/58/CE), nonché il regime di accesso a tali dati da parte della polizia nazionale previsto da tale legge, potessero ritenersi compatibili con il diritto dell’Unione. Analogamente alla sentenza in commento, anche in quella sede, veniva altresì rivolto alla Corte l’ulteriore quesito concernente i poteri del giudice nazionale chiamato a dichiarare l’eventuale incompatibilità della normativa nazionale rispetto all’art. 15 della Direttiva 2002/58.

¹⁸ Cfr. Corte di Giustizia UE (Grande Sezione), 5.4.2022, punto 45.

1) devono essere interpretate in modo restrittivo. E ciò “a prescindere dalla circostanza che le informazioni relative alla vita privata di cui trattasi abbiano o meno un carattere sensibile, che gli interessati abbiano o meno subito eventuali inconvenienti in seguito a siffatta ingerenza o che i dati conservati siano o meno utilizzati successivamente (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, punti 115 e 116, e giurisprudenza citata)”¹⁹.

Ne discende – secondo la Corte – che eventuali limitazioni previste dalla legislazione nazionale devono avere carattere tassativo e devono rispondere in modo “effettivo” e “rigoroso” ad uno degli obiettivi individuati dalla direttiva in quanto idonei a giustificarle, oltre che garantire – conformemente a quanto previsto dalla direttiva²⁰ – il rispetto del principio di “stretta proporzionalità” e dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta.

In particolare, il “principio di proporzionalità” viene assunto – nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea – quale parametro di riferimento rispetto al quale ancorare il giudizio di liceità delle normative nazionali in ordine ad eventuali restrizioni alla tutela dei dati personali (e quindi anche alla riservatezza delle comunicazioni).

Nella pronuncia del 5 aprile 2022 – assestandosi sul proprio costante indirizzo interpretativo – la Corte ricorda come l’articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, consentendo agli Stati membri di limitare i diritti (e gli obblighi) relativi alla riservatezza e alla vita privata, di fatto riconosce come detti diritti (sanciti agli articoli 7, 8 e 11 della Carta) “non appaiano prerogative assolute, ma vadano considerati alla luce della loro funzione sociale...Infatti, come risulta dall’articolo 52, paragrafo 1, della Carta, quest’ultima ammette limitazioni all’esercizio di tali diritti, purché tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale dei summenzionati diritti e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Pertanto, l’interpretazione dell’articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58 alla luce della Carta richiede che si tenga conto allo stesso modo dell’importanza dei diritti sanciti agli articoli 3, 4, 6 e 7 della Carta e di quella che rivestono gli obiettivi di salvaguardia della sicurezza nazionale e di lotta alle forme gravi di criminalità nel contribuire alla protezione dei diritti e delle libertà altrui (sentenza del 6

¹⁹ Cfr. Corte di Giustizia UE (Grande Sezione), 5.4.2022, punto 44.

²⁰ Anche alla luce di quanto previsto dal considerando n. 11 della direttiva 2002/58, ove testualmente si afferma che:

“La presente direttiva, analogamente alla direttiva 95/46/CE, non affronta le questioni relative alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali inerenti ad attività che non sono disciplinate dal diritto comunitario. Lascia pertanto inalterato l’equilibrio esistente tra il diritto dei cittadini alla vita privata e la possibilità per gli Stati membri di prendere i provvedimenti di cui all’articolo 15, paragrafo 1, della presente direttiva, necessari per tutelare la sicurezza pubblica, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato ove le attività siano connesse a questioni di sicurezza dello Stato) e l’applicazione della legge penale. Di conseguenza la presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di effettuare intercettazioni legali di comunicazioni elettroniche o di prendere altre misure, se necessario, per ciascuno di tali scopi e conformemente alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, come interpretata dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo. Tali misure devono essere appropriate, strettamente proporzionate allo scopo perseguito, necessarie in una società democratica ed essere soggette ad idonee garanzie conformemente alla precitata Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”.

ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punti da 120 a 122 nonché giurisprudenza citata)” (punto 48).

Ed è appunto al fine di soddisfare queste finalità di interesse generale che – come osserva la Corte – si pone l’esigenza di contemperare i diversi interessi legittimi e diritti in gioco.

In particolare, per assicurare il rispetto del requisito della “proporzionalità” nella conservazione dei dati e prevenire così rischi di abuso, la normativa nazionale deve prevedere:

- norme chiare e precise che disciplinino il ricorso a tale misura;
- criteri oggettivi che mettano in rapporto i dati da conservare con l’obiettivo perseguito, affinché la gravità dell’ingerenza prevista dalla normativa nazionale sia rapportata all’obiettivo perseguito dalla misura adottata.

È pertanto in questo equo bilanciamento tra l’entità della portata invasiva che consegue all’adozione della misura restrittiva prescelta, da un lato, e l’importanza delle finalità alle quali la stessa è preordinata, dall’altro, che viene a risiedere – secondo i giudici eurounitari – il punto di equilibrio tra le opposte istanze meritevoli di tutela e nel rispetto del quale gli Stati membri possono esercitare discrezionalmente le rispettive opzioni normative a livello nazionale.

Con la precisazione che il rispetto del principio di “proporzionalità” implica non solo che la misura restrittiva prescelta sia appunto “proporzionata” rispetto all’obiettivo perseguito, ma anche osservante dei requisiti di idoneità e di necessità (punto 93).

Sulla scorta di tali premesse, e con riguardo alla domanda pregiudiziale sottoposta, nella sentenza del 5 aprile 2022 la Corte giunge così ad affermare – in linea con gli indirizzi interpretativi precedenti – che mentre la *salvaguardia della sicurezza nazionale* di cui al paragrafo 1 dell’art. 15 della Direttiva 2002/58 è obiettivo idoneo a giustificare anche il ricorso ad un’ingiunzione che imponga ai fornitori dei servizi di comunicazione elettronica di procedere una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all’ubicazione (purché lo Stato membro interessato si trovi ad affrontare “una minaccia grave che risulti reale e attuale o prevedibile” e l’ingiunzione sia oggetto di idoneo controllo da parte di un organo indipendente sia emessa soltanto per un periodo di tempo limitato allo stretto necessario)²¹, il principio di “proporzionalità” non può legittimare invece analoga misura per *esigenze di prevenzione e accertamento dei reati* in generale (anch’esse previste dal paragrafo 1 dell’art. 15), che – anche se integranti forme gravi della criminalità – non si traducano in una minaccia alla sicurezza nazionale.

In tale ultimo caso la *conservazione generalizzata e indifferenziata* di tali dati – per la gravità dell’ingerenza nella vita privata che essa comporta – travalica il limite dello stretto necessario e non può essere giustificata in una società democratica:²² una normativa che prevedesse una tale misura verrebbe infatti quantomeno a riguardare la quasi totalità della popolazione, senza alcuna distinzione e senza che le persone

²¹ Cfr. punto 58, sentenza Corte di Giustizia Europea 5.4.2022.

²² Cfr. punto 65 sentenza Corte di Giustizia Europea 5.4.2022.

interessate si trovino effettivamente in una situazione idonea a dar luogo ad azioni penali o per le quali sussista un indizio di un possibile coinvolgimento, anche indiretto o remoto, con la criminalità.

Pertanto, proprio alla luce del principio di “proporzionalità”, in quella pronuncia si è giunti ad affermare che non può ritenersi compatibile con la normativa eurounitaria una normativa nazionale che preveda, per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione di minacce gravi alla sicurezza pubblica, una *conservazione generalizzata e indifferenziata* dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all’ubicazione, ovvero senza alcuna distinzione, limitazione o eccezione a seconda dell’obiettivo perseguito.

Per contro, gli stessi giudici rilevano come – in forza di quanto già affermato nella precedente decisione della Corte del 6.10.2020, *La Quadrature du Net e a. (C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791)*²³ – non possa invece ritenersi incompatibile con il diritto eurounitario una normativa nazionale che preveda, ai fini della lotta a forme gravi di criminalità e minacce gravi alla sicurezza pubblica, una serie di differenti misure, adeguatamente calibrate ed applicabili eventualmente anche in combinazione tra loro.

Segnatamente:

i) una *conservazione generalizzata e indifferenziata* dei dati relativi al traffico delle comunicazioni elettroniche, ma *limitatamente* a quelli relativi all’identità civile e agli Indirizzi IP attribuiti alla fonte di una connessione (ove la gravità dell’ingerenza può ritenersi giustificata dalla evidenza che in alcuni casi -come nei reati commessi on line e in quelli connessi alla trasmissione e diffusione di materiale pedopornografico – detti dati possono costituire l’unico strumento di indagine)²⁴ (punto 73);

ii) una *conservazione mirata* dei dati relativi al traffico e all’ubicazione, nei confronti di persone identificate, laddove la normativa nazionale che la prevede sia fondata su *criteri distintivi di natura personale o geografica o comunque su altri criteri oggettivi e non discriminatori*, in modo da garantire che la conservazione sia limitata “*allo stretto necessario e per stabilire un nesso, almeno indiretto, tra gli atti di criminalità grave e le persone i cui dati sono conservati*” (punto 83);

iii) una *conservazione rapida* dei dati relativi al traffico e all’ubicazione, *per un periodo di tempo determinato*, con la possibilità per gli Stati di prevedere che tale misura possa essere ordinata ai fornitori di comunicazione elettronica mediante provvedimento dell’autorità competente, soggetto a un controllo giurisdizionale effettivo, sempre nel rispetto dei *limiti dello “stretto necessario”* per consentire l’assolvimento delle finalità perseguite (punto 85).

Misura, quest’ultima, che potrebbe essere estesa anche a persone diverse da quelle sospettate di un coinvolgimento nel reato grave o di attentato alla sicurezza nazionale (ad es. ai soggetti con i quali la vittima è stata in contatto) “*purché tali dati possano contribuire, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, all’accertamento di un siffatto reato o attentato alla sicurezza nazionale, quali i dati della vittima o del suo ambiente*”

²³ Cfr. punto 67 sentenza Corte di Giustizia Europea 5.4.2022.

²⁴ Cfr. punto 73 e 101.

sociale o professionale (sentenza del 6 ottobre 2020, La Quadrature du Net e a., C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 165)” (punto 88).

4. L’impatto delle recenti decisioni delle Corte di Giustizia UE in tema di *data retention* nell’ordinamento nazionale.

I principi espressi dai giudici dell’Unione nelle più recenti pronunce qui esaminate non rimarranno verosimilmente prive di effetti nel sistema normativo nazionale con riferimento al vigente regime di conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche, dovendo gli stessi trovare un adeguato riconoscimento sia a livello normativo, sia nella prassi giudiziale.

4.1. Il “divieto di conservazione generalizzata e indiscriminata” come limite alle restrizioni al diritto di protezione dei dati personali e le ricadute sulla disciplina normativa italiana.

Il richiamo al principio di proporzionalità – quale limite che osta alla conservazione “generalizzata e indifferenziata” dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all’ubicazione delle comunicazioni elettroniche da parte degli operatori di servizi – consente alla Corte di Giustizia di fornire un’indicazione chiara e uniforme agli Stati membri per garantire, nella definizione della normativa nazionale, un ragionevole bilanciamento tra le opposte istanze connesse alla protezione dei dati personali e alla vita privata, da un lato, e le esigenze di giustizia dall’altro, pur sempre nel rispetto delle singolarità delle autonomie legislative.

La declinazione di tale principio – al quale il legislatore europeo riconosce sia una funzione normativa, sia di controllo normativo relativo agli atti di recepimento e di integrazione nazionali – è andata via via sempre più affinandosi nelle varie pronunce dei giudici dell’Unione in tema di *data retention*, fino ad assumere – specie nelle sentenze più recenti qui menzionate – un grado di dettaglio idoneo a costituire per gli Stati membri un effettivo criterio guida.

A tale riguardo, è ragionevole ritenere che l’attività interpretativa proseguirà a livello eurounitario, per garantire un costante e oculato adeguamento della normativa alle continue evoluzioni tecnologiche di questo settore e che gli Stati membri saranno conseguentemente tenuti a monitorare nel tempo – in una prospettiva dinamica – la conformità della normativa interna con i principi via via espressi in sede sovranazionale.

Quanto all’ordinamento italiano, il più recente orientamento interpretativo espresso dalla giurisprudenza eurounitaria – da ultimo nella sentenza in commento (caso “francese”) e in quella del 5 aprile 2022 (caso “irlandese”) – riporterà probabilmente di attualità l’esigenza di una nuova verifica di conformità della normativa interna rispetto al diritto sovranazionale.

Come noto, l’art. 132 Codice Privacy, che disciplina i requisiti e le modalità di conservazione e accesso ai dati trattati da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, era

stato già oggetto di una specifica riforma interna ad opera del d.l. 30 settembre 2021 n. 132, con la quale si era provveduto a conformare il diritto nazionale proprio alle (allora) più recenti statuizioni della Corte di Giustizia UE, segnatamente con riguardo a quell'indirizzo interpretativo che già segnalava nell'art. 15 della Direttiva UE 58/2002 un ostacolo all'introduzione di misure nazionali che, sulla base di finalità di prevenzione, accertamento e perseguimento dei reati, consentissero l'utilizzo dei dati in oggetto senza alcuna limitazione connessa sia alle "forme gravi di criminalità", o per la tutela della pubblica sicurezza, sia per quanto riguarda, la durata, la quantità e la natura dei dati trattati, nonché senza l'attribuzione del potere di disporre in via preventiva l'acquisizione ad un "giudice ovvero autorità amministrativa indipendente"²⁵.

La novella non aveva dunque riguardato la disciplina sostanziale della conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico – sebbene la tematica fosse stata già ampiamente oggetto di svariate statuizioni da parte della giurisprudenza eurounitaria – ma unicamente gli aspetti procedurali, al fine di limitare l'applicazione della norma soltanto a procedimenti penali relativi a determinati gravi reati selezionati *quod poenam* e attribuendo il controllo preventivo sull'accesso all'autorità giurisdizionale, salvo i casi di urgenza²⁶.

Se già le scelte operate nella riforma del 2021 facevano residuare qualche perplessità (specie con riferimento alla selezione dei reati gravi²⁷ per i quali è oggi consentita l'acquisizione dei dati e dalla quale risultano escluse, per limiti di pena, fattispecie caratterizzate da altrettanta significativa rilevanza: tra queste, ad esempio, la frode in commercio o la diffamazione non aggravata), le ulteriori enunciazioni dei giudici dell'Unione nelle ultime due sentenze di quest'anno potrebbero ora condurre a dover nuovamente rivedere il testo della norma per consentirne l'adeguamento alle nuove statuizioni, in quanto la versione attuale del testo non appare del tutto conforme ai principi ivi espressi.

²⁵ La riforma dell'art. 132 Codice Privacy era stata stimolata proprio per recepire l'indirizzo interpretativo espresso nella pronuncia della Corte di Giustizia UE, 2 marzo 2021, H.K., C-746718, quest'ultima intervenuta su sollecitazione della Corte Suprema dell'Estonia; cfr. supra, nota 6. L'attuale versione dell'art. 132 del Codice Privacy prevede ora, infatti, delle disposizioni specifiche quanto: *i*) al potere di controllo preventivo del giudice (che deve autorizzare l'acquisizione, per finalità di accertamento e repressione dei reati – su richiesta dal pubblico ministero, o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private – con decreto motivato, fatti salvi i casi di urgenza in cui è prevista una convalida ex post); *ii*) ai presupposti che legittimano l'acquisizione (che può essere disposta solo se sussistono "sufficienti indizi di reati" e soltanto con riferimento ad alcune tipologie di reati, per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi); *iii*) nonché all'individuazione di misure di garanzia a tutela dell'interessato, nel cui rispetto deve essere effettuato il trattamento dei dati di traffico, da parte di un provvedimento di carattere generale del Garante per la protezione dei dati personali.

²⁶ Per un'ampia illustrazione della riforma introdotta con il d.l. 30.9.21 n. 132, cfr. Corte Suprema di Cassazione-Ufficio del Massimario e del Ruolo, Rel. 55/21, "Relazione su novità normativa. Misure urgenti in tema di acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico ai fini di indagine penale", 13.10.21.

²⁷ Cfr. Corte Suprema di Cassazione-Ufficio del Massimario e del Ruolo, Rel. 55/21, cit., 13.10.21.

E ciò, in particolare, con riferimento almeno a due profili sostanziali: i) la durata di conservazione e ii) l'identificazione preventiva dei soggetti i cui dati sono oggetto di acquisizione.

i) Quanto al primo aspetto, si deve considerare che l'art. 132 co. 5 bis Codice Privacy continua a mantenere il richiamo all'articolo 24 della legge 20 novembre 2017, n. 167, che prevede una deroga al termine ordinario di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico (ventiquattro e dodici mesi), nonché dei dati relativi alle chiamate senza risposta (trenta giorni), qualora sussistano esigenze straordinarie di contrasto al terrorismo (e in relazione a specifiche categorie di reato) estendendolo fino a settantadue mesi dalla comunicazione.

Una previsione che oggettivamente non risulta compatibile con il principio di proporzionalità e di stretta necessità (e che lo stesso Garante della Privacy aveva a suo tempo già stigmatizzato),²⁸ principio che, come sopra illustrato, non solo viene assunto dalla Corte UE come criterio di liceità del trattamento, ma la cui valenza scriminante appare ulteriormente rafforzata nelle due ultime pronunce esaminate.

ii) Sotto altro e diverso profilo, il testo dell'art. 132 Codice Privacy si espone altresì a possibili rilievi con particolare riferimento all'enunciato divieto di conservazione "generalizzata e indifferenziata" dei dati, laddove – analogamente alla normativa francese e a quella irlandese, entrambe dichiarate dai giudici dell'Unione incompatibili con i principi eurolunitari – prevede un regime di conservazione che interessa l'insieme dei mezzi di comunicazione elettronica con riferimento a tutti gli utenti di tali mezzi, senza che sia operata al riguardo alcuna distinzione o eccezione. Più in particolare – diversamente da quanto statuito nelle pronunce della Corte sopra richiamate – la versione attuale della norma non contempla modalità diversificate di trattamento a seconda della tipologia dei dati in questione e, segnatamente, non distingue tra "conservazione generalizzata" – che la Corte ammette esclusivamente per i dati relativi all'identità civile e gli indirizzi IP – e "conservazione mirata", quest'ultima giustificata per i dati relativi al traffico e all'ubicazione soltanto se la normativa dello Stato membro preveda che la stessa sia attuata, per lo stretto tempo necessario, nei confronti di persone che presentino una connessione, almeno indiretta, con atti di criminalità grave o i cui dati siano idonei a rivelare un grave rischio per la sicurezza pubblica o, ancora, un rischio per la sicurezza nazionale.

Per assicurare tale nesso – come già ricordato – nella sentenza del 5 aprile 2022 la Corte precisa che le persone considerate dalla normativa nazionale potranno essere precedentemente identificate, sulla base di criteri distintivi di natura personale o geografica o comunque di altri criteri oggettivi e non discriminatori, tra quelle *"che costituiscono una minaccia per la di misure di conservazione della sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale dello Stato membro interessato"*: così, ad esempio, gli Stati membri potranno procedere con l'adozione di misure di conservazione *"nei confronti di persone*

²⁸ Cfr. testo del *"Parere sullo schema di decreto-legge per la riforma della disciplina dell'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale"* del 10 settembre 2021, nel quale veniva già sottolineata la necessità di ridurre i termini di conservazione dei dati (di settantadue mesi) per conformarli al canone di proporzionalità enunciato nelle pronunce della Corte di Giustizia.

che, nell'ambito di tale identificazione, sono sottoposte ad indagine o ad altre misure di sorveglianza in corso o sono iscritte nel casellario giudiziario nazionale ove è menzionata una condanna precedente per atti di criminalità grave che possono comportare un elevato rischio di recidiva" o ancora in relazione a soggetti presenti in determinati luoghi "qualora le autorità nazionali competenti ritengano, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, che sussista, in una o più zone geografiche, una situazione caratterizzata da un rischio elevato di preparazione o di commissione di atti di criminalità grave. Tali zone possono essere, in particolare, luoghi caratterizzati da un numero elevato di atti di criminalità grave, luoghi particolarmente esposti alla commissione di atti di criminalità grave, quali luoghi o infrastrutture frequentati regolarmente da un numero molto elevato di persone, o ancora luoghi strategici, quali aeroporti, stazioni o aree di pedaggio (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 150 nonché giurisprudenza citata)"²⁹.

In ogni caso, la durata delle misure di conservazione "mirata" sopra descritte non potrà comunque eccedere quella "strettamente necessaria alla luce dell'obiettivo perseguito e delle circostanze che le giustificano, fatto salvo un eventuale rinnovo a motivo della persistenza della necessità di procedere a una siffatta conservazione"³⁰.

Sulla scorta di questo indirizzo interpretativo (recepito e confermato anche dalla sentenza in commento), potrebbe a questo punto risultare non più rinviabile³¹ un nuovo adeguamento del testo dell'art. 132 Codice Privacy, che – superando i rilievi formulati in occasione della riforma da chi già allora segnalava gli aspetti disfunzionali connessi ad una identificazione preventiva dei soggetti passivi da parte della legislazione nazionale – sia volto ad introdurre una tipizzazione dei soggetti nei confronti dei quali

²⁹ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione), 5.4.2022, cit. (punti da 78 a 81). Il divieto di conservazione indifferenziata era peraltro stao in precedenza affermato anche nella sentenza della Corte (Grande Sezione), 2 marzo 2021, *Prokuratuur – C. 746-18*, nella quale già si stabiliva che "l'accesso delle autorità competenti a dati relativi al traffico e a dati relativi all'ubicazione conservati, adottata ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, non può limitarsi a esigere che l'accesso delle autorità ai dati risponda alla finalità perseguita da tale normativa ma deve altresì prevedere le condizioni sostanziali e procedurali che disciplinano tale utilizzo (sentenze del 6 ottobre 2020, *Privacy International*, C-623/17, EU:C:2020:790, punto 77, nonché del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, e C-512/18, e a., punto 176 e la giurisprudenza ivi citata)" e, ancora, che "la normativa nazionale in questione deve fondarsi su criteri oggettivi per definire le circostanze e le condizioni in presenza delle quali deve essere concesso alle autorità nazionali competenti l'accesso ai dati in questione. A questo proposito, un accesso siffatto può, in linea di principio, essere consentito, in relazione con l'obiettivo della lotta contro la criminalità, soltanto per i dati di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un illecito grave, o anche di essere implicate in una maniera o in un'altra in un illecito del genere. Tuttavia, in situazioni particolari, come quelle in cui interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo, l'accesso ai dati di altre persone potrebbe essere parimenti concesso qualora sussistano elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo (v., in tal senso, sentenze del 21 dicembre 2016, *Tele2*, C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970, punto 119, nonché del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 188)" (punti 49-50).

³⁰ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione), 5.4.2022, cit. (punto 82).

³¹ In questo senso, cfr. L. FILIPPI, *La Corte di Lussemburgo ribadisce lo stop ai tabulati: una fine annunciata*, in www.penedp.it.

consentire l'accesso ai dati di traffico, nel rispetto di quanto previsto dalla normativa eurolunitaria, così come da ultimo interpretata.

L'attuale regime della conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche disciplinata nell'art. 132 Codice Privacy non pare infatti compatibile³² – per le ragioni sopra indicate – con il principio di proporzionalità e stretta necessità nel senso da ultimo precisato dai giudici eurolunitari, finendo per legittimare restrizioni delle libertà fondamentali connesse alla tutela della vita privata che non possono più ritenersi giustificate nemmeno per il perseguimento di un'interesse generale, quale quello dell'accertamento e prevenzione dei reati.

Per conformarsi agli orientamenti della Corte UE, il legislatore nazionale dovrà, in particolare, integrare il vigente testo normativo prevedendo una disciplina specifica e differenziata delle modalità di conservazione e introducendo una “conservazione mirata” dei dati telefonici, telematici e di ubicazione, delimitata *sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori* (quali ad es. la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in relazione a violazioni gravi previste dall'art. 132 Codice Privacy), nei confronti di soggetti preventivamente individuati per categoria (es. soggetti sottoposti ad indagini per tali gravi violazioni o recidivi) o per criterio geografico (es. soggetti che risiedono in particolari località in connessione con il delitto per il quale si procede o comunque esposte alla commissione di atti criminalità grave).

4.2. L'efficacia delle statuizioni della Corte di Giustizia UE con riguardo alla richiesta di utilizzabilità nei procedimenti penali dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche.

In attesa di un opportuno intervento di adeguamento del legislatore italiano sul punto, che “ridisegni” il regime giuridico di conservazione dei dati in funzione della tipologia degli stessi e dei soggetti ai quali essi si riferiscono, resta nel frattempo aperta la questione relativa alla possibile immediata operatività delle statuizioni della Corte di Giustizia europea e alle conseguenze che la soluzione a tale questione potrebbe avere in ordine all'utilizzabilità dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche già acquisiti sulla base dell'attuale normativa nazionale, non più compatibile con i principi da ultimo espressi dalla Corte.

Al riguardo, non è da escludere che – così come accaduto successivamente alla pronuncia “rivoluzionaria” della Corte di Giustizia del 2 marzo 2021 (alla quale seguì la riforma dell'art. 132) – potranno prospettarsi, nella prassi nazionale, soluzioni differenti in ordine agli effetti sui procedimenti penali in corso dei principi espressi nelle più

³² La compatibilità dell'art. 132 Codice Privacy ai principi UE è stata in passato costantemente ritenuta dalla Corte di Cassazione, senza peraltro un vero scrutinio sostanziale della norma in ordine al rispetto del principio di “proporzionalità” così come interpretato in sede eurolunitaria (cfr. da ultimo Cass. Penale sez. III, 19.4.19, n. 36380). Cfr. in senso critico, I. NERONI REZENDE, [Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention](#), in questa *Rivista*, n. 5/2020, p. 183; per le questioni transitorie sorte successivamente alla modifica dell'art.132 Codice Privacy del 2021, cfr. sempre in senso critico, A. CIPRANDI, [La Cassazione si pronuncia sull'utilizzabilità nei processi pendenti delle “acquisizioni telefoniche e telematiche” precedenti all'entrata in vigore dell'art. 1 del d.l. 132/2021](#), in questa *Rivista*, 22 febbraio 2022.

recenti decisioni della Corte, in funzione degli eventuali concreti problemi applicativi e dei profili di discrezionalità che potrebbero emergere nel dare ad essi corretta attuazione nell'ambito del sistema processuale italiano³³.

In questa sede, è possibile formulare soltanto in via di prima approssimazione alcune previsioni su quali potrebbero essere i futuri (ma non necessariamente probabili) scenari, senza alcuna pretesa di esaustività.

Preliminarmente occorre rammentare che – quale metodo di risoluzione delle antinomie interne – il giudice nazionale, in quanto giudice comune di diritto europeo che deve vegliare sull'applicazione e l'osservanza del diritto dell'Unione nell'ordinamento giuridico interno, ha il potere-dovere, in caso di sopravvenuto contrasto con la normativa dell'Unione, di disapplicare (*rectius*: non applicare) la normativa interna, in forza del principio del "primato del diritto dell'Unione" sul diritto interno degli Stati membri, senza dover chiedere o attendere un intervento del legislatore per la rimozione della stessa. E ciò anche qualora il contrasto sia originato – come in questo caso – da una sentenza interpretativa della Corte di Giustizia.

La portata vincolante immediata *erga omnes* nel nostro ordinamento delle statuizioni interpretative della Corte di Giustizia europea (ivi incluse quelle pregiudiziali) è non solo pacifica nella giurisprudenza eurounitaria³⁴, ma è altresì riconosciuta anche dalle autorità giurisdizionali italiane e, segnatamente, sia dalla Corte di Cassazione³⁵, sia dalla Corte costituzionale³⁶, se pur – per quanto riguarda quest'ultima – con successivi controversi ripensamenti espressi nelle più recenti pronunce³⁷. Non solo, dovendo attribuirsi alle sentenze della Corte di Giustizia UE –

³³ Per una disamina delle variegate decisioni di merito nazionali intervenute successivamente alla citata sentenza della Corte UE, 2 marzo 2021, H.K., cfr. Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo n. 55/21, "Relazione su novità normativa. Misure urgenti in tema di acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico ai fini di indagine penale", 13 ottobre 2021, §4 e ss.

³⁴ In base alla quale le sentenze della Corte hanno carattere dichiarativo e spiegano di regola i loro effetti *ex tunc*, e sono quindi vincolanti anche rispetto alle situazioni pregresse sorte prima della sentenza, purché non ancora esaurite (Cfr. Corte di Giustizia UE, 27.3.1980, Causa 61/79).

³⁵ Cfr. da ultimo, Cass. Pen. 17.5.2019 n. 13425, nella quale si è, in particolare, affermato che alle sentenze dei giudici europei "vada attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario [...] con [conseguente] efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità".

³⁶ A partire dalle sentenze n. 113/85 e 389/89, nelle quali si è affermato che «le statuizioni interpretative della Corte di giustizia delle comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni».

³⁷ Cfr., al riguardo, il noto "*obiter dictum*" della sentenza della Corte Cost. 269/17, nel quale si era affermato che "laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale" (§ 5.2. del Considerato in diritto) [per una prima applicazione, cfr. Cass. sez. II civile, 16.2.2018 n. 3831, annotata da D. TEGA, "Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione", 12 marzo 2018, in www.questionegiustizia.it]. Soluzione, quest'ultima, che con la successiva pronuncia della Corte Costituzionale n. 20/2019 è stata estesa anche alle ipotesi di contrasto della norma interna rispetto alle fonti di diritto europeo derivato (es. direttive), oltre che primario, alla sola condizione che la norma europea rispetto alla quale si ipotizza la incompatibilità si presenti in connessione con diritti tutelati dalla Carta; così trasformando sostanzialmente l'eccezione prevista dalla pronuncia della Consulta n. 269/17 in regola, con inevitabili ripercussioni sull'effettività del principio del "primato" del diritto dell'Unione. Orientamento poi

quale interprete esclusivo e qualificato del diritto eurounitario – «il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità»³⁸, si ritiene che le stesse producano effetti anche in relazione a rapporti giuridici sorti e sviluppatasi prima della sentenza interpretativa, purché non esauriti³⁹, fatta salva – come anche ribadito dalla sentenza in commento – la possibilità della Corte adita in via pregiudiziale, ma non del giudice nazionale, di poter differire o comunque sospendere provvisoriamente gli effetti della declatoria di invalidità della norma nazionale riconosciuta incompatibile⁴⁰.

In via teorica, l'art. 132 Codice Privacy non potrebbe dunque più trovare applicazione da parte del giudice nazionale nella misura in cui consente – in contrasto con l'indirizzo interpretativo espresso dai giudici eurounitari – una conservazione “generalizzata e indiscriminata” dei dati relativi al traffico incompatibile con il principio di “proporzionalità” e di “stretta necessità” – di talché le richieste di autorizzazione di acquisizione e di utilizzazione di dati relativi a comunicazioni elettroniche formulate sulla base di tale norma andrebbero fin da ora respinte, in quanto formulate sulla base di una disposizione normativa da ritenersi illegittima in quanto in contrasto con i principi dell'Unione.

Peraltro, nel caso concreto, ad escludere una disapplicazione *ipso facto* dell'art. 132 militerebbe la ragionevole considerazione che le statuizioni interpretative della Corte, in tema di divieto di conservazione generalizzata e indifferenziata, non sono di per sé idonee a trovare applicazione in via immediata e diretta nell'ordinamento italiano per “difetto di determinatezza” e necessitano in realtà di un intervento legislativo. Sicché – in attesa di quest'ultimo – potrebbe continuare a trovare applicazione l'attuale art. 132 Codice Privacy nella versione vigente⁴¹.

di nuovo corretto nella successiva ordinanza n. 117/19, nella quale si è riaffermato il contestuale dovere per il giudice nazionale – ricorrendone i presupposti – “di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta” (§2 Considerato in diritto) (Cfr. per un'ampia disamina sul punto, A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, 6 febbraio 2020, in www.questionegiustizia.it).

³⁸ Cass. Sez. 5, 11.12.2012, n. 22577; cfr. Cass. 2.3.2005 n. 4466 e Cass. 30.08.2004 n. 17350.

³⁹ Ipotezzabile allorché sia maturata una causa di prescrizione o decadenza.

⁴⁰ Punto 97.

⁴¹ Tale argomentazione è stata alla base di molte pronunce di legittimità in tema di “data retention” ed è stata altresì utilizzata dal Gip (dott. Savio) del Tribunale di Roma, in un'ordinanza del 5.5.21, in epoca antecedente alla riforma dell'art. 132 Codice Privacy, per motivare il provvedimento di non luogo a provvedere sulla richiesta del pubblico ministero (con la quale si richiedeva l'autorizzazione a disporre l'acquisizione dei dati esterni alle comunicazioni relativi a talune utenze specificatamente indicate nel provvedimento), successivamente alla pronuncia della Corte di Giustizia europea n. 746/2018 del 2.3.21: il tal caso il giudice sostenne che, pur condividendosi che ai principi espressi nelle sentenze CGUE “vada attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità” (così: Cass. 17 maggio 2019, n. 13425; e v. anche Cass. n. 22577/ 2012)... tale valore di fonte del “significato e dei limiti di applicazione” delle norme comunitarie, proprio delle sentenze della CGUE, possa determinare l'efficacia immediata e diretta delle interpretazioni che indicano solo laddove per effetto di tali interpretazioni non residuino negli istituti giuridici regolati concreti problemi applicativi e profili di discrezionalità che richiedano

A sostegno di tale decisione si potrebbe infatti osservare che le indicazioni fornite dalla Corte UE per orientare l'attività di preventiva identificazione delle persone che presentino una connessione, almeno indiretta, con atti di criminalità grave (specie nella sentenza del 5 aprile 2022) non contengano in realtà obblighi chiari, precisi e incondizionati⁴² che possano consentire ai giudici nazionali di darvi efficacia immediata, trattandosi di meri suggerimenti di carattere esemplificativo forniti ai legislatori nazionali.

È d'altra parte la stessa Corte UE che rimanda ai legislatori degli Stati membri l'adozione di una norma nazionale che definisca e che declini concretamente i criteri distintivi di natura personale o geografica o comunque gli altri criteri oggettivi e non discriminatori, sulla base dei quali dovranno essere previamente identificati tali soggetti, venendo al contempo ad escludere che i giudici nazionali possano di loro iniziativa fare ricorso ad interpretazioni "creative" dirette a generare criteri discrezionali modellati sulle esigenze del caso concreto, in contrasto con le stesse indicazioni della Corte.

Se da un lato, pertanto, non vi sarebbero le condizioni per l'immediata disapplicazione dell'art. 132 Codice Privacy, dall'altro lato, nelle more dell'intervento del legislatore nazionale, sussiste il serio dubbio che il giudice penale possa continuare ad applicare detta norma così com'è, attesa la sua evidente incompatibilità sostanziale con i principi statuiti in sede eurounitaria in tema di conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche.

In particolare, sembra doversi escludere l'applicazione dell'attuale art. 132 nella sua attuale versione mediante la ricerca, da parte del giudice nazionale, di contingenti soluzioni interpretative il più possibili conformi con il diritto UE⁴³, proprio in ragione del fatto che – stante l'indeterminatezza del *dictum* eurounitario – ciò potrebbe non solo integrare una violazione della riserva assoluta di legge che vige in questa materia⁴⁴, ma produrre altresì effetti discriminatori connessi alle differenti scelte discrezionali che verrebbero inevitabilmente operate nei singoli casi.

necessariamente l'intervento del legislatore nazionale, e ciò tanto più laddove si tratti di interpretazione di norme contenute in Direttive" (G.i.p. Roma, in questa Rivista, 5 maggio 2021, con nota di A. MALACARNE, [Ancora sulle ricadute interne della sentenza della Corte di Giustizia in materia di acquisizione di tabulati telefonici: il G.i.p. di Roma dichiara il "non luogo a provvedere" sulla richiesta del p.m.](#)).

⁴² Sulla scorta delle medesime argomentazioni è stata concordemente esclusa dalla giurisprudenza nazionale (ivi compresa quella di legittimità: cfr. per tutti Cass. sez. 2, 2.7.2021, Avran) l'immediata applicabilità delle statuizioni della Corte UE del 2 marzo 2021 n. 746/18, nelle more della riforma normativa dell'art. 132 Codice Privacy intervenuta qualche mese più tardi.

⁴³ L'obbligo dell'interpretazione conforme della normativa nazionale al diritto dell'Unione, affermato a più riprese nella giurisprudenza eurounitaria implica il dovere per il giudice nazionale di adoperarsi, nell'ambito della sua discrezionalità, per scegliere tra più interpretazioni possibili, quella che consenta di adempiere al meglio agli obblighi imposti dalla normativa sovranazionale. Esso trova però un limite laddove la norma interna appaia assolutamente incompatibile con quella dell'Unione.

⁴⁴ La questione era già stata sollevata dalla dottrina, in seguito alla pronuncia della già ricordata sentenza della Corte di Giustizia UE, 2.3.21: cfr. sul punto, F. RINALDINI, "Data retention e procedimento penale. Gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia nel caso H.K. sul regime dell'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: urge l'intervento del legislatore", in *Giurisprudenza penale web*, 2021, 5.

La questione relativa ai rapporti tra normativa interna e normativa sovranazionale (sprovvista di efficacia immediata) in un caso siffatto è indubbiamente complessa e meriterebbe uno specifico e separato approfondimento⁴⁵, tenuto altresì conto dell'evidente valore investigativo di questa tipologia di dati – che spesso (come, ad esempio, accade nei processi per reati di abuso di mercato, ma non solo) costituiscono l'unico (o quasi) concreto elemento d'accusa – e della indubbia necessità di non paralizzare l'attività di accertamento dei reati.

Provando ad immaginare in questa sede alcune possibili opzioni, nella vigenza dell'attuale art. 132 Codice Privacy, il giudice nazionale (ad es. eventualmente investito di domande dirette a dichiarare irricevibili elementi di prova ottenuti sulla base di tale norma) potrebbe fondatamente decidere – non essendo obbligato a disapplicare tale previsione legislativa (per “difetto di determinatezza” delle statuizioni dei giudici UE), ma trovandosi nella condizione di non poter continuare ad applicarla così com'è per le ragioni di cui s'è detto – di sospendere ogni pronuncia e, senza alcuna precedenza necessaria⁴⁶, scegliere di formulare una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia o sottoporre la norma al vaglio di legittimità costituzionale della Consulta (per violazione degli artt. 11 e 117, 1° comma, Cost), per valutare la sussistenza di un contrasto insanabile della stessa con il diritto dell'Unione. Una strada alternativa, in attesa dell'intervento del legislatore nazionale, potrebbe invece essere quella di fare rimando in via transitoria ai principi espressi dall'orientamento eurounitario quanto alle condizioni di utilizzabilità di elementi di prova acquisiti in forza di una norma riconosciuta contraria al diritto dell'Unione, sebbene in questo caso la norma nazionale “sospetta” (*id est*: l'art. 132 Codice Privacy) non sia stata (ancora) oggetto di una declaratoria di incompatibilità.

Come già evidenziato (cfr. supra par. 2.2.2.), nel caso esaminato dalla sentenza in commento, la Corte risponde al giudice del rinvio francese, che lo interrogava sugli effetti che la eventuale declaratoria di invalidità avrebbe potuto produrre sull'ammissibilità delle prove prodotte contro i ricorrenti nei procedimenti penali principali, rinviando sul punto al consolidato indirizzo già espresso al riguardo in precedenti pronunce⁴⁷.

In proposito, val la pena ricordare come nelle precedenti decisioni dei giudici dell'Unione si sia più volte affermata in via di principio l'autonomia procedurale degli

⁴⁵ Per un'analisi approfondita dei risvolti giuridici e applicativi connessi ai rapporti tra l'art. 132 Codice Privacy e il diritto UE si rinvia a S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, vol I, pp. 760 e ss.

⁴⁶ Sulla base delle più recenti sentenze della Corte Costituzionale sembra infatti essere stato ormai superato l'*obiter dictum* della sentenza della Corte medesima n. 269/17 (cfr. nota 37), sulla base del quale si faceva discendere – in caso di doppia pregiudizialità – un regime di precedenza necessaria del giudizio indicidentale di costituzionalità nel caso di diritti tutelati sia dalla Costituzione italiana, sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: la scelta in ordine al rimedio più opportuno, costituzionale o eurounitario, sembra ora rimessa sostanzialmente alla esclusiva discrezionalità del giudice nazionale, senza alcuna priorità (diffusamente sul punto cfr. A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, cit.).

⁴⁷ Punto 105 e ss.

Stati membri nel definire il regime di acquisizione delle prove nel processo penale, rimarcando – anche in vicende similari a quelle qui esaminate – come una siffatta garanzia abbia lo scopo di riservare al diritto nazionale la competenza esclusiva a determinare le regole processuali relative all’ammissibilità e alla valutazione di informazioni ed elementi di prova ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati in questione, contraria al diritto dell’Unione⁴⁸. Ciò però a condizione che dette regole non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell’Unione (principio di effettività)⁴⁹.

In particolare, per quanto riguarda il principio di effettività, si è precisato che quest’ultimo ha come obiettivo *“di evitare che informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo arrechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso dei reati”*; obiettivo che, secondo i giudici dell’Unione, può essere raggiunto *“non solo mediante un divieto di utilizzare informazioni ed elementi di prova siffatti, ma anche mediante norme e prassi nazionali che disciplinino la valutazione e la ponderazione delle informazioni e degli elementi di prova, o addirittura tenendo conto del loro carattere illegittimo in sede di determinazione della pena”*. Con l’ulteriore precisazione che *“la necessità di escludere informazioni ed elementi di prova ottenuti in violazione delle prescrizioni del diritto dell’Unione deve essere valutata alla luce, in particolare, del rischio che l’ammissibilità di informazioni ed elementi di prova siffatti comporta per il rispetto del principio del contraddittorio e, pertanto, del diritto ad un processo equo”*⁵⁰.

Il giudice nazionale, pur non spogliandosi della sua autonomia discrezionale, dovrà dunque necessariamente assicurare il rispetto di tali prescrizioni, che costituiscono la condizione vincolante imposta agli Stati membri dalla Corte UE per consentire l’effettiva tutela delle libertà fondamentali riconosciute dal diritto dell’Unione.

Ne discende che, come ricordato anche dalla sentenza in commento, in virtù di tale indirizzo interpretativo l’ammissibilità e la valutazione delle prove raccolte sulla base di una norma dichiarata incompatibile dovrà essere sì condotta sulla base di quanto previsto dalla normativa nazionale, ma dovranno indefettibilmente escludersi – da parte del giudice penale – quelle che siano state acquisite senza che i soggetti interessati abbiano potuto interloquire e formulare le proprie considerazioni, nonché esercitare le rispettive facoltà difensive sul merito delle informazioni ivi contenute, sulla genuinità e

⁴⁸ Corte Giustizia UE, 2 marzo 2021, Prokuratuur, C-746/18, EU:C:2021:152, punto 4; Corte Giustizia UE, 6 ottobre 2020, La Quadrature du Net e a., C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 222.

⁴⁹ Ancora, sul punto, Corte Giustizia UE, 2 marzo 2021, Prokuratuur, C-746/18, EU:C:2021:152, punto 42; Corte Giustizia UE, 6 ottobre 2020, La Quadrature du Net e a., C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 223 (per la giurisprudenza precedente, cfr. sentenze del 6 ottobre 2015, Târșia, C-69/14, EU:C:2015:662, punti 26 e 27; del 24 ottobre 2018, XC e a., C-234/17, EU:C:2018:853, punti 21 e 22 e giurisprudenza citata, e del 19 dicembre 2019, Deutsche Umwelthilfe, C-752/18, EU:C:2019:1114, punto 33).

⁵⁰ Corte Giustizia UE, 2 marzo 2021, Prokuratuur, C-746/18, EU:C:2021:152, punto 43 e 44.

autenticità delle stesse, nonché in ordine alla legittimità della loro acquisizione⁵¹, rimanendo comunque nella libertà del giudice di apprezzarne l'efficacia probatoria rispetto al caso esaminato al fine di garantire un equo processo.

Ricorrendo all'applicazione estensiva di tali principi (nelle more di un intervento quanto mai opportuno del legislatore italiano), in sede di richiesta di acquisizione nel processo penale (ad es. da parte del Pubblico Ministero) dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche già ottenuti dai fornitori dei servizi in base al vigente art. 132 Codice Privacy, il giudice nazionale dovrebbe pertanto in prima battuta farsi garante – a beneficio delle parti interessate – dell'effettivo esercizio dei diritti difesa rispetto all'assunzione di tali elementi di prova, assicurando che dette parti abbiano potuto, nel pieno rispetto del contraddittorio, formulare le rispettive eccezioni per opporsi all'utilizzo in giudizio degli stessi, nonché esercitare il diritto alla prova contraria mediante il controesame degli eventuali testi dell'accusa e l'assunzione delle relative prove a discarico per contestarne il valore probatorio (ad es. mediante l'audizione di testimoni o consulenti tecnici, ecc.).

Nondimeno, estendendo il ragionamento interpretativo oltre i confini delineati dagli stessi giudici erounitari, in sede di valutazione degli elementi prova ottenuti sulla base dell'art. 132 Codice Privacy potrebbe altresì ritenersi praticabile (e legittima) la decisione del giudice nazionale, che – proprio al fine di assicurare l'effettivo rispetto del principio dell' "equo processo" (evocato dalla Corte UE come presidio di garanzia e che trova espressa tutela sia nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁵², sia nell'art. 111 della Costituzione), nonché in applicazione delle stesse regole processuali nazionali (che sanciscono il divieto di dare ingresso nel processo penale a prove acquisite *contra legem*) – giunga fino ad affermarne la sopravvenuta inutilizzabilità (pur in assenza nell'ordinamento giuridico nazionale di una siffatta ipotesi di inutilizzabilità dei dati relativi al traffico telefonico), in quanto ottenuti sulla base di una norma nazionale che, quantomeno dopo la pronuncia in commento o, addirittura, di quella "gemella" dell'aprile 2022, deve ora considerarsi incompatibile con i principi fondamentali di "proporzionalità" e di "stretta necessità" affermati dal diritto dell'Unione. O che, in alternativa, ne affermi quantomeno, nell'ambito del suo libero apprezzamento, un'efficacia probatoria limitata in assenza di ulteriori riscontri⁵³. E tale valutazione non

⁵¹ Cfr. punto 106. Nello stesso senso già Corte di Giustizia UE (Sezione Grande), 6 ottobre 2020, *Quadrature du net* e a., punti 226 e 227.

⁵² Un utile riferimento interpretativo, quanto all'applicazione del principio del giusto processo in tema acquisizione di prove *contra legem*, è costituito dal documento "*Guida sull'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Diritto a un processo equo (profilo penale)*", versione aggiornata al 30 aprile 2022, che contiene previsioni specifiche anche in tema di "Utilizzo delle prove" (cfr. §5).

⁵³ Quest'ultima è stata, d'altra parte, la soluzione accolta dal legislatore nazionale con la disciplina transitoria adottata (in deroga al principio del *tempus regit actum*) successivamente alla conversione in legge del decreto legge n. 132/2021 di riforma dell'art. 132 Codice Privacy, con riferimento ai tabulati di traffico acquisiti prima del 30 settembre 2021, in base a decreto motivato del pubblico ministero (modalità legittima secondo la legge in precedenza vigente), la cui utilizzabilità è stata appunto normativamente ammessa quale elemento di prova a carico dell'imputato solo "unitamente ad altri elementi di prova", sulla considerazione che gli stessi non possono da soli fondare un giudizio di colpevolezza.

è dubbio che dovrebbe essere estesa anche alle prove acquisite dall'autorità amministrativa (nella specie: Consob) nell'esercizio dei poteri investigativi ad essa conferiti dalla normativa sovranazionale in tema di abusi di mercato e poi confluite nel fascicolo delle indagini del pubblico ministero. Come già ricordato (cfr. supra par. 2.2.1.), infatti, la Corte UE ha chiarito espressamente che le disposizioni della direttiva 2002/58 (interpretata alla luce dei principi eurounitari) sono da ritenersi applicabili anche alle registrazioni dei dati di traffico e relativi all'ubicazione detenute dagli operatori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico e che, ai sensi dell'art. 11 della direttiva 2003/06 e dell'art. 22 del regolamento 596/2014 possono essere richiesti dalle autorità competenti in materia finanziaria ai fini dell'esercizio dei poteri loro conferiti ed è in tale contesto normativo che vanno ricercate le linee-guida in materia di conservazione – e più in generale, di trattamento – dei dati personali. Sicché – come anche chiarito dalla sentenza in commento – in nessun caso l'applicazione delle misure disciplinate dalla direttiva 2003/06 e dal regolamento n. 596/2014 in tema di abusi di mercato possono pregiudicare la protezione dei dati personali conferita ai sensi della direttiva 2002/58⁵⁴.

Si è ben consapevoli che, nelle more dell'auspicabile futuro intervento del legislatore, le sopra prospettate soluzioni interpretative “eurounitariamente orientate” saranno difficilmente accolte nella prassi giurisprudenziale nazionale, considerati alcuni ostacoli precedenti in termini (in epoca ante riforma dell'art. 132 Codice Privacy⁵⁵) e la più generale resistenza mostrata fino ad oggi dalle autorità giurisdizionali italiane a recepire i “propulsivi” orientamenti provenienti dalle decisioni dei giudici dell'Unione rispetto al regime normativo della conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche.

Non può però non riconoscersi come sia necessario cercare di individuare fin d'ora un *modus operandi* per l'interprete rispetto a un quadro di futura incertezza che potrebbe anche protrarsi per lungo tempo e che, al contempo, consenta di non lasciare di fatto “lettera morta” le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia a tutela di libertà fondamentali, quali quelle del diritto alla vita privata e alla riservatezza, che sono ormai universalmente riconosciute come garanzie irrinunciabili per l'esistenza di una

⁵⁴ Punto 84.

⁵⁵ Per un'eccezione difensiva di inutilizzabilità, sotto il profilo della violazione dell'art. 191 c.p.p., connessa alla incompatibilità della norma nazionale rispetto agli indirizzi interpretativi della Corte UE – sollevata alla luce delle innovative statuizioni della nota sentenza della Corte UE del 2 marzo 2021, n. 746/18 (caso H.K. c. Prokutaratur), con specifico riferimento all'acquisizione di tabulati telefonici avvenuta sulla base dell'art. 132 Codice Privacy nella versione ante riforma 2021, in assenza di autorizzazione da parte del giudice (all'epoca requisito non previsto da detta norma) – si veda, da ultimo, la decisione del T. Milano sez. VII penale, ord. 22.4.21, in questa *Rivista*, con scheda di V. TONDI, [La disciplina italiana in materia di data retention: a seguito della sentenza della Corte di Giustizia UE: il Tribunale di Milano nega il contrasto con il diritto sovranazionale](#), nella quale, facendo leva sui numerosi precedenti pronunciati sul punto dalla giurisprudenza di legittimità (anche prima della menzionata sentenza del 2021), si è motivato il rigetto – fra le altre argomentazioni addotte – sull'insussistenza nell'ordinamento giuridico italiano di una siffatta ipotesi di inutilizzabilità connessa all'acquisizione dei dati di traffico di cui all'art. 132 Codice Privacy.

società effettivamente democratica e che, per tale motivo, devono essere assicurate in tutta l'area UE di cui anche lo Stato italiano è parte.

5. Conclusioni: una questione sempre aperta.

L'orientamento interpretativo sviluppatosi nella giurisprudenza eurounitaria in senso sempre più garantista quanto alla disciplina della cd. *data retention* (iniziato con la dichiarazione di invalidità della direttiva 2006/24/CE e proseguito con una serie di successive articolate pronunce, l'ultima delle quali quella in commento) mostra come la tutela delle libertà soggettive connesse alla protezione dei dati personali e della riservatezza continui a rappresentare – per il diritto eurounitario – una prerogativa fondamentale e imprescindibile, anche a fronte delle insopprimibili esigenze connesse al corretto funzionamento del mercato digitale e alla tutela della sicurezza pubblica, che spingono invece per conquistare spazi sempre più ampi nella dimensione privata delle persone.

In un'epoca in cui il processo di digitalizzazione dei rapporti, sempre più sofisticato e al contempo irrinunciabile, è oggetto di una crescita esponenziale, il rischio di attacchi e lesioni sempre più invasivi alla sfera soggettiva è dietro l'angolo e non si può pertanto che condividere la preoccupazione dei giudici eurounitari quando affermano che *“L'Internet ha sconvolto le tradizionali strutture del mercato fornendo un'infrastruttura mondiale comune per la fornitura di un'ampia serie di servizi di comunicazione elettronica. I servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico attraverso l'Internet aprono nuove possibilità agli utenti ma rappresentano anche nuovi pericoli per i loro dati personali e la loro vita privata”*⁵⁶.

Sotto questo profilo, il ruolo propulsivo della Corte di Giustizia UE nel tracciare in modo rigoroso la giusta traiettoria da seguire da parte degli Stati membri in un'ottica di armonizzazione è quindi da accogliere certamente con estremo favore, a fronte delle nuove sfide che l'ampliarsi della dimensione digitale continua a sollevare nella società contemporanea (con particolare rilievo nel settore delle comunicazioni elettroniche), sollecitando un'inevitabile revisione della concezione del diritto alla riservatezza tradizionalmente legato alla dimensione fisica dell'individuo.

In particolare, gli sforzi interpretativi profusi negli ultimi anni dalla Corte di Giustizia UE alla ricerca di un equo bilanciamento tra l'interesse individuale alla protezione dei dati personali, da un lato, e l'interesse pubblico alla prevenzione e accertamento dei reati, dall'altro, lasciano intendere come la questione – slegata da vincoli spaziali e avvertita come decisiva in tutto l'ambito eurounitario – non possa trovare in realtà una soluzione definitiva con efficacia generalizzata, ma debba essere invece affrontata caso per caso nell'ambito della cornice disegnata dai principi elaborati in sede sovranazionale con funzione uniformante per tutti gli Stati membri.

⁵⁶ Cfr. Corte di Giustizia UE, 5 aprile 2022, Commissioner of the Garda Síochána, Causa C-140/20, punto 3.

Nella gestione dei rapporti tra diritto interno e ordinamento sovranazionale, in particolare, il principio di “proporzionalità”, nelle sue differenti declinazioni, è assunto come criterio guida a cui i legislatori nazionali devono guardare come “l’ago della bussola” per ricercare – nell’adozione di normative interne restrittive dei diritti fondamentali connessi alla tutela della vita privata – l’effettivo punto di equilibrio a difesa di trattamenti eccessivamente invasivi, tenendo di volta in volta in debita considerazione, sulla base di una valutazione concreta del rischio effettivo di compromissione dei diritti degli interessati, l’entità dell’ingerenza che consegue all’adozione della misura prescelta, da un lato, e l’importanza delle finalità alle quali la stessa è preordinata, dall’altro.

Ed è proprio alla luce di tale principio – e della sua applicazione nelle più recenti pronunce della Corte di Giustizia UE – che il legislatore italiano dovrà verosimilmente rivedere quanto prima (come già accaduto nel 2021) l’ambito di applicazione della normativa nazionale (e segnatamente dell’art. 132 Codice Privacy) concernente la conservazione e l’acquisizione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche, al fine di uniformarsi ai più recenti indirizzi interpretativi sovranazionali che ritengono non compatibile con il diritto eurounitario una conservazione “generalizzata e indifferenziata” dei dati di traffico e dei dati relativi all’ubicazione per finalità di contrasto dei reati.

Peraltro, è ragionevole ritenere che il “cammino interpretativo” della Corte di Giustizia rispetto a questo tema proseguirà e potrà conoscere in futuro anche ulteriori sviluppi.

LA TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI TRA LOGICHE D'AUTORE E PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

*Nota a App. Milano, Sez. II pen., ud. 25 maggio 2021, dep. 17 novembre 2021,
n. 4090, Pres. Rel. Rosa Luisa Polizzi,
e a Cass., Sez. VI, ud. 31 marzo 2022, dep. 28 ottobre 2022,
n. 41094, Pres. Giorgio Fidelbo, Rel. Pietro Silvestri*

di Gaia Donati

Chiamate a decidere su una vicenda di turbata libertà degli incanti di ampia risonanza mediatica, la Corte d'Appello di Milano e la Corte di Cassazione pronunciano due sentenze meritevoli di particolare interesse per la qualità delle riflessioni sui fondamenti del diritto penale, nonché per la sensibilità nel preservarsi da forme di diritto penale dell'autore e nell'attenersi al principio di offensività. Benché il verdetto assolutorio di secondo grado sia stato annullato con rinvio per vizio di motivazione, entrambe le decisioni, riguardanti soggetti accusati di aver influenzato la gara per l'affidamento in concessione del servizio di gestione di un impianto sportivo comunale, convergono nel ritenere l'irrilevanza della mera irregolarità formale a integrare l'offesa ai beni giuridici tutelati. La nota di commento ricostruisce i principali profili di contrasto giurisprudenziale inerenti alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 353 c.p. e si sofferma sulle soluzioni proposte dai giudici milanesi e dai magistrati di legittimità, dedicando speciale attenzione a una lettura evolutiva del principio di offensività.

SOMMARIO: 1. Contro «ogni lettura indotta da impostazioni soggettive». – 2. La controversa individuazione del bene giuridico tutelato dall'art. 353 c.p. – 3. Le «collusioni» nel variegato quadro delle modalità di aggressione. – 4. Il problema dell'evento. – 5. Il ruolo ermeneutico dell'offensività secondo la Corte d'Appello di Milano. – 6. Obbligo di motivazione rafforzata e confini tra art. 353 e art. 353-bis c.p. nella sentenza di legittimità. – 7. Alcune osservazioni conclusive, per una lettura delle fattispecie alla luce del principio di offensività.

1. Contro «ogni lettura indotta da impostazioni soggettive».

«Una interpretazione costituzionalmente orientata e conforme in particolare al principio di offensività deve illuminare il giudizio».

Sembra essere questo il filo comune che attraversa le sentenze della Corte d'Appello di Milano e della Corte di Cassazione su una vicenda di turbata libertà degli incanti di ampia risonanza mediatica. Benché il verdetto assolutorio di seconde cure sia

annullato con rinvio per vizio motivazionale, entrambe le pronunce si rivelano di particolare rilievo per la qualità delle riflessioni sui fondamenti del diritto penale, oltre che per la sensibilità mostrata nel volersi preservare da scivolamenti verso un diritto penale dell'autore¹.

La vicenda sulla quale si sono pronunciate le decisioni *de quibus* offre uno scenario articolato e complesso, che conferma come la «tipicità precaria e “umbratile”»² dei reati posti a presidio degli appalti pubblici li esponga al rischio di ampie escursioni interpretative e di approcci soggettivistici, condizionati dal dibattito pubblico.

S.U., C.M., L.P. e G.D. venivano rinviati a giudizio ai sensi degli artt. 110 e 353 c.p. per avere, in concorso tra loro, con collusioni e altri mezzi fraudolenti, turbato la gara per l'affidamento in concessione del servizio di gestione di un impianto sportivo comunale. Si contestava, in particolare, a S.U. (sindaco di L.), a C.M. (consigliere della società partecipata S.L.), a L.P. (procuratore speciale del medesimo ente) e a G.D. (responsabile *ex art. 5 l. n. 241/1990*), di aver influito indebitamente, abusando delle rispettive qualità, sul procedimento amministrativo per la determinazione del bando, concordandone e predisponendone il contenuto in modo da evitare la partecipazione di altri soggetti potenzialmente interessati e da garantire la aggiudicazione a S.L.

Il giudice di primo grado, pur riconoscendo che la soluzione adottata al termine della procedura era soddisfacente dell'interesse pubblico a offrire la migliore prestazione possibile ai cittadini, perveniva a un giudizio di condanna, ravvisando nell'operato del sindaco e nelle diverse interlocuzioni tra gli imputati una interferenza penalmente rilevante *ex art. 353 c.p.*

Investita della questione, la Corte d'Appello di Milano, in accoglimento dei motivi proposti e in riforma della gravata sentenza, assolve S.U., C.M., L.P. e G.D. dal reato loro ascritto perché il fatto non sussiste. Spiegano i giudici di secondo grado come la turbativa non ricorra in presenza di qualsiasi disordine relativo alla tranquillità della gara, dovendosi configurare una lesione (anche solo potenziale) ai beni giuridici protetti. A tale necessità di non punire indiscriminatamente le mere irregolarità formali si perviene nel momento in cui i profili di rilevanza penale vengano analizzati scevri da «ogni lettura indotta da impostazioni soggettive, non immuni da una polemica politica o locale».

È doveroso precisare come la pronuncia milanese sia stata, recentemente, annullata con rinvio da parte della Corte di Cassazione. I magistrati di legittimità hanno ritenuto che in seconde cure si sia incorsi in un vizio di motivazione, poiché sarebbe stato omesso un adeguato confronto con il ragionamento probatorio sviluppato dal Tribunale e violato l'obbligo di motivazione rafforzata, che si impone ogniqualvolta si ritenga di riformare il *decisum* di primo grado. Viene censurata, in particolare, l'omissione di una effettiva verifica circa l'integrazione di una condotta perturbatrice da parte degli

¹ Su questo tema si vedano, *ex multis*, AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, 2007; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 735 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 4, pp. 666 ss.

² V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1143.

imputati e circa l'idoneità della stessa a influenzare l'andamento della gara e a ledere le situazioni tutelate.

Poiché gli stessi giudici di legittimità hanno mostrato, tuttavia, di condividere le conclusioni proposte dalla Corte d'Appello circa la lettura degli elementi costitutivi dell'art. 353 c.p. alla luce del principio di offensività, merita esaminare congiuntamente le articolate motivazioni di secondo grado e di legittimità, che esprimono una «posizione di particolare interesse»³ a prescindere dal complessivo esito processuale.

2. La controversa individuazione del bene giuridico tutelato dall'art. 353 c.p.

Al fine di comprendere le soluzioni adottate dalla Corte d'Appello e dalla Corte di Cassazione, è utile sviluppare alcune preliminari considerazioni sul delitto di «turbata libertà degli incanti»⁴, previsto e punito dall'art. 353 c.p. Il delitto *de quo*, che si inserisce, dal punto di vista sistematico, nell'ampia e variegata 'costellazione' delle fattispecie *latu sensu* corruttive, mira ad assicurare una tutela ancillare contro le pratiche affaristiche nel settore dei pubblici appalti e contro la loro possibile degenerazione nel mercimonio del *munus publicum*, improntandosi a nuovo fulcro dei «reati-spia»⁵ dopo la «miniaturizzazione»⁶ dell'abuso d'ufficio⁷.

La disposizione, che punisce «chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti», rinviene la propria *ratio* nel contenimento di fattori distorsivi, che possano inficiare la fase negoziale in cui matura la volontà di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione⁸.

L'incriminazione risulta, tuttavia, inadeguatamente calibrata sui fenomeni criminali che è chiamata a reprimere⁹, denotando una marcata obsolescenza in relazione

³ G. FORTI, *Il fatto di reato e un'idea di diritto penale sostanziale*, in corso di pubblicazione.

⁴ Cfr. A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, in A. Bondi-A. di Martino-G. Fornasari (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, pp. 434 ss.; N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012; G. MARCONI, *Delitti di turbativa delle opere pubbliche (artt. 353, 353-bis e 354 c.p.)*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, pp. 301 ss.; V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999; A.F. MORONE, *La tutela penale delle gare pubbliche*, Torino, 2021; L. PICOTTI, *Il "diritto penale degli appalti pubblici": profili sistematici*, in S. Riondato-R. Borsari (a cura di), *Diritto penale degli appalti pubblici*, Milano, 2012, pp. 63 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche. Artt. 336-360 cod. pen. Commentario sistematico*, Milano, 2015, pp. 241 ss.; S. SEMINARA, sub art. 353, in G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Milano, 2017, pp. 1149 ss.; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, pp. 401 ss.

⁵ V. MANES, *op. cit.*, p. 1143.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*: «Si allude [...] ai reati di turbativa d'asta, che assicurano una protezione ancillare contro dinamiche affaristiche nel settore degli appalti pubblici, contro la possibile degenerazione in pratiche corruttive, quasi atteggiandosi – dopo la “miniaturizzazione” dell'abuso d'ufficio – a nuovi “reati-spia”».

⁸ Cfr. G. MARCONI, *op. cit.*, p. 301.

⁹ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, pp. 434-435.

all'evoluzione della disciplina amministrativa di riferimento e subendo l'«immobilismo»¹⁰ del legislatore, il quale ha mantenuto invariata la formulazione originaria del precetto. Né a porre rimedio ai *deficit* rispetto alla crescente centralità della materia dei pubblici appalti è risultata sufficiente la novella del 2010¹¹, che si è limitata a innalzare sensibilmente i limiti della cornice edittale¹². Il persistente *gap* tra il presidio penalistico e la regolamentazione delle procedure di affidamento alimenta l'attività di supplenza ermeneutica, poiché la magistratura cerca di impedire che l'«anacronismo definitorio»¹³ del codice penale ostacoli il perseguimento del reato.

Sono così molteplici ed eterogenee le questioni interpretative che l'art. 353 c.p. solleva¹⁴, già a partire dall'individuazione del bene giuridico, oggetto di totale difformità di opinioni in dottrina e in giurisprudenza¹⁵. Il corretto inquadramento delle situazioni tutelate si rivela, peraltro, nodale ai fini della ricostruzione della vicenda giurisprudenziale analizzata, contribuendo in maniera determinante a definire i confini degli elementi strutturali del tipo legale¹⁶. La comprensione dell'interesse protetto costituisce, per questa fattispecie ancor più che per altre, un fondamentale «strumento euristico»¹⁷ in rapporto ai termini semanticamente 'elusivi' che colorano il dettato legislativo.

Propedeutico è il rilievo per cui l'attuale collocazione topografica della turbativa d'asta rappresenti il frutto di una precisa *intentio* del legislatore del 1930¹⁸, posto che il codice Zanardelli la inseriva all'art. 299, tra i delitti contro la pubblica fede¹⁹. Se nel 1889 la tutela si incentrava sulla difesa della libera azione delle leggi economiche²⁰ e sul «diritto sociale del commercio»²¹, la diversa *sedes* individuata dal codice Rocco offre un chiaro indice della *voluntas legis*: la disposizione mira alla tutela della pubblica amministrazione²².

Una prima tesi dottrinale²³, suffragata da un consolidato orientamento giurisprudenziale²⁴, proietta l'incriminazione sul bene giuridico dell'ordinato

¹⁰ G. MARCONI, *op. cit.*, p. 301.

¹¹ L. 16 agosto 2010, n. 36, «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia».

¹² Cfr. L. PICOTTI, *op. cit.*, pp. 84-85.

¹³ G. MARCONI, *op. cit.*, p. 302.

¹⁴ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵ Cfr. V. MORMANDO, *op. cit.*, p. 88.

¹⁶ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 16.

¹⁷ *Ibi*, p. 17.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 434.

²⁰ *Ibi*, p. 17.

²¹ R. ROSSI, *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 552.

²² Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 18.

²³ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IV, Torino, 1922, p. 574; A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, p. 528; S. RICCIO, *Incanti e licitazioni (frode negli)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1968, p. 492.

²⁴ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 7 giugno 2017, n. 28266, in *DeJure*: «Nel delitto di turbata libertà degli incanti unico soggetto passivo titolare dell'interesse protetto è la p.a., atteso che il bene giuridico tutelato va individuato nel solo interesse di quest'ultima al regolare svolgimento delle procedure di gara secondo regole

svolgimento dei pubblici incanti e delle licitazioni private. A essere protetto sarebbe l'interesse alla regolarità e alla trasparenza della gara: la risposta sanzionatoria penale interverrebbe in caso di violazione delle regole di funzionamento della sequenza procedimentale, assicurando il rispetto delle previsioni extra-penali²⁵. L'art. 353 c.p. offrirebbe una tutela rafforzata rispetto alla disciplina amministrativa e perseguirebbe il corretto e imparziale sviluppo del meccanismo procedimentale²⁶.

L'esegesi che ricostruisce l'oggettività giuridica esclusivamente in termini di regolarità amministrativa non pare, però, del tutto persuasiva, giacché si ispira a un formalismo che rischia di degenerare in esiti irragionevoli²⁷. Da un lato, infatti, qualsiasi inosservanza delle disposizioni burocratiche interne potrebbe essere ritenuta sintomatica di una turbativa, anche laddove non fosse stata lesa l'aspettativa del soggetto pubblico a selezionare l'offerta più conveniente. Dall'altro, in assenza di specifiche violazioni formali di legge, potrebbe non essere considerato integrato il reato, benché si riscontrino violazioni sostanziali volte a impedire o alterare la selezione dei contraenti.

Secondo un diverso orientamento ermeneutico, ricorrente nelle pronunce della Corte di legittimità²⁸, il bene giuridico presidiato dall'art. 353 c.p. dovrebbe essere identificato con la libertà di partecipare alla gara e di influenzarne conseguentemente gli esiti, in modo da garantire alla pubblica amministrazione il raggiungimento del miglior risultato possibile²⁹. Tale conclusione viene avvalorata attraverso argomentazioni che, partendo dall'attuale collocazione sistematica della disposizione, colgono quale suo fine ultimo quello di punire qualunque condotta lesiva del buon andamento della pubblica amministrazione³⁰.

Un altro indirizzo, che presenta alcuni punti di convergenza con quello da ultimo richiamato³¹, si focalizza sulla libera concorrenza, precisando come a essere protetti siano il reale confronto tra i partecipanti alla gara e la libera formazione delle offerte³². In questa prospettiva, l'esigenza pubblicistica della stipula del contratto alle migliori condizioni viene coniugata con l'aspettativa dei concorrenti dell'aggiudicazione a favore di chi abbia formulato la proposta più vantaggiosa per la pubblica amministrazione. Conferma di tale esito ermeneutico viene rinvenuta nella scelta legislativa di ritenere

concorrenziali, con la conseguenza che il privato che assume di essere danneggiato dal reato non è legittimato a proporre opposizione alla richiesta di archiviazione».

²⁵ Cfr. per un'analisi di tale teoria, N. MADIA, *op. cit.*, p. 19; G. MARCONI, *op. cit.*, pp. 302-303.

²⁶ Cfr. V. MORMANDO, *op. cit.*, p. 89.

²⁷ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 19; V. MORMANDO, *op. cit.*, pp. 90-92.

²⁸ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 8 aprile 2008, n. 15506, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1530; Cass. pen., sez. II, 28 ottobre 2005, in *CED* n. 232845.

²⁹ Cfr., per una sintesi di questa impostazione esegetica, G. MARCONI, *op. cit.*, p. 302; S. SEMINARA, *sub art.* 353, *cit.*, pp. 1149-1150.

³⁰ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 17 luglio 1998, n. 8443, in *Cass. pen.*, 1999, p. 541.

³¹ Cfr. S. SEMINARA, *sub art.* 353, *cit.*, p. 1150.

³² Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 26. Cfr., in giurisprudenza, Cass. pen., sez. II, 27 febbraio 2008, in *CED* n. 239753; Cass. pen., sez. VI, 21 maggio 1995, in *CED* n. 202573; Cass. pen., sez. VI, 16 aprile 1991, in *CED* n. 188414.

integrato il delitto non solo laddove, in forza dell'opera perturbatrice, la gara non abbia luogo, ma anche nel caso in cui ne sia semplicemente turbata la regolarità³³.

Attenta dottrina ribatte, però, che la tutela offerta dall'art. 353 c.p., benché indubbiamente 'ridondi' a vantaggio della libera concorrenza, operi nei confronti dell'interesse particolare dei singoli offerenti solo in via mediata³⁴. Se questo fosse l'oggetto diretto, non si spiegherebbe per quale motivo anche l'alterazione delle licitazioni private, prevista dall'ultimo comma, sia collocata nell'ambito del Titolo II, tra i delitti contro la pubblica amministrazione³⁵.

A fronte di questo orizzonte frastagliato, sempre più la dottrina³⁶ e la giurisprudenza³⁷ tendono a configurare la fattispecie come plurioffensiva, combinando le eterogenee prospettive e qualificando come bene giuridico sia l'interesse del soggetto pubblico alla regolarità procedurale sia quello dei partecipanti alle libere condizioni di accesso e all'imparzialità nella scelta dell'aggiudicatario. La turbata libertà degli incanti tutelerebbe, cioè, la pubblica amministrazione sul piano dell'organizzazione e della direzione delle gare indette dallo Stato o da altro ente pubblico (o da privati, purché dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata)³⁸. Al contempo, nell'assicurare il corretto svolgimento delle procedure, intenderebbe presidiare anche la libera concorrenza e, dunque, il diritto individuale all'uguaglianza competitiva³⁹.

In questa linea si colloca la sentenza della Corte d'Appello qui commentata, la quale ribadisce in modo conciso, ma efficace, la natura plurioffensiva della turbativa d'asta. Riconoscono, segnatamente, i giudici di secondo grado come si tratti di un reato posto a presidio del buon andamento della pubblica amministrazione, al quale accede una ulteriore funzione di protezione della libertà concorrenziale: non sussiste un «interesse fine a se stesso» a garantire la trasparenza della gara, poiché la tutela della regolarità formale salvaguarda il confronto realmente competitivo, a sua volta funzionale al conseguimento da parte della pubblica amministrazione del risultato migliore.

Tale visione è ripresa dalla Corte di Cassazione, secondo cui i beni giuridici protetti dalla disposizione si identificano non solo con la libera concorrenza ma anche con l'interesse pubblico al libero 'gioco' della maggiorazione delle offerte, a garanzia delle prerogative della pubblica amministrazione.

³³ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 27.

³⁴ Cfr. S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 415.

³⁵ Cfr. A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, pp. 527-528.

³⁶ Cfr. M.M. FRANCAZANI, *Il dialogo competitivo: fra concorrenza e turbata libertà degli incanti*, in S. Riondato-R. Borsari (a cura di), *op. cit.*, pp. 41-42; M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 241-242; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 415.

³⁷ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 27 marzo 2007, in CED n. 236618: «Il delitto di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) ha natura plurioffensiva, in quanto oggetto della tutela penale non è solo la libertà di partecipare alle gare nei pubblici incanti, ma anche la libertà di chi vi partecipa di influenzarne l'esito, secondo la libera concorrenza e il gioco della maggiorazione delle offerte». Cfr. anche Cass. pen., sez. II, 8 giugno 2017, in CED n. 270339.

³⁸ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 242.

³⁹ *Ibid.*

3. Le «collusioni» nel variegato quadro delle modalità di aggressione.

Proseguendo nella disamina dell'art. 353 c.p., funzionale a una più consapevole lettura delle pronunce in esame, giova chiarire come la turbata libertà degli incanti reprima modalità alternative di aggressione, purché produttive di un impedimento, di un turbamento o dell'allontanamento degli offerenti.

Prima di analizzare dettagliatamente le diverse configurazioni che la condotta può assumere, si segnala come, secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, il reato sia a evento naturalistico e si consumi, pertanto, solo se sia stato effettivamente prodotto uno dei descritti risultati⁴⁰. In progressivo superamento è l'opposto orientamento che costruisce l'art. 353 c.p. come incriminazione di mera condotta⁴¹: contro tale interpretazione, si sottolinea che l'impedimento, il turbamento e l'allontanamento degli offerenti sono tipizzati quali conseguenze indotte dai contegni incriminati e, pertanto, assurgono a eventi della fattispecie incriminatrice⁴².

Come anticipato *supra*, affinché l'alterazione della gara assuma i connotati dell'illecito penale, è necessario che l'agente impieghi specifici strumenti, tassativamente delineati dal *dictum* legislativo, consistenti in violenza o minaccia ovvero doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti. L'uso di più modalità tra quelle previste non dà vita ad altrettanti reati, essendo le stesse previste in via alternativa e determinando solo un eventuale differimento del momento consumativo⁴³. Poiché, inoltre, i concetti tecnico-amministrativi di 'pubblici incanti' e di 'licitazioni private' abbracciano l'intero *iter* tramite il quale la pubblica amministrazione individua la controparte contrattuale, ogni comportamento tenuto nel lasso temporale compreso tra la pubblicazione del bando e la scelta del contraente e, per un consolidato orientamento giurisprudenziale⁴⁴, anche tutte le attività poste in essere prima del procedimento selettivo sono suscettibili di essere attratte nell'orbita dell'art. 353 c.p.⁴⁵

Nella platea delle condotte tipiche rientra, anzitutto, la «tradizionale accoppiata»⁴⁶ degli atteggiamenti intimidatori, costituita dalla violenza e dalla minaccia. Il primo dei due concetti sconta le consuete difficoltà legate all'assenza di una definizione unitaria, con la conseguenza che si registra un notevole elasticità ermeneutica in relazione alle specificità della fattispecie di volta in volta addebitata⁴⁷. Nel tessuto della turbativa d'asta, cui è sottesa l'esigenza di proteggere l'autonomia

⁴⁰ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 250; S. SEMINARA, *sub art. 353*, cit., p. 1150; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 408. Cfr., per alcune recenti sentenze della Corte di Cassazione che accolgono tale impostazione, Cass. pen., sez. VI, 19 febbraio 2021, n. 6605, in *DeJure*; Cass. pen., sez. V, 4 novembre 2020, n. 30726, in *DeJure*.

⁴¹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 11 ottobre 2016, n. 42965, in *DeJure*.

⁴² Cfr. S. SEMINARA, *sub art. 353*, cit., p. 1150.

⁴³ Cfr. E. ZUFFADA, *sub art. 353*, in E. Dolcini-G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Tomo II, Milano, 2021, p. 1401; G. MARCONI, *op. cit.*, p. 312.

⁴⁴ Cfr. *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2017, in CED n. 269525.

⁴⁵ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, pp. 92-100.

⁴⁶ *Ibi*, p. 100.

⁴⁷ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, pp. 436-437.

risoluzione dei concorrenti al fine del compimento della decisione migliore da parte della pubblica amministrazione, la nozione di ‘violenza’ non si esaurisce nell’estrinsecazione di forza fisica ma si proietta verso qualunque atto costringitivo volto a soggiogare integralmente la libera determinazione della vittima⁴⁸. La minaccia si manifesta, invece, nella prospettazione di una menomazione ventura e ingiusta quale effetto della renitenza alle richieste dell’agente, dalla cui volontà dipende il verificarsi del male medesimo⁴⁹. Le insorgenze minacciose possono assumere i connotati più vari, potendo essere assolute e condizionate, dirette o indirette, palesi o larvate⁵⁰.

Agli antipodi rispetto alle attitudini violente e minacciose, si pongono i comportamenti c.d. blanditivi, miranti a carpire gli altrui favori attraverso la consegna di regali o l’assunzione di impegni⁵¹. I doni si concretano, in particolare, nell’attribuzione di cose mobili o immobili ovvero di qualsiasi altra utilità, dotata di valore economico o comunque suscettibile di conferire un godimento⁵². Costituiscono, di contro, promesse quelle manifestazioni unilaterali di volontà, con cui si offre un vantaggio futuro, vincolandosi anche solo sul piano morale⁵³. Queste ultime devono essere contraddistinte da serietà e da concretezza, così da poter innescare il meccanismo di causalità psichica alla base dell’influenza o dell’allontanamento del concorrente⁵⁴.

Singolare pregnanza assumono, poi, le collusioni, che, come denota l’origine etimologica (dal latino *cum ludere*), rimandano a intese segrete con la parte avversa, finalizzate a conseguire un beneficio⁵⁵. Nell’alveo delle pubbliche gare, esse si configurano quali accordi clandestini, indirizzati a fuorviare o eludere, eventualmente attraverso un contegno omissivo, il regolare svolgimento della gara⁵⁶. Attraverso tale espressione, l’art. 353 c.p. incrimina la predisposizione di concerti occulti tra privati (ovvero tra la persona preposta e un privato offerente) volti a impedire o turbare un pubblico incanto o una licitazione privata⁵⁷.

Onde prevenire possibili lacune repressive, il delitto *de quo* aggiunge conclusivamente il riferimento agli «altri mezzi fraudolenti», da intendersi quali artifici o raggiri in grado di orientare falsamente i concorrenti, effettivi o potenziali, condizionando il genuino andamento della gara⁵⁸. Siffatta modalità aggressiva assolve una patente funzione di ‘chiusura’ del sistema, ricomprendendo ogni attività decettiva

⁴⁸ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, pp. 101-103; G. MARCONI, *op. cit.*, p. 310; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 410.

⁴⁹ Cfr. G. MARCONI, *op. cit.*, p. 310; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 410.

⁵⁰ Cfr. G. MARCONI, *op. cit.*, p. 310; N. MADIA, *op. cit.*, p. 106.

⁵¹ *Ibi.*, p. 113; S. SEMINARA, *sub art. 353*, cit., p. 1150.

⁵² Cfr. A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, p. 532; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 411.

⁵³ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 437; N. MADIA, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁴ Cfr. G. MARCONI, *op. cit.*, p. 311.

⁵⁵ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 128; G. MARCONI, *op. cit.*, p. 311; A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, pp. 532-533; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 411.

⁵⁶ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 30 agosto 2003, n. 37337, in *Cass. pen.*, 2005, p. 479.

⁵⁷ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 438; V. MORMANDO, *op. cit.*, pp. 53-60; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 252; S. SEMINARA, *sub art. 353*, cit., pp. 1150-1151.

⁵⁸ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 252. Cfr., in giurisprudenza, Cass. pen., sez. VI, 25 maggio 2012, in *CED* n. 252790.

intesa a carpire l'altrui buona fede mediante inganno e, dunque, ogni forma di frode⁵⁹. Come argutamente constatato in dottrina, i contorni in apparenza lati di tale ipotesi residuale sono ridimensionati dall'aggettivo utilizzato, grazie al quale possono essere selezionate tipologie criminali ben definite: trattasi della «pur vasta schiera di comportamenti dotati di forza ingannatoria e tendenti al raggirò»⁶⁰, che aspirano a compromettere il corretto svolgimento della gara.

Tanto premesso in merito alle modalità di condotta descritte dall'art. 353 c.p., la sentenza della Corte d'Appello mostra di attenersi scrupolosamente agli orientamenti giurisprudenziali dominanti. I giudici partono dalla constatazione secondo cui, benché la formulazione letterale del precetto possa indurre a configurare il delitto come di mera condotta, l'impedimento o la turbativa si atteggiano quali modificazioni indotte dai contegni incriminati: il reato in questione esige o comunque comporta la realizzazione di un evento.

Detta qualificazione giuridica è condivisa dai giudici di legittimità, secondo cui tale fattispecie incriminatrice è inquadrabile tra i reati di evento, dovendo essere accertato il «verificarsi dell'impedimento della gara o del suo turbamento, e quindi la potenziale incidenza di una simile fraudolenta condotta sul futuro risultato della gara».

La motivazione della Corte d'Appello, non censurata dalla Cassazione, prosegue soffermandosi specificamente sulla collusione, contemplata nella contestazione mossa agli imputati insieme ai generici «altri mezzi fraudolenti». Viene riprodotta, in particolare, la formula 'tralatizia' che la definisce quale «accordo clandestino diretto ad alterare la concorrenza e a influire sul normale svolgimento delle offerte».

4. Il problema dell'evento.

Come già si è rilevato, secondo la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza consolidata, cui si conformano le stesse pronunce in esame, la «condotta realizzata *aut vi aut fraude*»⁶¹ deve rappresentare l'antecedente causale dell'impedimento o del turbamento della gara ovvero dell'allontanamento degli offerenti. Non è sufficiente che il soggetto attivo tenga un comportamento *ex ante* idoneo a incidere sulla procedura, dovendo sussistere altresì uno degli schemi modali in cui può manifestarsi l'evento in senso naturalistico⁶². Occorre che, a fronte del comportamento tenuto dall'agente, non sia stato possibile svolgere o concludere la gara ovvero la stessa si sia svolta o conclusa irregolarmente⁶³.

⁵⁹ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 159; G. MARCONI, *op. cit.*, p. 311; A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, p. 533; S. SEMINARA, *sub art. 353, cit.*, p. 1151.

⁶⁰ N. MADIA, *op. cit.*, pp. 159-160.

⁶¹ G. MARCONI, *op. cit.*, p. 313.

⁶² *Ibid.*; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 250. Cfr. anche N. MADIA, *op. cit.*, pp. 182-188; V. MORMANDO, *op. cit.*, pp. 71-72.

⁶³ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 250. Cfr. Cass. pen., sez. VI, 8 luglio 2013, in CED n. 255625; Cass. pen., sez. VI, 28 gennaio 2011, in CED n. 249553.

Considerando la prima fenomenologia che il legislatore tipizza, si segnala come con il termine «impedimento» si alluda a ogni 'intervallo' temporale, che venga determinato nell'*iter* procedimentale apprestato per la scelta del contraente⁶⁴. Per l'orientamento interpretativo dominante, esso consiste nel mancato svolgimento della competizione nei tempi prestabiliti ovvero nella sospensione della stessa per un periodo apprezzabile⁶⁵. Si ritiene talvolta realizzato tale evento anche laddove la gara sia «preconfezionata»⁶⁶ per mezzo di contegni collusivi o fraudolenti e risulti, pertanto, meramente fittizia.

Assai più problematica risulta la delimitazione del concetto di «turbamento», in quanto il nucleo semantico di tale sostantivo si mostra, già nel linguaggio corrente, vago ed elastico, suscettibile di assorbire una «variegata e difficilmente definibile tipologia di avvenimenti»⁶⁷. Ormai priva di seguito è la prospettazione secondo cui siano essenziali l'alterazione dell'esito della gara e la falsificazione del risultato⁶⁸, evenienze non pretese dal dettato legislativo. Pur a fronte di sfumature ermeneutiche difformi, si riscontra una progressiva concordia nell'individuare l'evento *de quo* in qualunque modificazione dello svolgersi del procedimento, che comprima la libertà o leda il principio di concorrenza, a prescindere dall'effettiva aggiudicazione all'agente⁶⁹. Si richiede, pertanto, che vengano modificate le condizioni che avrebbero operato se non fosse stato falsato il regime concorrenziale e che sia stato conseguentemente posto in pericolo l'«auspicio della pubblica amministrazione di addivenire a una contrattazione giusta e conveniente»⁷⁰.

L'«allontanamento» sembra infine riferirsi alla «defezione»⁷¹ dei concorrenti, nel senso che gli interessati siano illegittimamente indotti a non partecipare a una gara o a non perseverare nel parteciparvi. Controversa è la stessa nozione di «offerente»: a quanti ritengono che sia tale solo chi abbia già fatto un'offerta⁷², si contrappone la diffusa impostazione che include in tale categoria chi si sia messo seriamente nelle condizioni di fare la proposta⁷³ o addirittura chi abbia il serio proposito e la possibilità di partecipare⁷⁴.

⁶⁴ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 440; V. MORMANDO, *op. cit.*, p. 77.

⁶⁵ Cfr. E. ZUFFADA, sub art. 353, cit., p. 1406. Si segnala, in dottrina, la posizione difforme di N. MADIA, *op. cit.*, p. 200, secondo cui «questo termine non è idoneo a descrivere una situazione di semplice intervallo che non sfoci poi in paralisi definitiva del congegno burocratico apprestato per l'individuazione del contraente».

⁶⁶ Cfr. E. ZUFFADA, sub art. 353, cit., p. 1406; Cass. pen., sez. VI, 28 gennaio 2008, in CED n. 239314.

⁶⁷ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 189.

⁶⁸ Cfr., per una risalente pronuncia, Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 1967, in CED n. 106571.

⁶⁹ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 440; G. MARCONI, *op. cit.*, pp. 313-314; E. ZUFFADA, sub art. 353, cit., p. 1407.

⁷⁰ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 193.

⁷¹ *Ibi*, p. 204.

⁷² Cfr. V. MORMANDO, *op. cit.*, pp. 78-79.

⁷³ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, pp. 206-207, il quale precisa tuttavia che tale conclusione non si applica alle gare disciplinate dal d.lgs. n. 163/2006, in quanto in tale ambito opera la definizione normativa di cui all'art. 3 co. 23 (corrispondente oggi all'art. 3 co. 1 lett. cc) d.lgs. n. 50/2016).

⁷⁴ Cfr. S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 413. Cfr. anche Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 2001, n. 8887, in Cass. pen., 2002, p. 1426.

È proprio con riferimento al significato da attribuire al «turbamento», nell'ambito di una procedura per l'affidamento in concessione di servizi, che le sentenze esaminate raggiungono il proprio κλίμαξ motivazionale.

La Corte d'Appello, in particolare, suggella l'*excursus* sui singoli elementi costitutivi della turbata libertà degli incanti, enunciando icasticamente che il giudizio deve ricevere luce da un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme all'offensività. I giudici di seconde cure e, seppure meno esplicitamente, anche quelli di legittimità mostrano di fare proprio l'ormai consolidato orientamento, secondo cui tale principio, oltre a costituire un vincolo per il legislatore al momento della formulazione astratta delle fattispecie, si configura quale criterio interpretativo-applicativo, che impedisce di ricondurre al paradigma punitivo astratto comportamenti privi di attitudine lesiva⁷⁵.

5. Il ruolo ermeneutico dell'offensività secondo la Corte d'Appello di Milano.

Dell'offensività quale criterio ermeneutico la sentenza della Corte d'Appello si fa espressamente 'alfiere'.

Obiettivo dichiarato è quello di ricostruire e di qualificare la vicenda sottoposta ad attenzione senza alcuna influenza dettata dal dibattito politico. Chiara è la cognizione che, laddove vengano in rilievo fattispecie *lato sensu* corruttive che coinvolgono direttamente la sfera mediatico-politica del dibattito pubblico, la repressione criminale rischia di arretrare oltre la soglia della messa in pericolo del bene stesso e di condurre all'incriminazione di un mero *status* soggettivo, senza cogliere la realtà dei fatti e la sostanza dell'oggetto giuridico tutelato⁷⁶. L'ancoraggio al richiamato principio, che costituisce una «declinazione contemporanea del diritto penale del fatto»⁷⁷, impone all'interprete di riferire l'illecito penale a un fatto lesivo o pericoloso, irriducibile a una censura sull'autore o sulla disobbedienza, sul carattere, sulle intenzioni⁷⁸.

È sulla base di questa premessa programmatica che i giudici milanesi si impegnano a 'rileggere' il delitto di turbata libertà degli incanti e, in particolare, l'evento costituito dal turbamento. Esso non costituirebbe una semplice modificazione o alterazione delle condizioni di gara, bensì un'incidenza sfavorevole in relazione agli interessi protetti della disposizione.

Un'esegesi realmente rispettosa del canone dell'offensività impone di confrontarsi con la necessità di non punire le mere irregolarità formali attinenti all'*iter*

⁷⁵ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2020, p. 11.

⁷⁶ Cfr. E. DOLCINI, *Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale*, in S. Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio: atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, p. 211.

⁷⁷ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in A.M. Stile-S. Manacorda-V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, p. 224.

⁷⁸ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Del reato consumato e tentato*, in G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà (a cura di), *op. cit.*, p. 132; M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 229.

procedimentale, irregolarità che dovrebbero, invece, essere idonee a ledere i beni giuridici presidiati, «essendo la tutela della mera regolarità formale dell'asta e della pubblica amministrazione non il bene tutelato dall'art. 353 c.p., ma un presidio per la libera concorrenza, strumentale al perseguimento dell'interesse della P.A.». Il turbamento, allora, non ricorrerebbe in presenza di qualsivoglia disordine relativo alla tranquillità della procedura, dovendosi accertare una lesione, anche solo potenziale, agli scopi perseguiti dal soggetto pubblico e all'aspettativa dei privati di poter partecipare. La prerogativa del buon andamento viene, così, arricchita dalla prospettiva sul «contesto situazionale»⁷⁹, rappresentato dalle «“condizioni” per la sua “migliore soddisfazione”»⁸⁰, e a livello ermeneutico viene immessa una «visione sul funzionamento»⁸¹ della pubblica amministrazione.

Alla luce del principio di offensività, la Corte d'Appello di Milano esclude che, nel caso esaminato, sia occorsa un'alterazione del bando di gara in termini di indebita influenza, non potendosi individuare, nelle conversazioni e nelle comunicazioni acquisite, le modalità collusive contestate. La linea politica seguita da S.U. nell'arco temporale compreso tra la redazione e la pubblicazione risulterebbe, infatti, coerente con il programma elettorale proposto, oltre che rispettosa dei criteri previsti dalla legislazione regionale, difettando qualsiasi sviamento nell'esplicazione del margine discrezionale di intervento per l'esercizio di poteri di indirizzo. L'attività di consulenza svolta da C.M. si rivelerebbe scevra da qualsiasi pressione estranea al perseguimento del pubblico interesse, tanto che perveniva a soluzioni opposte a quella che per la società partecipata S.L. sarebbe stata la «scorciatoia» dell'affidamento *in house*. Se le intercettazioni disposte a carico di L.P. impediscono di riconoscere qualsiasi suo contributo collusivo, la condotta, «certo impropria e per altri profili censurabile», ascrivibile a G.D., consistita nella comunicazione anticipata dell'identità di un partecipante nell'imminenza della scadenza del termine di presentazione, costituirebbe mero *post factum* non punibile e apparirebbe priva di incidenza offensiva, in quanto i sopralluoghi che dovevano precedere l'offerta già consentivano di conoscere gli interessati a concorrere.

È sulla base di siffatte considerazioni che la pronuncia di secondo grado, in «accoglimento delle doglianze principali degli appellanti», riforma la sentenza del Tribunale, ritenendo che i comportamenti contestati non integrino la tipicità del reato di cui all'art. 353 c.p.

6. Obbligo di motivazione rafforzata e confini tra art. 353 e art. 353-bis c.p. nella sentenza di legittimità.

A conclusioni non dissimili, in merito alla necessaria idoneità della condotta a ledere i beni giuridici tutelati, perviene la Corte di Cassazione.

⁷⁹ G. FORTI, *Il fatto di reato e un'idea di diritto penale sostanziale*, cit.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

Il turbamento si manifesterebbe con il disturbo, l'alterazione, lo sviamento del normale andamento del procedimento, onde condizionare la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione. Non occorrerebbe che l'azione tipica determini un danno effettivo alla regolarità della gara, essendo sufficiente che essa produca un «danno mediato e potenziale», costituito dalla possibilità degli atti di influenzare lo svolgimento. Affinché non sia conferita penale rilevanza a qualsiasi contegno perturbatore, il comportamento dovrebbe, però, essere idoneo a porre in pericolo le già richiamate situazioni tutelate dall'art. 353 c.p.

I giudici di legittimità ravvisano, tuttavia, un vizio di motivazione, non avendo la Corte d'Appello spiegato le ragioni per cui le condotte contestate dal Tribunale sarebbero semplici irregolarità formali, inoffensive poiché insuscettibili di turbare la procedura. Ricorda la Corte di Cassazione come, nel caso in cui in secondo grado si decida di dare una spiegazione razionalmente diversa rispetto a quella addotta dal Tribunale, si imponga un obbligo di motivazione rafforzata, che si espliciti attraverso la predisposizione di un apparato giustificativo più vincolato nelle sue cadenze e nei suoi passaggi argomentativi. Deve essere costruito un «impianto giustificatorio più robusto, più solido» sulle questioni che, in relazione alla materia trattata e al caso concreto di cui ci si occupa, siano decisive per la correttezza logica e per la legittimità dell'accertamento penale e deve essere espressamente chiarito perché una determinata prova assuma una valenza dimostrativa completamente diversa rispetto a quella ritenuta in prime cure. A una «plausibile ricostruzione del primo giudice» non può sostituirsi semplicemente un'«altrettanto plausibile – ma diversa – ricostruzione operata in sede di impugnazione».

Sulla base di tali principi, la Corte di Cassazione osserva come i giudici milanesi non abbiano soddisfatto l'obbligo motivazionale loro imposto. L'intera argomentazione della sentenza impugnata sarebbe, infatti, costruita sulla valorizzazione di elementi fattuali, asseritamente rivelatori del fatto che il risultato della gara sia stato essenzialmente conforme a quello che si sarebbe prodotto senza le interferenze. Ciò che doveva, però, essere verificato è se, diversamente da quanto affermato nell'impianto motivazionale del Tribunale, potesse affermarsi che una collusione non vi fosse stata ovvero che la stessa non fosse stata idonea a influenzare l'andamento della gara e a ledere la libertà di concorrenza e il naturale 'gioco' della maggiorazione delle offerte, a garanzia degli interessi della pubblica amministrazione. La Corte d'Appello si sarebbe, invece, limitata a demolire il ragionamento probatorio, senza confrontarsi con gli snodi costitutivi dell'argomentazione del Tribunale.

Ne discende che il *decisum* di secondo grado è stato annullato quanto alle posizioni di S.U., C.M. e G.D. e che il giudice del rinvio, applicati i principi di diritto enunciati, debba spiegare perché quelle descritte dal Tribunale sarebbero irregolarità formali inoffensive. Nel chiedere alla Corte d'Appello di formulare un nuovo giudizio, i giudici di legittimità la invitano, peraltro, a compiere un ulteriore accertamento, attinente alla stessa qualificazione giuridica delle condotte contestate: si domanda di verificare se e in che termini i fatti per cui si procede siano riconducibili al reato ascritto agli imputati, come pacificamente ritenuto dalla decisione annullata, ovvero a quello contiguo previsto dall'art. 353-bis c.p.

Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, previsto da detta disposizione, è stato, invero, introdotto dalla l. n. 136/2010, con il precipuo fine di rafforzare la tutela penale nei confronti di interferenze indebite nella selezione del contraente da parte delle pubbliche amministrazioni⁸². La fattispecie incriminatrice, che punisce, in via residuale, «chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione», è preposta alla tutela della trasparenza e della correttezza del procedimento amministrativo diretto a definire le previsioni del bando di gara (o di atti aventi analoga funzione di avviare l'iter procedimentale) e, mediamente, anche la concorrenzialità delle procedure selettive e la libera partecipazione dei soggetti che potrebbero concorrervi⁸³.

L'indicazione dei mezzi esecutivi della condotta riproduce testualmente l'elencazione contenuta nell'art. 353 c.p., mentre l'evento è costituito dal solo turbamento⁸⁴. Non si richiede, peraltro, che il contenuto del bando o dell'atto equipollente sia effettivamente alterato, né che l'individuazione del contraente risulti diversa da quella che altrimenti sarebbe stata operata⁸⁵: è sufficiente che il comportamento sia concretamente idoneo a influire sulla redazione delle clausole, in modo da condizionare la scelta⁸⁶.

La giurisprudenza⁸⁷ si è sforzata di chiarire i rapporti tra tale delitto e la turbata libertà degli incanti, peraltro parificati sul piano del trattamento sanzionatorio.

Secondo un minoritario orientamento, nell'ipotesi di cui all'art. 353 c.p. la «gara» costituisce presupposto oggettivo, con la conseguenza che deve escludersi la sussistenza del reato prima della pubblicazione del bando, mentre la tutela penale della fase preparatoria è affidata all'art. 353-bis c.p.⁸⁸ In tale prospettiva, le due fattispecie incriminatrici coprirebbero «spazi cronologicamente contigui»⁸⁹, rispettivamente successivi e precedenti rispetto all'avvio della procedura.

Altre pronunce configurano, invece, la turbata libertà degli incanti anche in caso di comportamenti manipolatori che precedono l'emissione (poiché vizianti *ab origine* lo sviluppo della procedura), onde la turbata libertà del procedimento di scelta del

⁸² Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 259-260. Cfr. anche E. ZUFFADA, sub art. 353-bis, in E. Dolcini-G.L. Gatta (a cura di), *op. cit.*, pp. 1415-1416.

⁸³ *Ibi*, p. 1416.

⁸⁴ *Ibi*, pp. 1416-1417. Cfr. S. SEMINARA, sub art. 353-bis, in G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà (a cura di), *op. cit.*, p. 1153.

⁸⁵ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 263.

⁸⁶ E. ZUFFADA, sub art. 353-bis, cit., p. 1416.

⁸⁷ Cfr., per una panoramica sui diversi approdi giurisprudenziali, M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 260-262; S. SEMINARA, sub art. 353-bis, cit., p. 1153; M.C. UBIALI, [La sentenza del Tribunale di Milano sul caso Maroni \(in tema di induzione indebita e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2018.

⁸⁸ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 13 giugno 2016, n. 24477, in *DeJure*; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 8044, in *DeJure*.

⁸⁹ Cfr. S. SEMINARA, sub art. 353-bis, cit., p. 1153.

contraente ricorrerebbe solo nel caso in cui la gara non sia successivamente bandita⁹⁰. Il rapporto tra i due delitti non potrebbe, dunque, essere ricostruito in senso cronologico, non potendosi intendere l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 353-*bis* c.p. come diretta a punire le condotte prodromiche alla indizione della gara e l'altra quelle susseguenti, secondo una progressione criminosa che trovi nell'effettiva pubblicazione del bando l'elemento di discriminazione⁹¹.

Nel caso in esame, la Corte di Cassazione, senza espressamente aderire ad alcuna delle due impostazioni esegetiche, rileva come il delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p. miri a «sterilizzare» le condotte finalizzate a turbare le fasi preliminari di una procedura, arginando possibili vuoti di tutela. L'azione delittuosa consisterebbe, infatti, nell'incidere mediante atti predeterminati sulla formazione del bando, allo scopo di influenzare la scelta del contraente. Poiché il condizionamento delle previsioni relative a requisiti e modalità di accesso alla competizione e di ogni altra informazione necessaria costituisce il fine dell'azione, il reato si consumerebbe indipendentemente dal conseguimento dello scopo medesimo.

Donde la richiesta, formulata al giudice del rinvio, non solo di verificare se le condotte poste in essere dagli imputati siano idonee a ledere i beni giuridici tutelati dall'art. 353 c.p. ma, preliminarmente, se siano sussumibili sotto tale fattispecie o se sia preferibile una riqualificazione nel delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p.

7. Alcune osservazioni conclusive, per una lettura delle fattispecie alla luce del principio di offensività.

Tanto la sentenza della Corte d'Appello di Milano quanto la decisione della Corte di Cassazione suscitano particolare attenzione per l'applicazione evolutiva dell'offensività.

Pur pervenendo a soluzioni difformi, entrambe le pronunce si fondano sul riconoscimento che tale principio sia suscettibile di operare su due piani o livelli distinti⁹², imponendosi quale canone di conformazione legislativa dei fatti punibili e quale criterio giudiziario-interpretativo⁹³. Esso non solo si rivolge al legislatore, il quale

⁹⁰ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 15 febbraio 2016, n. 6259, in *DeJure*; Cass. pen., sez. VI, 25 giugno 2015, n. 26840, in *DeJure*.

⁹¹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 28 marzo 2018, n. 30730, in *DeJure*.

⁹² Cfr., *ex multis*, *ibi*, p. 113; G. FORNASARI, *op. cit.*, p. 1515; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *op. cit.*, pp. 10-11.

⁹³ Cfr. Corte cost., 7 luglio 2005, n. 265, in *cortecostituzionale.it*: «Il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale ("offensività in astratto"), e dell'applicazione giurisprudenziale ("offensività in concreto"), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato». Cfr. anche, tra le numerose affermazioni della Corte costituzionale sul punto, Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, in *cortecostituzionale.it*; Corte cost., 20 giugno 2008, n. 225, in *cortecostituzionale.it*; Corte cost., 17 luglio 2002, n. 354, in *cortecostituzionale.it*; Corte cost., 21 novembre 2000, n. 519, in *cortecostituzionale.it*.

deve limitare la repressione penale ai soli fatti che, nella loro configurazione astratta, incorporino una offesa a un bene giuridico⁹⁴ e il quale è «vincolato a elevare a reati solo fatti che siano concretamente offensivi di entità reali»⁹⁵, ma impegna l'interprete a qualificare come reati soltanto fatti idonei in concreto a offendere l'interesse protetto⁹⁶ e a evitare, nella verifica della riconducibilità della vicenda concreta al paradigma punitivo astratto, che ricadano in quest'ultimo comportamenti privi di qualsiasi attitudine lesiva⁹⁷.

Proprio un coerente utilizzo dell'offensività quale «canone interpretativo delle fattispecie criminose»⁹⁸ induce a dubitare che, nel caso giurisprudenziale esaminato, le condotte, «avuto riguardo alla *ratio* della norma incriminata di volta in volta interessata, appaiano, in concreto, prive di qualsivoglia idoneità lesiva dei beni giuridici tutelati»⁹⁹ e a ipotizzare che il giudice del rinvio possa affermare la penale responsabilità degli imputati.

Omettendo di confrontarsi con il ragionamento probatorio del Tribunale e disattendendo l'obbligo di motivazione rafforzata, la Corte d'Appello di Milano si limita, invero, a qualificare i comportamenti censurati come mere irregolarità inoffensive, perché inidonee a produrre un effetto perturbativo della gara, e a collocare le interlocuzioni e i dialoghi intervenuti tra S.U. e gli altri soggetti coinvolti nell'ambito del legittimo esercizio dell'attività politica, volta al perseguimento di interessi pubblici.

Una approfondita analisi delle condotte contestate agli imputati, alcune delle quali neppure richiamate nel corpo motivazionale del *decisum* di seconde cure, mostra come un turbamento della gara sia stato, in realtà, prodotto dal ripetuto e irrituale confronto tra il Sindaco e il privato maggiormente interessato all'aggiudicazione, C.M. Dalla ricostruzione dei fatti operata in primo grado, si desume come nella procedura conclusasi con la formulazione del bando sia stato forte il condizionamento esercitato da quest'ultimo attraverso l'attività di asserita consulenza, come attesta il continuo mutamento della quantificazione dei punteggi da assegnare ai criteri presi in considerazione e, in particolare, a quello del radicamento sul territorio. Analoga idoneità offensiva può essere fondatamente attribuita all'operato tenuto da G.D. e, in particolare, alla ratifica della volontà di S.U. e di C.M. (nonostante la denuncia fatta dal precedente responsabile *ex art. 5 l. n. 241/1990*) e al contatto intercorso per la condivisione di informazioni relative al numero di persone presentatesi per il sopralluogo.

Le evidenziate circostanze fattuali lasciano supporre che, in sede di rinvio, la Corte d'Appello possa concludere nel senso della penale rilevanza delle condotte *de quibus*, stante l'idoneità delle stesse a ledere i beni giuridici tutelati, ossia il buon andamento della pubblica amministrazione e la libertà concorrenziale.

⁹⁴ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, p. 167; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *op. cit.*, p. 10. Cfr. anche Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

⁹⁵ Cass. Sez. Un., 18 luglio 2013, n. 40354, in *Cass. pen.*, 2014, p. 806.

⁹⁶ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, p. 167; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *op. cit.*, p. 10. Cfr. anche Cass. Sez. Un., 18 luglio 2013, n. 40354, cit., p. 806.

⁹⁷ Cfr. anche Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Cass. Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 3727, in *DeJure*, p. 14.

L'ulteriore richiesta formulata dalla Corte di Cassazione, inerente alla valutazione della corretta qualificazione giuridica dei fatti, si inserisce nell'ambito del dibattito, tuttora in corso, in merito alla delimitazione dei rapporti tra turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente.

Come si è in precedenza ricordato, l'orientamento ermeneutico attualmente prevalente¹⁰⁰ assume che il delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p. sia un reato di pericolo, per il cui perfezionamento occorre che sia concretamente minacciato l'*iter* di predisposizione dell'atto di indizione, ma non che il relativo contenuto venga modificato, in modo tale da interferire sull'individuazione dell'aggiudicatario. Laddove tale fine sia raggiunto ovvero il bando sia illegittimamente modificato e la successiva gara risulti turbata, troverebbe applicazione l'art. 353 c.p. Si osserva, in dottrina¹⁰¹, come le condotte precedenti, miranti a 'confezionare' il bando della gara e in sé sussumibili nella fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, integrino, in tal caso, «antefatti non punibili»¹⁰², essendo il loro disvalore assorbito dalla turbata libertà degli incanti.

La giurisprudenza di legittimità¹⁰³ ha, di recente, precisato ulteriormente tale soluzione interpretativa. Si è notato come, pur a fronte dell'indirizzo consolidato, secondo cui le condotte perturbatrici delle clausole di un bando che successivamente venga emesso siano riconducibili al reato di cui all'art. 353 c.p., la nuova fattispecie incriminatrice abbia la chiara funzione di anticipare la tutela penale in quelle situazioni nelle quali il turbamento, manifestatosi con l'illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto dell'atto, non determini alcuna lesione alla gara stessa e resti al di fuori del perimetro dell'area di applicazione dell'art. 353 c.p.: «il che si verifica qualora la gara non sia, per qualsiasi causa, indetta o il bando non si presenti in concreto influenzato dai comportamenti volti a produrre la turbativa della gara»¹⁰⁴.

Nel caso oggetto delle sentenze in commento, in virtù dei delineati approdi esegetici, non sembra agevolmente prospettabile una riqualificazione nel delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p. È pacifico, infatti, che la procedura selettiva si sia successivamente svolta, tanto che la gestione dell'impianto sportivo è stata attribuita alla società partecipata S.L. È difficile, inoltre, sostenere che le collusioni e gli altri mezzi fraudolenti, idonei a turbare la procedura diretta a stabilire il contenuto del bando, non abbiano concretamente inciso sulla gara indetta: la continua modificazione delle bozze e l'insistente rimodulazione della quantificazione dei punteggi, sollecitate da C.M., sono state concordate per precludere la partecipazione di altri soggetti potenzialmente interessati e per garantire l'aggiudicazione (effettivamente verificatasi) a S.L. Risulta,

¹⁰⁰ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 28 marzo 2018, n. 30730, cit.; Cass. pen., sez. VI, 15 febbraio 2016, n. 6259, cit.; Cass. pen., sez. VI, 25 giugno 2015, n. 26840, cit.

¹⁰¹ Cfr. M.C. UBIALI, *op. cit.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 2021, n. 38062, in *ItalggiureWeb*.

¹⁰⁴ *Ibid.*

perciò, maggiormente persuasiva la sussunzione dei fatti nell'ipotesi criminosa di cui all'art. 353 c.p., conformemente a quanto stabilito nei giudizi di merito.

A prescindere da quello che sarà l'esito finale della complessa vicenda giudiziaria, è incontrovertibile che le decisioni della Corte d'Appello di Milano e della Corte di Cassazione risultino accomunate da un apprezzabile spessore giuridico, poiché a fondamento dell'apparato motivazionale si staglia l'intramontabile asserzione, densa di «sapienza giuridica e umana»¹⁰⁵, secondo cui «l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione»¹⁰⁶. Nell'ambito dell'attività ermeneutica, l'offensività si conferma quale criterio selettivo delle condotte punibili come illecito penale, un criterio di natura oggettiva che si basa sulla dimensione esterna degli interessi concreti ledibili dalle azioni criminose¹⁰⁷.

Sullo sfondo, si conferma la necessità, per contrastare efficacemente gli illeciti politico-amministrativi, di promuovere una verifica di 'sostanza' degli obiettivi della pubblica amministrazione e di favorire un «gigantesco salto di qualità nel reclutamento del personale amministrativo»¹⁰⁸ e un parallelo investimento nella formazione dei pubblici dipendenti (tanto in campo tanto giuridico quanto tecnico-gestionale). L'esemplare e sempre attuale *Rapporto del Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione* istituito dal Presidente della Camera dei Deputati nel 1996¹⁰⁹ contiene in proposito indicazioni illuminanti, laddove ricorda come la crisi dei corpi tecnici e la succedanea dipendenza del decisore pubblico da soggetti esterni, portatori di interessi talvolta confliggenti, siano fattori di distorsione e di corruzione.

Per reagire all'«acquitrino di relazioni, scambi di favori, raccomandazioni, conflitti di interesse e complicità»¹¹⁰, prioritari si rivelano, allora, un «alleggerimento dei controlli formali (in gran parte ineffettivi per la prevenzione del malaffare)»¹¹¹ e, parallelamente, un diretto investimento nella preparazione professionale e tecnica dei titolari di reponsabilità sociali e istituzionali. Anche la disciplina dei pubblici appalti dovrebbe essere inquadrata in una prospettiva di sistema, che interiorizzi l'ineludibile raccomandazione fondata sul passaggio «dai controlli di processo ai controlli di prodotto»¹¹².

¹⁰⁵ G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, Milano, 2006, p. 23.

¹⁰⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, Milano, 1984, p. 44. Cfr., per il ruolo attribuito al concetto di 'dannosità sociale' nell'elaborazione di Cesare Beccaria, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, p. 8. Cfr. anche G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁷ Cfr. G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 105.

¹⁰⁸ G. FORTI, *Introduzione*, in S. GIAVAZZI-V. MONGILLO-P.L. PETRILLO (a cura di), *Lobbying e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale*, Torino, 2019, p. XXVIII.

¹⁰⁹ Cfr. Camera dei Deputati. Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, *La lotta alla corruzione*, Bari, 2008.

¹¹⁰ G. FORTI, *Le sabbie mobili della corruzione sistemica*, in *Munera*, 2016, 2, p. 21.

¹¹¹ ID., *Introduzione*, cit., p. XXVIII.

¹¹² Cfr. Camera dei Deputati. Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, *op. cit.*, p. 89. Cfr. G. FORTI, *Introduzione*, cit., p. XXVIII.

ACCOUNTABILITY E RENDICONTAZIONE SOCIO-AMBIENTALE NEL SISTEMA GIUDIZIARIO: UNO STATO DELL'ARTE SULLE PRATICHE ATTUALI IN ITALIA E POLONIA ^(*)

di Renato Civitillo, Floriana Fusco e Paolo Ricci

L'introduzione di meccanismi di accountability nei sistemi giudiziari è ancora vista con una certa perplessità, a causa del suo potenziale trade-off con indipendenza e imparzialità. Tuttavia, la necessità di rispondere alle richieste di maggiore trasparenza e responsabilità ha spinto anche le organizzazioni giudiziarie a instaurare un maggiore dialogo con un'ampia platea di stakeholder. Questo studio si propone di esplorare la consapevolezza circa il concetto di rendicontazione socio-ambientale e di sostenibilità nei sistemi giudiziari e la diffusione delle pratiche. A tal fine, lo studio adotta un approccio comparativo, conducendo in due Paesi europei (Italia e Polonia) un'indagine che ha visto coinvolti 804 tribunali, di cui 430 in Italia e 374 in Polonia. I risultati mostrano che le pratiche attuali non sono ancora diffuse e c'è ancora una modesta comprensione di cosa sia la rendicontazione di sostenibilità e quindi di quale potrebbe essere la sua potenziale utilità all'interno degli Uffici Giudiziari. Inoltre, sono state rilevate molte differenze tra i due Paesi, per cui è possibile ipotizzare che i diversi contesti culturali e istituzionali influenzino le pratiche di rendicontazione di sostenibilità. Infine, l'articolo fornisce alcune interessanti implicazioni per i responsabili politici e gli Uffici che intendano intraprendere questo percorso.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Revisione della letteratura. – 2.1. La rendicontazione socio-ambientale nelle organizzazioni del settore pubblico. – 2.2. *Accountability* e rendicontazione socio-ambientale nei sistemi giudiziari. – 3. Metodologia della ricerca e caratteristiche del campione. – 4. Risultati. – 4.1. Comprensione e consapevolezza delle finalità della rendicontazione socio-ambientale. – 4.2. Lo stato dell'arte sulla diffusione delle pratiche in Italia e in Polonia. – 5. Discussione e implicazioni.

1. Introduzione.

I sistemi giudiziari costituiscono uno dei pilastri della democrazia e della vita sociale. Il loro ruolo è quello di attuare la legge in modo equo, al fine di garantire – attraverso lo Stato di diritto e la sua applicazione – un clima di stabilità e sicurezza

^(*) Questo lavoro è frutto della rielaborazione di una ricerca internazionale recentemente pubblicata e della riflessione sul tema indagato che con essa prosegue: Fusco, F., Civitillo, R., Ricci, P., Morawska, S., Pustułka, K., & Banasik, P. (2021), *Sustainability reporting in justice systems: a comparative research in two European countries*, Meditari Accountancy Research (<https://doi.org/10.1108/MEDAR-11-2020-1091>).

sociale, dove le relazioni e le interazioni sociali possano svilupparsi al meglio (Ricci e Fusco, 2016). Un'efficace amministrazione della giustizia è, dunque, condizione necessaria sia per il progresso sociale che per lo sviluppo economico, soprattutto in termini di attrattività per gli investimenti esteri, propensione ad avviare nuove iniziative imprenditoriali e competitività (Banca Mondiale, 2020, 2017; Commissione Europea, 2020). Non a caso, la Banca Mondiale considera le istituzioni giudiziarie vitali per il raggiungimento della sua missione (vale a dire ridurre la povertà e promuovere la prosperità su ampia scala) ed in questa direzione, ha promosso negli ultimi 25 anni più di 800 progetti focalizzati in tale ambito (Banca Mondiale, 2020). Similmente, l'UE annovera tra le sue priorità il miglioramento dell'efficacia delle istituzioni giudiziarie e a tal fine fornisce agli Stati membri un supporto tecnico, accessibile attraverso la Direzione Generale per il Sostegno alle Riforme Strutturali (DG REFORM), che dispone di un budget totale di 222,8 milioni di euro per il triennio 2017-2020 (Commissione Europea, 2020). L'Agenda ONU 2030 include la parità di accesso alla giustizia nei target dell'Obiettivo n. 16 *"Promuovere società pacifiche e inclusive per uno sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia, e creare istituzioni efficaci, responsabili ed inclusive a tutti i livelli"* (Nazioni Unite, 2015; OCSE, 2016). Tuttavia, se da un lato vi è ampio consenso sull'importanza di questo settore (Guimaraes et al., 2018), dall'altro, ve ne è molto meno su cosa debba intendersi per *"sistema giudiziario efficace"*. Tradizionalmente, studiosi e opinione pubblica si sono concentrati sugli attributi di indipendenza, imparzialità ed equità dei sistemi giudiziari, mentre i termini *accountability* e rendicontazione si sono diffusi solo di recente e più lentamente che in altri ambiti del settore pubblico (Volacu, 2018; Contini e Mohr, 2007; Raine e Willson, 1995). Prevalentemente a seguito dell'approccio *New Public Management*, sono state quindi introdotte nuove pratiche manageriali, tra cui il *case management*, il *caseload management*, il *court management*, e i relativi meccanismi di *accountability*, incentrati su produttività, efficienza ed efficacia delle performance giudiziarie (Visser et al., 2019; Graham & Hays, 2017; Guimaraes et al., 2011; Mak, 2008; Rottman et al., 2007; Spigelman, 2001). La necessità di adottare dei cambiamenti strutturali, seguendo le prescrizioni del paradigma del *New Public Management*, in un settore, quale è quello giudiziario, tradizionalmente molto lontano da tale cultura, nasce dalla percezione che l'amministrazione della giustizia sia comparabile a quella di qualsiasi altro servizio pubblico e come tale debba garantire *"not only sound juridical judgments but also providing adequate"* (Fabri e Langbroek, 2000, pp. 8-9). Nel loro recente studio, Garoupa e Magalhães (2020) hanno analizzato dati empirici provenienti da più di trenta paesi europei, evidenziando che la fiducia e la consapevolezza delle persone nei loro sistemi giudiziari è positivamente correlata all'indipendenza e all'*accountability* di questi ultimi. Di conseguenza, l'indipendenza – con i relativi valori di imparzialità ed equità – e l'*accountability* dovrebbero essere considerate due caratteristiche essenziali di qualsiasi sistema giudiziario, che si rafforzano a vicenda, piuttosto che ostacolarsi.

Nonostante l'importanza di tali questioni, la letteratura manageriale in questo campo è ancora limitata (Guimaraes et al., 2018). Questo articolo intende fornire il suo contributo nel colmare questo *gap*, esplorando la rendicontazione sociale, ambientale e

di sostenibilità nei sistemi giudiziari¹. Nello specifico, lo studio si pone la finalità di indagare la consapevolezza degli uffici giudiziari circa il significato di “reporting di sostenibilità”, nonché fornire una panoramica sulle pratiche attuali. A tal fine è stata condotta un’ampia analisi esplorativa in due paesi europei, Italia e Polonia. I pochi studi pubblicati sull’argomento hanno evidenziato diverse criticità nell’adozione dei report di sostenibilità (Fusco e Ricci, 2020, 2016; Ricci e Pavone, 2020); tuttavia, essi si sono concentrati principalmente su un singolo caso studio o su casi multipli, ma relativi a un unico contesto geografico. Una prospettiva comparativa internazionale, abbastanza difficile da trovare nella letteratura esistente sulla sostenibilità sui sistemi giudiziari, è scarsamente adottata anche se si tiene conto della più ampia letteratura in tema di rendicontazione di sostenibilità nel settore pubblico (es. Greco et al., 2012; Galera et al., 2014).

2. Revisione della letteratura.

2.1. La rendicontazione socio-ambientale nelle organizzazioni del settore pubblico.

Quello sull’*accountability* nelle organizzazioni pubbliche è un dibattito accademico antico quanto multiforme (Reddick et al., 2020; Bovens, 2007; Mulgan, 2000). Da un lato, le organizzazioni pubbliche sono tenute a diventare sempre più trasparenti e *accountable* in relazione a un numero crescente di aspetti; dall’altro, la tradizionale rendicontazione finanziaria si è rivelata inadeguata a soddisfare tale esigenza informativa, soprattutto quando proveniente dai cittadini non esperti (Ricci e Civitillo, 2018; Ball et al., 2014). Pertanto, pratiche di rendicontazione non tradizionali e non finanziarie – tra cui la rendicontazione sociale, ambientale e di sostenibilità – sono diventate sempre più diffuse, alimentando l’attenzione della comunità accademica, il cui numero di pubblicazioni sull’argomento è aumentato soprattutto negli ultimi anni (Manes-Rossi et al., 2020; Kaur e Lodhia, 2019; Fusco e Ricci, 2019). Il settore pubblico è un attore centrale nello sviluppo sostenibile, sia come organizzazione economica che impiega un gran numero di persone e acquista/fornisce molti prodotti/servizi diversi, sia come organizzazione politica che regola o guida iniziative sostenibili (Ball et al., 2014; Ball e Bebbington, 2008). A questo proposito, il World Public Sector Report ha sottolineato l’importanza delle istituzioni pubbliche nel raggiungere l’Obiettivo 16, ovvero “promuovere società pacifiche e inclusive per lo sviluppo sostenibile, fornire accesso alla giustizia per tutti e costruire istituzioni efficaci, responsabili e inclusive a tutti i livelli”. Inoltre, ha sottolineato la necessità di valutazioni di impatto ambientale e sociale, anche attraverso la redazione di rapporti di sostenibilità, che “*si aggiungerebbero alla tradizionale rendicontazione e potrebbero essere un modo per rendicontare i progressi degli SDG*” (Nazioni Unite, 2019, p. 89). Ciò significa che le organizzazioni pubbliche sono

¹ Per il sistema italiano si tenga conto anche del recentissimo: Civitillo R., Fusco F., Ricci P. (2022). *Accountability e rendicontazione sociale nel sistema giudiziario italiano* (2022), CERIDAP. DOI: 10.130/2723-9195/2022-4-25.

tenute a fornire informazioni sul loro contributo alla sostenibilità in modo olistico (Tommasetti et al., 2020).

Ad oggi, studi e pratiche in materia di rendicontazione sociale, ambientale e di sostenibilità si sono concentrati principalmente sugli enti locali o sulle amministrazioni centrali (es. Farneti et al., 2019; Galera et al. 2014; Bellringer et al., 2011), università (es. Del Sordo et al., 2016), servizi pubblici o imprese statali (es. Argento et al. al., 2019; Zhao et al., 2016). La letteratura esistente ha evidenziato che la crescita di queste pratiche volontarie potrebbe essere ricondotta a ragioni varie e per lo più correlate, inclusa una risposta al bisogno di *accountability* da parte dei principali *stakeholder* (es. Ricci e Fusco, 2016), il desiderio di acquisire o mantenere la legittimità (es. Lodhia et al., 2012; Greco et al., 2012) o un adattamento a pressioni istituzionali (es. Melles, 2020; Zhao et al., 2016). Alcuni autori hanno anche dimostrato che queste pratiche sono dovute prevalentemente a una moda passeggera (Farneti et al., 2019; Vinnari e Laine, 2013). La motivazione che spinge un'organizzazione pubblica a redigere un bilancio di sostenibilità influenza – o dovrebbe influenzare – anche l'identificazione del suo principale pubblico di riferimento (ad esempio, i cittadini, i dipendenti, gli ordini professionali) (Fusco e Ricci, 2019). Un ulteriore rilevante filone di letteratura si è concentrato sulle determinanti – ovvero i fattori contestuali, interni ed esterni – che potrebbero influenzare la scelta di intraprendere questa pratica: fattori interni, come la presenza di sistemi gestionali interni, una direzione generale o persone chiave che credono in tali pratiche, la disponibilità di risorse (tempo, risorse finanziarie, dati e/o personale), si sono rivelati essenziali per la diffusione dei rapporti sociali, ambientali e di sostenibilità (es. Domingues et al. 2017; Bellringer et al. 2011; Williams et al., 2011). Per quanto concerne, invece, i fattori dimensionali, contestuali e culturali le evidenze sono ancora contrastanti (es. Argento et al. 2019; Lodhia et al., 2012), sebbene la maggior parte degli studi abbia rilevato che le differenze culturali tra i Paesi influiscono sulle pratiche di rendicontazione di sostenibilità (ad es. Galera et al. 2014; Greco et al., 2012). Nonostante la grande diffusione delle linee guida del *Global Reporting Initiative* (GRI), il contenuto dei report è stato generalmente ritenuto non standardizzato, con una scarsa qualità e disomogeneità delle informazioni fornite, con un'alterna predominanza di problematiche gestionali/istituzionali, economiche, sociali o ambientali (es. Niemann e Hoppe, 2018; Ricci e Fusco 2016; Greiling et al., 2015; Guthrie e Farneti, 2008). La scarsa aderenza al framework GRI è stata anche attribuita alla tendenza a replicare acriticamente soluzioni e modelli pensati ed utilizzati nella rendicontazione sociale per il settore privato e, dunque, alla sua inadeguatezza nella rendicontazione del settore pubblico, profondamente diverso per finalismi e caratteristiche (Dumay et al., 2010; Ball e Bebbington, 2008). In questa direzione, numerosi studiosi hanno sottolineato la necessità di sviluppare un modello *ad hoc* di rendicontazione di sostenibilità che tenga conto della natura e delle specificità delle organizzazioni pubbliche (Dumay et al., 2010; Milne et al., 2008). Vale la pena ricordare che sforzi in tal senso sono stati compiuti in Italia, ove esistono due linee guida per il settore pubblico, la Direttiva Baccini (2006) e le Linee guida per gli enti locali (2007), emanate rispettivamente dal Ministero della Funzione Pubblica e dal Ministero dell'Interno, ed uno standard elaborato dal Gruppo di Studio per il Bilancio Sociale (GBS).

Nonostante il notevole aumento delle pubblicazioni, numerosi sono ancora i gap. Tra questi si segnala l'esigenza di focalizzare nuovi studi nelle amministrazioni pubbliche e nei Paesi meno indagati, con un'attenzione particolare all'impatto dei diversi fattori contestuali e culturali; o ancora, spesso viene trascurata anche la leggibilità e la comprensibilità delle informazioni riportate per le diverse tipologie di pubblico/*stakeholder* di riferimento; ulteriori studi sarebbero necessari sui meccanismi e sui fattori interni, determinanti e motivazioni, anche tenendo conto di nuove prospettive teoriche (Fusco e Ricci, 2019; Manes-Rossi et al., 2020; Kaur e Lodhia, 2019).

2.2. Accountability e rendicontazione socio-ambientale nei sistemi giudiziari.

Un modo per iniziare a colmare queste lacune è esplorare le organizzazioni giudiziarie, su cui, come sopra menzionato, vi sono ancora pochi studi, nonostante sia un ambito chiave, la cui necessità di trasparenza e *accountability* è stata evidenziata da diverse fonti, scientifiche e istituzionali (Voermans, 2007; OCSE, 2018; Garoupa e Magalhães, 2020). D'altronde, da tempo gli studiosi delle discipline giuridiche hanno sottolineato il controverso cambio di paradigma nella legittimazione dei tribunali. Se in origine la legittimazione di un sistema giudiziario risiedeva solo nel suo essere indipendente, negli anni trasparenza, apertura, *accountability* sono diventati i nuovi mantra (Malleon, 1999; Voermans, 2007). In questa direzione, i meccanismi di *soft accountability* come quelli dell'*accountability* cooperativa (Contini e Muhr, 2007) o dell'*accountability* sociale (Voermans, 2007), possono essere considerati una soluzione efficace per permettere la "resa del conto" da parte degli Uffici Giudiziari, senza comprometterne i valori fondanti, superando, dunque, il tradizionale dilemma tra indipendenza e *accountability* (Contini e Muhr, 2007).

Sebbene già nel 2007, Voermans avesse evidenziato un crescente attivismo degli Uffici Giudiziari europei e statunitensi nell'adottare strategie di condivisione delle informazioni che andassero oltre la semplice conformità legale, la questione è stata ampiamente trascurata nella ricerca sulla rendicontazione sociale e ambientale. Alcuni studi sono stati recentemente condotti in Italia, mostrando che le pratiche sono in una perpetua fase di prova, principalmente a causa della cultura interna e delle peculiarità di queste organizzazioni che rendono difficile la rendicontazione (Ricci e Pavone, 2020). Analizzando un singolo caso studio, Ricci e Fusco (2016) hanno riscontrato una mancanza di rigore metodologico e una prevalente attenzione alle dimensioni economiche e istituzionali, piuttosto che a quelle sociali e ambientali. Nel discutere tali risultati, gli Autori hanno messo in risalto come ciò possa derivare da una carenza di linee guida/standard *ad hoc*. Tuttavia, un'ulteriore spiegazione è stata fornita in un successivo articolo, nel quale sono stati analizzati tre bilanci sociali. Tale studio ha portato alla conclusione che la forte esigenza di legittimazione, *accountability* e istituzionalizzazione spinge le organizzazioni giudiziarie ad intraprendere questo percorso di rendicontazione sociale, focalizzandosi solo o prevalentemente sui temi più di tendenza nel dibattito pubblico (quali la riduzione dei tempi e dei costi dei procedimenti) (Ricci e Fusco, 2020). A risultati coerenti sono giunti Ricci e Pavone (2020,

2021), che hanno condotto un caso studio, adottando un approccio basato sull'esperienza sul campo. Hanno confermato una generale debolezza e immaturità dell'attività di rendicontazione, legata principalmente alla mancanza di visione strategica nella condivisione delle informazioni, una scarsa integrazione all'interno dei sistemi gestionali e contabili e uno scarso coinvolgimento degli *stakeholder*. Tuttavia, hanno altresì riscontrato un aumento complessivo del livello di *accountability* interna ed esterna e alcuni elementi innovativi che suggeriscono l'avvio di "una nuova stagione per la rendicontazione nel settore giudiziario" (Ricci e Pavone, 2021, p. 1).

Nonostante vi sia stato un aumento dell'interesse accademico in tale ambito, le evidenze sono ancora scarse e fortemente legate al contesto. I summenzionati studi riportavano tra i loro limiti la focalizzazione su un singolo (o pochi) casi studio e la difficoltà nella generalizzazione dei risultati. In aggiunta, occorre sottolineare che la più ampia letteratura manageriale ha rimarcato l'elevata incidenza delle rappresentazioni mentali dei manager – o più in generale, degli attori chiave all'interno di una organizzazione – sulla selezione delle alternative che considerano e sulla loro qualità (Csaszar e Levinthal, 2016). Con specifico riferimento al focus dello studio, è stato evidenziato che il livello di consapevolezza influenza l'adozione di strumenti di gestione della sostenibilità (Johnson, 2015). Nonostante sia un presupposto necessario per inquadrare il fenomeno, questo tema rimane in gran parte inesplorato.

Come anticipato nell'introduzione, partendo proprio dal grado di consapevolezza degli attori chiave, il presente articolo fornisce, in chiave comparativa, una panoramica sullo stato dell'arte della rendicontazione sociale, ambientale e di sostenibilità nel sistema giudiziario italiano e polacco.

3. Metodologia della ricerca e caratteristiche del campione.

I dati sono stati raccolti tra febbraio e marzo 2020, somministrando online un questionario anonimo attraverso la piattaforma Qualtrics® (in Italia) e la piattaforma LimeSurvey® (in Polonia). Il questionario è stato costruito in lingua inglese dagli autori sulla base delle domande di ricerca e della letteratura in materia; successivamente è stato rigorosamente tradotto in italiano e polacco.

L'indagine è stata condotta nell'ambito della giustizia ordinaria; pertanto, non sono stati inclusi gli Uffici appartenenti alla giustizia militare, amministrativa e costituzionale. Nello specifico, il questionario è stato somministrato ai seguenti Uffici di Giustizia italiani: i) Tribunali Ordinari; ii) Tribunali di sorveglianza; iii) Tribunali per i minorenni; iv) Corti d'Appello; v) Procure della Repubblica; vi) Procure della Repubblica presso i Tribunali per i Minorenni; vii) Procure della Repubblica presso le Corti d'Appello. Inoltre, è stato amministrato ai seguenti Uffici di Giustizia polacchi: i) Tribunali Distrettuali; ii) Tribunali Regionali; iii) Corti d'Appello. Non sono state incluse le procure polacche, poiché esse non fanno parte del sistema giudiziario. In totale, 804 uffici giudiziari, di cui 430 in Italia e 374 in Polonia, sono stati contattati tramite email al Presidente dell'Ufficio o figura equivalente (Presidente del Tribunale o della Corte d'Appello, Procuratore Capo, etc). L'e-mail comprendeva un'introduzione del progetto

di ricerca e il link al sondaggio online. La scadenza per la compilazione è stata fissata a 30 giorni; a circa due settimane dalla prima email, è stato inviato un sollecito per incrementare le possibilità di risposta.

Sono pervenute 119 risposte valide, di cui 57 dall'Italia e 62 dalla Polonia, con un tasso di risposta del 13,3% in Italia e del 16,6% in Polonia. Vale la pena sottolineare che la pandemia di Covid-19 ha imperversato inaspettatamente in Europa pochi giorni dopo l'invio dei nostri questionari. Questo ha sicuramente ridotto la partecipazione, sebbene non abbia ostacolato completamente la nostra ricerca, dal momento che da un lato, l'analogo numero di rispondenti nei due Paesi indagati garantisce la comparabilità e la corretta interpretazione dei dati raccolti.

La prima sezione del questionario era destinata alla raccolta delle informazioni di natura generale, ovvero tipologia di ufficio, dimensione, localizzazione geografica. La tabella 1 descrive le caratteristiche del campione, tenuto conto della tipologia di Ufficio.

Tabella 1 – Composizione del campione secondo la tipologia di Ufficio Giudiziario.

Paese	Tipologia di Ufficio Giudiziario	Risposte valide	Numero totale di Uffici Giudiziari sul territorio
Italia	Tribunale Ordinario	14	145
	Tribunale di Sorveglianza	3	29
	Tribunale per i Minorenni	6	29
	Corte d'Appello	2	29
	Procura della Repubblica	24	140
	Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni	4	29
	Procura Generale presso la Corte d'Appello	2	29
	Nessuna risposta	2	-----
	Sub-totale Italia	57	430
Polonia	Tribunale Distrettuale	55	318
	Tribunale Regionale	7	45
	Corte d'Appello	0	11
	Sub-Totale Polonia	62	374

Nel campione italiano vi è una predominanza dei Tribunali ordinari e delle Procure della Repubblica; mentre nel campione polacco la maggioranza delle risposte è provenuta dai Tribunali Distrettuali. In entrambi i Paesi la maggiore incidenza sul totale di alcune tipologie di uffici è dovuta alla loro maggiore presenza sul territorio (in valore assoluto).

Per quanto concerne la dimensione, essa varia tra 9 e 373 dipendenti, considerando tutto il personale (amministrativo e giudiziario), e tra 3 e 74 se si considera solo il personale strettamente giudiziario. In media, gli Uffici Giudiziari rispondenti in Polonia sono più grandi che in Italia. Avuto riguardo, invece, alla distribuzione geografica, risultano rappresentate tutte le aree (nord, sud e centro) in entrambi i Paesi.

4. Risultati.

4.1. Comprensione e consapevolezza delle finalità della rendicontazione socio-ambientale.

La seconda parte del questionario è stata finalizzata a comprendere il livello di consapevolezza circa le pratiche oggetto di analisi. L'indagine ha evidenziato uno scostamento rilevante tra i due Paesi. Nel campione italiano, la maggior parte dei rispondenti ha correttamente identificato quale funzione della rendicontazione socio-ambientale e di sostenibilità il *"rendere accessibile, trasparente e valutabile il lavoro dell'Ufficio giudiziario (politiche, risultati, impatti, ecc.)"*, mentre la maggior parte degli Uffici polacchi si è mostrata non avere un'opinione chiara su cosa sia la rendicontazione di sostenibilità.

Coerentemente, le evidenze raccolte circa la percezione dell'utilità attribuita alla pratica mostrano che solo 12 Uffici polacchi tra quelli analizzati (19,35% del campione polacco) considerano gli strumenti di rendicontazione socio-ambientale e di sostenibilità utili alle proprie attività, laddove 23 (37,09% del campione polacco) li ritengono assolutamente inutili dal punto di vista informativo. Situazione opposta nel campione italiano, in cui soltanto 9 Uffici hanno dichiarato di ritenere le pratiche di rendicontazione sociale non utili (15,78% del campione italiano), mentre 39 (68,42% del campione italiano) hanno affermato di considerarle molto utili (Figura 1), riconoscendo da un lato il dovere presentare le proprie attività agli *stakeholder* in modo trasparente, dall'altro l'importanza della rendicontazione per adempiere a questo compito (Figura 2).

Figura 1. Utilità percepita della rendicontazione socio-ambientale e di sostenibilità negli Uffici Giudiziari.

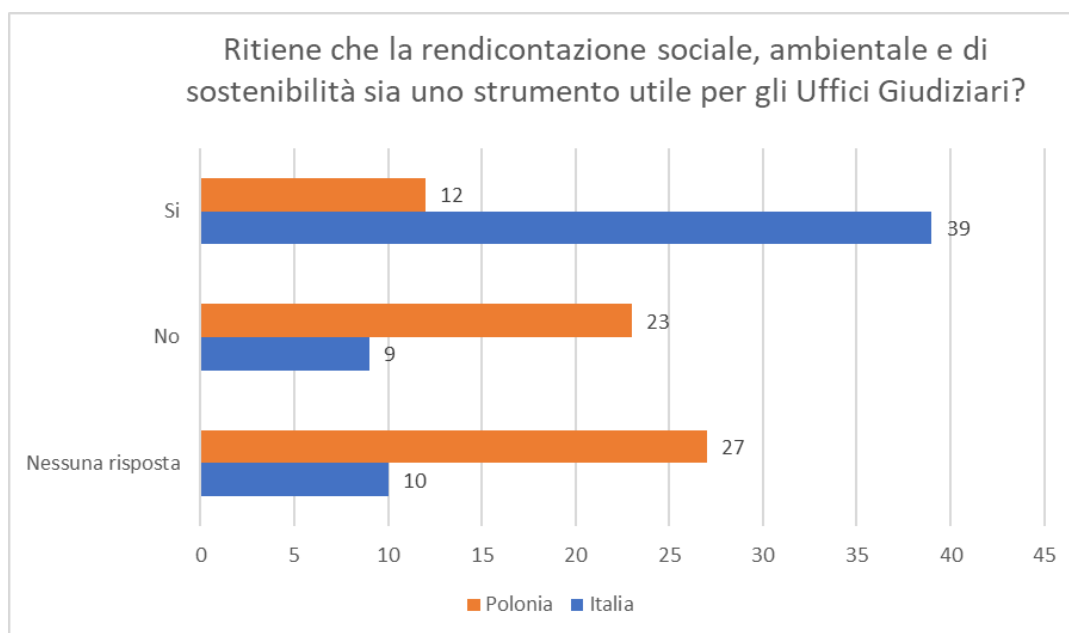
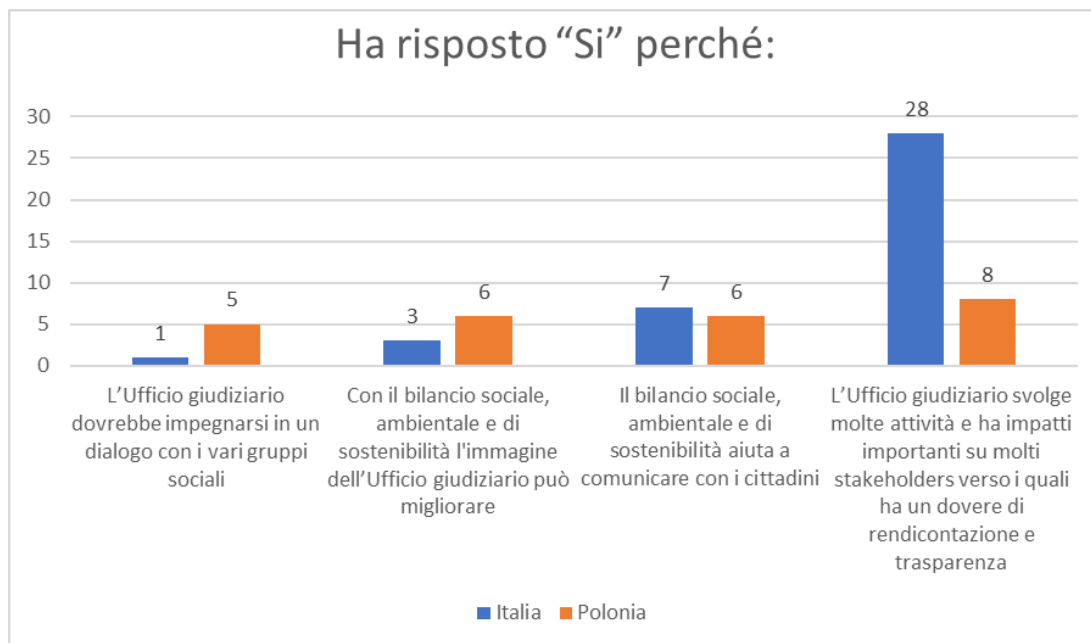


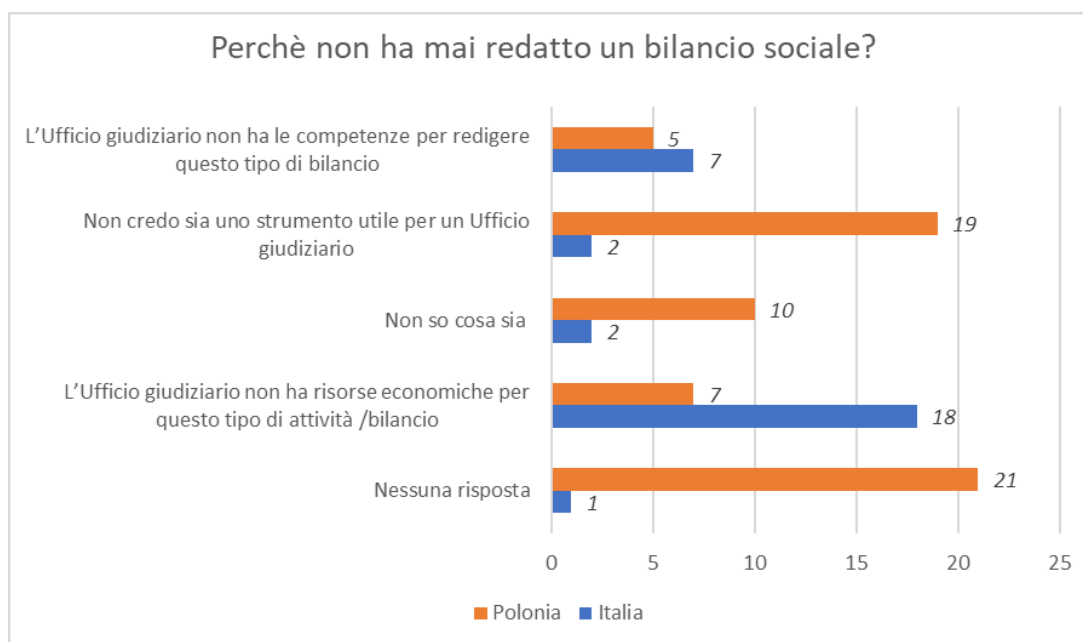
Figura 2. Ragioni sottese alla percezione positiva circa l'utilità della rendicontazione socio-ambientale e di sostenibilità negli Uffici Giudiziari.



4.2. Lo stato dell'arte sulla diffusione delle pratiche in Italia e Polonia.

L'analisi delle pratiche di rendicontazione sociale negli Uffici italiani e polacchi ha mostrato che solo 2 tribunali polacchi (3,22% del campione polacco) hanno già redatto un bilancio sociale, mentre la diffusione risulta maggiore in Italia: tra i rispondenti, 16 tribunali (28,07% dei tribunali italiani campione) hanno già pubblicato almeno un bilancio sociale in relazione alle proprie attività. A coloro i quali hanno affermato di aver già intrapreso un percorso di rendicontazione sociale, è stato richiesto cosa (contenuto) e come (modello/struttura) lo hanno fatto. Sia i rispondenti italiani che quelli polacchi hanno dichiarato che per lo più i bilanci si sono focalizzati sulla descrizione delle attività istituzionali, tralasciando, quindi le attività e gli impatti sociali e ambientali; le informazioni economico-finanziarie e l'identificazione degli stakeholder. Inoltre, la maggior parte degli Uffici non ha seguito alcuna linea guida o standard ufficiale, anche per le eccessive informazioni richieste o la scarsa adeguatezza allo specifico contesto organizzativo. Coloro i quali hanno fornito risposta negativa circa l'adozione del bilancio sociale, sono state richieste le motivazioni alla base di tale scelta (Figura 3).

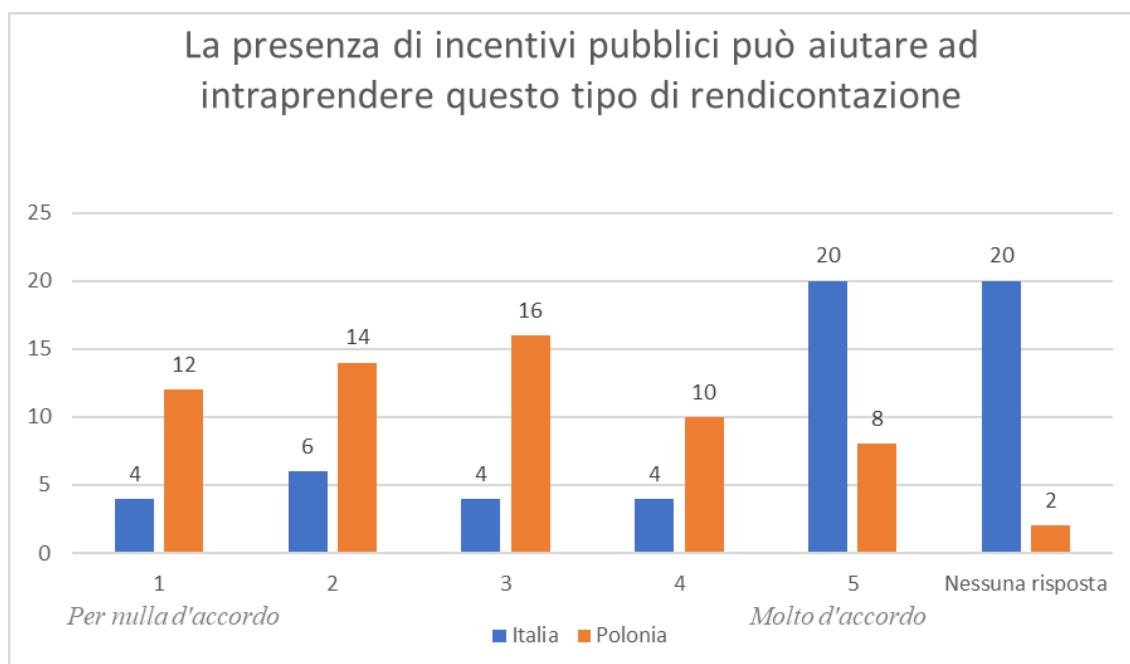
Figura 3. Ostacoli all'adozione del bilancio socio-ambientale e di sostenibilità.



Anche in tal caso, si riscontrano importanti differenze tra Italia e Polonia. La sostanziale inutilità della rendicontazione sociale è ancora una volta citata nel contesto giudiziario polacco: secondo 19 tribunali polacchi (30,64% del campione polacco), questo fattore è il principale ostacolo alla sua diffusione. Per quanto riguarda il contesto italiano, è l'assenza di risorse finanziarie specificamente dedicate a queste attività a rappresentare la motivazione principale della scarsa diffusione delle pratiche di rendicontazione sociale (18 tribunali, 31,58% del campione italiano). Coerentemente, la maggior parte degli Uffici Giudiziari italiani nel campione analizzato individua nella presenza di incentivi pubblici un valido aiuto alla diffusione della rendicontazione di sostenibilità. Anche in questo caso, è possibile riscontrare una notevole differenza con il campione polacco, in cui sono state raccolte risposte in senso opposto (26 tribunali, il 41,93% del campione polacco, non sono d'accordo) (Figura 4).

In entrambi i contesti, è stato invece individuato come potenziale driver della rendicontazione la presenza di linee guida o standard *ad hoc* (35 Uffici polacchi e 24 Uffici italiani si sono detti d'accordo o molto d'accordo).

Figura 4. Utilità percepita degli incentivi pubblici come driver della rendicontazione socio-ambientale e di sostenibilità.



5. Discussione e implicazioni.

Lo studio evidenzia che il grado di consapevolezza in merito alla rendicontazione di sostenibilità è ancora debole, sebbene vi sia una notevole differenza tra i due Paesi. Infatti, gli Uffici Giudiziari polacchi hanno mostrato una scarsa comprensione della funzione e degli obiettivi della rendicontazione sociale, ambientale e di sostenibilità, mentre un grado di consapevolezza più elevato è stato riscontrato nel contesto italiano. Queste circostanze minano, ovviamente, anche la percezione della sua utilità, che appare controversa.

Inoltre, è stata evidenziata una limitata diffusione delle pratiche attuali. Così come in altri contesti investigati in letteratura (si veda, ad esempio, Williams et al., 2011; Bellringer et al., 2011), nel contesto italiano, ove, come si è già evidenziato, vi sono una maggiore consapevolezza dello strumento, della sua utilità e quindi una maggiore motivazione nella sua redazione, il principale ostacolo all'adozione è stato individuato nella mancanza di risorse finanziarie. Anche le risorse umane non risultano adeguate, considerata la peculiarità delle conoscenze e delle competenze richieste. Di conseguenza, la presenza di incentivi pubblici è stata indicata come potenziale importante driver. Da ciò si potrebbe desumere, che normative pubbliche che guidino tale sforzo di rendicontazione – oltre agli incentivi finanziari – siano particolarmente efficaci in Italia. In effetti, il progetto “Diffusione delle buone pratiche negli uffici giudiziari” ha fortemente contribuito alla comprensione della rendicontazione di sostenibilità e alla sua prima adozione in Italia (Ricci e Fusco, 2016; Fusco, 2022), ma il presente studio dimostra come la sua efficacia sia stata principalmente a breve termine, non sia consolidata, e

come ciò non garantisca la continuità delle esperienze. La circostanza che le pratiche considerate non siano ancora diffuse o che vi sia stato un alto tasso di abbandono è quindi da imputare alla: i) non obbligatorietà; ii) mancanza di risorse finanziarie/incentivi pubblici; iii) persistenza di una certa riluttanza dei tribunali verso la questione della responsabilità. D'altra parte, gli uffici giudiziari polacchi hanno dimostrato di non avere consapevolezza di questo strumento, considerato del tutto inutile; questa percezione rende anche poco allettante la possibilità di beneficiare di eventuali incentivi pubblici. Ulteriori ricerche dovranno chiarire se questa sfiducia sia dovuta soltanto a una semplice mancanza di conoscenza e consapevolezza, che porta con sé la concezione della rendicontazione sociale come un altro potenziale dovere da adempiere, oneroso da un punto di vista amministrativo, ma non utile allo svolgimento dell'attività istituzionale, oppure se vi è altro. Occorre sottolineare, infatti, che il sistema giudiziario polacco è gravato da numerosi obblighi in termini di statistiche giudiziarie che, nel corso degli anni, più che contribuire al più efficiente funzionamento degli Uffici, ha appesantito e reso non tollerabile ulteriori iniziative di misurazione e rendicontazione. Tuttavia, un'ulteriore spiegazione potrebbe derivare dal carattere eccessivamente chiuso del sistema giudiziario e, dunque, ad una generale riluttanza ad aumentare, almeno in tempi rapidi, la trasparenza delle azioni intraprese (Banasik e Morawska, 2016, 2019).

Per quanto concerne la prevalente non aderenza ad alcuna linea guida o standard nazionale o internazionale e alla quasi esclusiva focalizzazione sulla descrizione dell'attività istituzionale, ciò potrebbe derivare dalla forte specificità della missione di queste organizzazioni, che rende certamente difficile interpretare le tre dimensioni della rendicontazione di sostenibilità – economica, sociale e ambientale – e redigere un documento quali-quantitativo su tali aspetti. In questa prospettiva, la creazione di linee guida *ad hoc* appare essenziale per una crescita della rendicontazione di sostenibilità nei sistemi giudiziari. Questi risultati sono coerenti con quelli di studi precedenti, sia sul sistema giudiziario (es. Ricci e Fusco, 2016, 2020; Ricci e Pavone, 2020, Civitillo, Ricci e Fusco, 2022) sia, più in generale, sulle organizzazioni del settore pubblico (es. Farneti et al., 2019; Niemann e Hoppe, 2018; Greiling et al., 2015; Guthrie e Farneti, 2008), che hanno sottolineato la scarsa diffusione complessiva dello strumento e un grado di comunicazione non uniforme.

Lo studio mette, inoltre, in luce pochi punti comuni e molte differenze tra i due Paesi. È quindi possibile presumere che diversi contesti culturali e istituzionali influenzino le pratiche di rendicontazione di sostenibilità e le opinioni su di esse. Questi risultati sono coerenti con Greco et al., (2012) e Galera et al. (2014), sebbene l'evidenza empirica risulti ancora non univoca.

Sebbene questo studio costituisca la parte esplorativa di un progetto più ampio, che mira a sviluppare un modello per la redazione dei bilanci di sostenibilità negli uffici giudiziari ed occorra dunque analizzare in modo più approfondito un opportuno campione di Uffici dei due Paesi, presenta diversi elementi di originalità. Mostra un quadro sullo stato dell'arte della rendicontazione di sostenibilità nei sistemi giudiziari esaminati, inclusa la consapevolezza e la comprensione dello strumento, che sono nozioni poco indagate, così come il comparto pubblico "giustizia". Inoltre, adotta una

prospettiva comparativa internazionale, che è piuttosto insolita in questo ambito di ricerca, fornendo al contempo alcuni spunti pratici sia per i *practitioners* e i *policymakers* che intendano incoraggiare la diffusione della rendicontazione di sostenibilità nei sistemi giudiziari. Infatti occorre innanzitutto puntare sull'aumento della consapevolezza circa il significato, la funzione e l'utilità dello strumento; rafforzare la rete territoriale al fine di reperire risorse finanziarie o umane a supporto dell'organizzazione nella redazione del report; spingere e, laddove possibile, cooperare nella redazione di specifiche linee guida o standard per regolare la rendicontazione di sostenibilità negli organismi giudiziari.

La strada da fare è ancora lunga, nella ricerca accademica così come nelle pratiche. Tuttavia, nel recuperare il terreno non si potrà non tenere conto di nuove ed ulteriori tendenze che stanno interessando il sistema giudiziario. Al di là di dinamiche istituzionali e politiche specifiche dei singoli contesti nazionali (si pensi alla ennesima riforma del sistema giudiziario italiano), la giustizia appare, infatti sempre più despaializzata e, in prospettiva, digitalizzata (Garapon, 2021; Garapon e Lassègue, 2018). La progressiva separazione tra spazio fisico/geografico e spazio normativo, processuale e decisionale così come la volontà di tendere ad una giustizia che sia infallibile e predeterminabile, grazie al supporto informatico e al calcolo, pongono numerosi interrogativi, etici e non solo, ed incideranno altresì sulle logiche gestionali, organizzative e nella relazione con il cittadino e gli altri *stakeholder*. Di cosa rendere conto? Chi dovrà farlo? Sebbene si tratti di fenomeni ancora più o meno in potenza, non si può negare che la tendenza, con diversi gradi di avanzamento nel mondo, è già in atto, e non si potrà non attenzionarla nel prosieguo degli studi.

Referenze

Argento, D., G. Grossi, K. Persson, & T. Vingren. (2019). "Sustainability disclosures of hybrid organizations: Swedish state-owned enterprises." *Meditari Accountancy Research*, 27(4), pp. 505-533. doi: 10.1108/MEDAR-07-2018-0362.

Ball, A., & J. Bebbington. (2008). "Accounting and reporting for sustainable development in public service organizations." *Public Money and Management*, 28(6), pp. 323-326. doi: 10.1111/j.1467-9302.2008.00662.x.

Ball, A., S. Grubnic, & J. Birchall. (2014). "Sustainability accounting and accountability in the public sector. In *Sustainability accounting and accountability*, London: Routledge.

Banasik, P., & Morawska, S. (2016). "The Courts' Public Image—The Desired Direction of Change, *International Journal for Court Administration*, ISSN 2156-7964; pp. 2-11; DOI:10.18352/ijca.213

Banasik, P., & Morawska, S. (2019). "Action Research: Cooperation of Practitioners and Researchers for Knowledge Development in Public Organisations", w: [From Policy Design to Policy. Practice e-Proceedings of the 27th NISPAcee Annual Conference](#), ISBN: 978-80-89013-99-9.

Banca Mondiale (2017). "World Development Report 2017: Governance and the Law." Washington." DC: World Bank, retrieved from <http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017>; accessed on 24th October 2020.

Banca Mondiale (2020). "Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies." Washington, DC: World Bank, retrieved from <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>, accessed on 24th October 2020.

Bellringer, A., Ball, A., & Craig R. (2011). "Reasons for sustainability reporting by New Zealand local governments". *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal* 2(1), pp. 126-138

Bovens, M. (2007). Analysing and assessing accountability: A conceptual framework, *European law journal* 13(4), pp. 447-468.

Civitillo R., Fusco F., Ricci P. (2022). "Accountability e rendicontazione sociale nel sistema giudiziario italiano". *CERIDAP*, DOI: 10.130/2723-9195/2022-4-25.

Commissione Europea (2020). "The 2020 EU justice scoreboard." Retrieved from https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2020_en.pdf, accessed on 25th October 2020

Contini, F., & Mohr, R. (2007). "Reconciling independence and accountability in judicial systems." *Utrecht Law Review*, 3, 26.

Csaszar, F. A., & Levinthal, D. A. (2016). Mental representation and the discovery of new strategies. *Strategic Management Journal*, 37(10), 2031-2049.

Del Sordo, C., Farneti, F., Guthrie, J., Pazzi, S., & Siboni, B. (2016). "Social reports in Italian universities: disclosures and preparers' perspective". *Meditari Accountancy Research*, 24(1), pp. 91-110.

Domingues, A. R., R. Lozano, K. Ceulemans, & T. B. Ramos. (2017). "Sustainability reporting in public sector organisations: Exploring the relation between the reporting process and organisational change management for sustainability." *Journal of environmental management*, 192, pp. 292-301.

Douglas, J. W., & Hartley, R. E. (2003). "The politics of court budgeting in the states: Is judicial independence threatened by the budgetary process?." *Public Administration Review* 63(4), pp. 441-454.

Dumay, J., Guthrie, J. & Farneti, F. (2010). "GRI sustainability reporting: guidelines for public and third sector organizations." *Public Management Review*, 12(4), pp. 531-548.

Environmental Management, 22(5), 271-285.

Fabri, M., & P. M. Langbroek (Eds.). (2000). "The challenge of change for judicial systems: developing a public administration perspective." Amsterdam: IOS Press, Ohmsha.

Farneti, F., Guthrie, J. & Canetto, M. (2019). "Social reports of an Italian provincial government: a longitudinal analysis." *Meditari Accountancy Research* 27(4), pp. 580-612.

Fusco F., *La rendicontazione socio-ambientale e di sostenibilità nel sistema giudiziario italiano: presupposti scientifici ed evidenze empiriche*. Economia delle aziende e delle amministrazioni pubbliche, FrancoAngeli, Milano, 2022.

Fusco, F., & Ricci, P. (2019). "What is the stock of the situation? A bibliometric analysis on social and environmental accounting research in public sector." *International Journal of Public Sector Management* 32(1), pp. 21-41.

Galera, A. N., de los Ríos Berjillos, A., Lozano, M. R., & Valencia, P. T. (2014). "Transparency of sustainability information in local governments: English-speaking and Nordic cross-country analysis". *Journal of Cleaner Production*, 64, pp. 495-504.

Gamage, P., & Sciulli, N. (2017). "Sustainability reporting by Australian universities." *Australian Journal of Public Administration*, 76(2), pp. 187-203.

Garapon, A., & Lassègue, J. (2021). *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*. Il mulino, Bologna, [trad. it. Di *Justice digitale: révolution graphique et rupture anthropologique*. 2018, PUF, Paris] Garapon, A. (2021). *La despaializzazione della giustizia*. Mimemis Edizioni, Milano [trad. it.]

Garoupa, N., & Magalhães, P. C. (2020). "Public trust in the European legal systems: independence, accountability and awareness." *West European Politics*, doi.org/10.1080/01402382.2020.1715605.

Graham, C. B., & Hays, S. W. (Eds.). (2017). *Handbook of court administration and management*. London: Routledge.

Greco, G., Sciulli, N., & D'onza, G. (2012). "From Tuscany to Victoria: some determinants of sustainability reporting by local councils." *Local Government Studies* 38(5), pp. 681-705.

Greiling, D., Traxler, A. A., & Stötzer, S. (2015). "Sustainability reporting in the Austrian, German and Swiss public sector." *International Journal of Public Sector Management* 28(4/5): 404-428.

Guimaraes, T. A., Gomes, A. O., & Guarido Filho, E. R. (2018). Administration of justice: an emerging research field. *RAUSP Management Journal*, 53, 476-482.

Guimarães, T. D. A., Odelius, C. C., Medeiros, J. J., & Vargas Santana, J. A. (2011). Management innovation at the Brazilian superior tribunal of justice. *The American Review of Public Administration*, 41(3), 297-312.

Guthrie, J., & F. Farneti. 2008. "GRI sustainability reporting by Australian public sector organizations." *Public Money & Management* 28 (6): 361-366.

Johnson, M.P. (2015), "Sustainability management and small and medium-sized enterprises: managers' awareness and implementation of innovative tools", *Corporate Social Responsibility and*

Kaur, A., & S. K. Lodhia. 2019. "Sustainability accounting, accountability and reporting in the public sector." *Meditari Accountancy Research* 27(4):498-504. doi: 10.1108/MEDAR-08-2019-510.

Lodhia, S., Jacobs, K., & Park, Y. J. (2012). "Driving public sector environmental reporting: the disclosure practices of Australian commonwealth departments." *Public Management Review*, 14(5), pp. 631-647.

Mak, E. (2008). "The European judicial organisation in a new paradigm: the influence of principles of 'new public management' on the organisation of the European courts." *European Law Journal* 14(6), pp. 718-734.

Malleson, K. (1999). *The new judiciary: The effects of expansion and activism*. Routledge, e-book edition 2016.

Manes-Rossi, F., Nicolò, G. & Argento, D. (2020). "Non-financial reporting formats in public sector organizations: a structured literature review." *Journal of Public Budgeting, Accounting & Financial Management* 32(4), pp. 639-669. doi: 10.1108/JPBAFM-03-2020-0037

Melles G. (2020). "Sustainability Reporting in Australian Universities: Case Study of Campus Sustainability Employing Institutional Analysis." In Leal Filho W., Borges de Brito P., Frankenberger F. (Eds). *International Business, Trade and Institutional Sustainability*. World Sustainability Series. Cham: Springer.

Milne, M., A. Ball, & R. Gray. 2008. "Wither Ecology? The Triple Bottom Line, the Global Reporting Initiative, and the Institutionalization of Corporate Sustainability Reporting". Paper presented at the 2008 AFAANZ/IAAER Conference, Sydney, Australia, 6–8 July.

Mulgan, R. (2000). "'Accountability': An ever-expanding concept?." *Public administration* 78(3), pp. 555-573.

Nationi Unite (UN). (2015). "Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development." Division for Sustainable Development Goals, New York, NY, USA.

Nazioni Unite (UN). (2019). Sustainable Development Goal 16: Focus on public institutions, World Public Sector Report 2019, Division for Public Institutions and Digital Government, Department of Economic and Social Affairs, New York: NY, USA.

Niemann, L., & Hoppe, T. 2018. "Sustainability reporting by local governments: a magic tool? Lessons on use and usefulness from European pioneers." *Public management review* 20(1), pp. 201-223.

Organisation For Economic Co-Operation, & Development (OECD). 2016. "Leveraging the SDG's for Inclusive Growth: Delivering Access to Justice for All." Retrived from <http://www.oecd.org/gov/delivering-access-to-justice-for-all.pdf>, accessed on 24th October 2020.

Raine, J. W., & Willson, M. J. (1995). "New public management and criminal justice." *Public Money & Management* 15(1), pp. 35-40.

Reddick, C. G., T. Demir, & B. Perlman. (2020). "Horizontal, Vertical, and Hybrid: An Empirical Look at the Forms of Accountability." *Administration & Society*, 52(9), pp. 1410-1438. doi: 10.1177/0095399720912553.

Ricci P. (2016). "Accountability" (entry). In Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy & Governance, Editor: Ali Farazmand, Springer International Publishing, 2017, Springer International Publishing Switzerland

Ricci P., & Civitillo R. (2018). *Italian Public Administration Reform: What are the Limits of Financial Performance Measures?*, in C. Bianchi, E. Borgonovi, E. Anessi Pessina (a cura di), Outcome-Based Performance Management in the Public Sector, Springer Series on "System Dynamics for Performance Management", Volume 2, Springer International Publishing AG, Switzerland, pp. 121-140.

Ricci P., & Fusco, F. (2016). "Social Reporting in the Italian Justice System: Milan's Court experience.", *Public Integrity*, 18(3), pp. 254-268.

Ricci, P. & Fusco, F. (2020). "Sustainability Reporting in Public Sector: a comparative study in the Italian Justice System." *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale*, 2, pp. 200-215.

Ricci, P., Pavone, P. (2020). "The experience of social reporting in Italian judicial offices. The laboratory of the public prosecutor's office in Naples." *International Journal of Public Sector Management*, 33(6/7), pp. 713-729. <https://doi.org/10.1108/IJPSM-04-2020-0102>

Rottman, J. W., L. D. Smith, D. A. Long, & C. Crofts. (2007). "Implementing judicial management systems within an integrated Justice information framework: a case study on information systems development in the public sector." *The American Review of Public Administration*, 37(4), pp. 436-457.

Spigelman, J. (2001). "The "new public management" and the courts." *Australian Law Journal*, 75, p. 748.

Tommasetti, A., R. Mussari, G. Maione, & D. Sorrentino. 2020. "Sustainability Accounting and Reporting in the Public Sector: Towards Public Value Co-Creation?". *Sustainability*, 12(5): 1-19, <https://doi.org/10.3390/su12051909>.

Vinnari, E., & M. Laine. (2013). "Just a passing fad? The diffusion and decline of environmental reporting in the Finnish water sector." *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 26(7), pp. 1107-1134.

Visser, M., R. Schouteten, & J. Dijkers. (2019). "Controlling the Courts: New Public Management and the Dutch Judiciary." *Justice System Journal*, 40(1), pp. 39-53.

Volacu, A. (2018). "Justice, efficiency, and the new public management." *Australian Journal of Public Administration*, 77(3), pp. 404-414.

Williams, B., T. Wilmshurst, & R. Clift. (2011). "Sustainability reporting by local government in Australia: Current and future prospects." *Accounting Forum*, 35(3), pp. 176-186.

Zhao, N. & Patten, D.M. (2016). "An exploratory analysis of managerial perceptions of social and environmental reporting in China: Evidence from state-owned enterprises in Beijing". *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*, 7(1), pp. 80-98. doi.org/10.1108/SAMPJ-10-2014-0063.

UN'APPARENTE 'PROVOCAZIONE': PUÒ L'INDOTTO NEL DELITTO DI CUI ALL'ART. 319-QUATER C.P. COSTITUIRSI PARTE CIVILE?

di Fabrizio Rippa

La punibilità prevista per il soggetto indotto ai sensi del secondo comma dell'art. 319-quater c.p., renderebbe apparentemente superfluo – per non dire provocatorio – domandarsi se questi possa agire per ottenere un risarcimento del danno subito in virtù della pressione prevaricatrice esercitata tramite l'abuso del pubblico agente, costituendosi parte civile in un eventuale giudizio a carico di quest'ultimo. Tuttavia, la struttura del delitto in questione – rimasta ambigua anche dopo numerosi assestamenti giurisprudenziali – non permette di addivenire de plano ad una simile conclusione, rendendo anzi necessario vagliare le numerose ipotesi nelle quali sembra invece potersi prospettare una soluzione positiva al quesito.

SOMMARIO: 1. Il soggetto indotto e la legittimazione alla costituzione di parte civile. Le ipotesi al vaglio. – 2. Il contesto: l'evoluzione normativa dell'art. 319-quater c.p. e le questioni lasciate in sospeso. – 3. Un caso di sicura legittimazione all'azione civile per l'indotto: la riqualificazione del fatto da concussione per induzione ad induzione indebita. – 4. L'ipotesi di induzione indebita consumata. – 4.1. I casi problematici (o *border line*). – 5. Il tentativo di induzione indebita ed il ruolo del privato resistente.

1. Il soggetto indotto e la legittimazione alla costituzione di parte civile. Le ipotesi al vaglio.

Chiedersi se il soggetto indotto ai sensi dell'art. 319-quater c.p. possa considerarsi legittimato ad avanzare una pretesa risarcitoria, costituendosi parte civile in un eventuale giudizio a carico del pubblico agente coinvolto nella illecita contrattazione, è domanda apparentemente provocatoria: almeno nei casi di consumazione del fatto, la risposta negativa dovrebbe essere immediatamente desunta dal diretto coinvolgimento dell'*extraneus* nelle vicende della punibilità, ai sensi del secondo comma della disposizione in commento; egli, in quanto protagonista attivo dell'episodio criminoso (quale concorrente necessario di un reato a struttura bilaterale, o – secondo altra tesi ricostruttiva – come autore di autonoma fattispecie mono-soggettiva), sarebbe responsabile di una condotta strumentale rispetto al verificarsi dell'evento dannoso¹, da

¹ Si v., di recente, Cass., sez. VI, 29 ottobre 2020 (dep. 12 novembre 2020) n. 31890, pubblicata in questa *Rivista*, 5 febbraio 2021, con nota di P. CHIARAVIGLIO, [Induzione indebita ex art. 319-quater c.p. e legittimazione al risarcimento del danno in capo al soggetto indotto](#): «il soggetto che promette o eroga il denaro o l'utilità concorre al perfezionamento della fattispecie di reato, essendo da lui concretamente esigibile una condotta diversa.

individuarsi esclusivamente nella lesione dei beni del buon andamento e dell'imparzialità della P.A.². E ciò al netto di un accordo concluso con la controparte pubblica nel quale, al di là della prospettiva utilitaristica, ha giocato un ruolo fondamentale (e discriminante rispetto alla corruzione vera e propria) l'atteggiamento prevaricatorio del pubblico agente, che ha abusato della sua qualifica o dei suoi poteri.

E tuttavia, un esame meno superficiale della 'storia normativa' del delitto in parola potrebbe portare già in queste ipotesi (ovverosia di reati perfezionatisi con l'acquiescenza del privato indotto) quantomeno ad utilizzare una formula dubitativa, chiedendosi se, nei meandri dei possibili modi di manifestarsi di una fattispecie dalla geometria punitiva così 'irregolare', non si nascondano delle valide ragioni per sostenere il contrario.

Altro versante di indagine, seppur al primo collegato, è quello che riguarda invece il caso di induzione del pubblico agente che si sia arrestata alla fase della mera proposta contrattuale, ma che abbia poi incontrato la resistenza del privato (e che magari abbia anche denunciato l'episodio alle autorità): ammessa la configurabilità del tentativo di induzione indebita – soluzione, come si vedrà, per nulla scontata (seppur pacificamente ammessa in giurisprudenza) – sarà possibile considerare in questi casi il privato non solo quale soggetto passivo, ma anche quale titolare di un interesse danneggiato dalla condotta del pubblico agente, e dunque legittimato ad avanzare pretese risarcitorie assumendo un ruolo nel processo penale?

Per poter individuare possibili risposte a tali domande (senza avere la pretesa – né la capacità – di fornire quelle che si ritengono sicuramente *corrette*, ma solo quelle *plausibili*), appare opportuno ripercorrere a grandi linee l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale di tale figura di reato, un percorso oramai decennale che non sembra, tuttavia, averne ancora lumeggiato del tutto i contorni; lasciando anzi sorprendentemente in un limbo dogmatico la fondamentale questione della *natura giuridica* del delitto di cui all'art. 319-*quater* c.p., dalla quale dovrebbero discendere anche gli argomenti logico-giuridici per provare a dare risposta ai quesiti avanzati.

Tale concorso si esprime proprio nel momento della promessa o della dazione, quand'anche seguita alla promessa, momento che al tempo stesso realizza l'evento della condotta induttiva dell'intraneo. Sta di fatto che tale momento deve essere valutato nella sua interezza come risultato convergente di condotte parimenti illecite, anche il soggetto indotto dovendosi reputare corresponsabile della dazione o della promessa».

² In tal senso si sono espresse pressoché unanimemente tanto la dottrina quanto la giurisprudenza: per la prima, *ex pluribus*, M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali – Artt. 314-335-bis cod. pen., Commentario sistematico*, Milano, 2013, 866-867; per la seconda, valga il principio espresso da Cass. pen., Sez. un., 24/10/2013 (dep. 14/03/2014), n. 12228, *Maldera*. La sentenza, che rappresenta un fondamentale snodo nel percorso ermeneutico della fattispecie, è stata variamente commentata su numerose riviste, ci si limita qui a ricordare uno dei primissimi commenti ad opera di G.L. GATTA, [Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito](#), in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014.

2. Il contesto: l'evoluzione normativa dell'art. 319-*quater* c.p. e le questioni lasciate in sospeso.

Unicum nello scenario comparativo delle legislazioni penali, il delitto di cui all'art. 319-*quater* c.p. festeggerà a breve il primo decennio di vita. Senza che possa dirsi maturato, in tale periodo, un convincente o univoco assetto teorico ed una conseguente razionalità applicativa della fattispecie.

L'operazione normativa con la quale venne introdotto il reato di induzione indebita a dare o promettere utilità³ non è mai risultata, in verità, pienamente comprensibile:

– non lo è stata, innanzitutto, dal punto di vista *politico-criminale*: ci si chiese, al di là della formale giustificazione 'esogena' (ovverosia quella fondata su di un preteso rispetto di obblighi internazionali)⁴, quale fosse la reale necessità di prevedere una ulteriore fattispecie volta a colpire le interferenze tra abusi dei poteri pubblici e dazioni indebite da parte dei privati, in un campionario già ricco di disposizioni e che andava ulteriormente ad ampliarsi con la coeva introduzione del traffico di influenze illecite e la dilatazione del tipo normativo della corruzione (definitivamente svincolato dalla tradizionale impostazione mercantile mediante la riscrittura dell'art. 318 c.p.)⁵;

– benché non si trattasse poi di mero sdoppiamento (o 'spacchettamento') dell'originario art. 317 c.p. – l'inedita previsione della punibilità anche del privato indotto si oppose (si sarebbe dovuta opporre) sin da subito a tale lettura riduttiva – fu da subito chiaro che la figura delittuosa di nuovo conio, per 'diritto successorio', sarebbe stata fatalmente destinata ad ereditare e procrastinare tutte le profonde problematiche emerse sotto la vigenza della vecchia concussione per induzione; ed allora, se l'intento fu quello di provare a districare quei tortuosi nodi interpretativi, la novella risultò poco felice anche dal punto di vista *tecnico-redazionale*, rimanendo la descrizione

³ Essa vide la luce grazie alla legge c.d. Severino del 2012, che la inserì nel codice penale posizionandola in coda alle disposizioni in tema di corruzione 'propria'; contestualmente quella riforma ridusse l'ambito applicativo dell'art. 317 c.p., con l'effetto di ridisegnare la geometria – divenuta negli anni sbilenco – del sistema di penale rilevanza delle illecite locupletazioni dei pubblici agenti; anche qui, nella vasta ed autorevole platea dei commentatori, ci si limita a segnalare D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione* (L. 6 novembre 2012, n. 190), in *Cass. pen.*, supplemento n. 11, 2012; A. MANNA, *Considerazioni generali sulla legge anticorruzione e sul decreto legislativo delegato in tema di incandidabilità e decadenza dei parlamentari*, in *Trattato di Diritto penale – Parte generale e speciale – Riforme 2008-2015*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Milano, 2015, 167 ss.

⁴ Sul punto, con rilievi critici, S. MANACORDA, *Normativa internazionale e scelte politico-criminali di contrasto alla corruzione: il "piano inclinato" della riforma*, in AA.VV., *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, Milano, 2013, 171 ss.; e E. DOLCINI-F. VIGANÒ, [Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, 242; nonché, sia consentito, F. RIPPA, *L'induzione del pubblico agente. Un'indagine fra tradizione giuridica e nuovi orizzonti normativi*, Roma, 2020, 317 ss.

⁵ Cfr. F. VIGANÒ, [Sui supposti guasti della riforma della concussione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2013, 144-145, il quale non nasconde anche le particolari motivazioni 'politiche' e giudiziarie che spinsero il legislatore a tale scelta, preoccupato del possibile effetto demolitorio sui processi in corso (si di uno, in particolare!) che l'opzione 'secca' – tesa all'eliminazione *tout court* del delitto di concussione – avrebbe provocato.

dell'incriminazione ancorata ad uno dei più eterei e polivalenti tratti semantici presenti nella legislazione penale, ovverosia quello di 'induzione'⁶;

– sotto il profilo delle conseguenze *esegetico-sistematiche*, infine – ed in conseguenza di quanto premesso – non fu difficile preconizzare le innumerevoli questioni che avrebbero da allora in poi impegnato gli operatori del diritto, avendo il legislatore disegnato una figura intermedia tra la corruzione e la concussione, la cui ambiguità di fondo avrebbe portato con sé elevati rischi di interferenze – concettuali ed applicative – con l'una e con l'altra.

In effetti, la legalità 'offerta' dalle sentenze di merito e di legittimità nei primi mesi di vita della nuova disposizione non ha smentito i rischi iscritti in una norma deficitaria già sul piano della legalità 'promessa'⁷. Nel tentativo di rintracciare il *discrimen* tra i diversi reati a rischio di collisione, gli interpreti hanno variamente fatto a ricorso a criteri oggettivo-normativizzanti (modalità comunicative più o meno aggressive; prospettazione di un danno ingiusto o di un danno *secundum ius*) o soggettivo-psicologizzanti (maggiore o minore effetto costringitivo rispetto al libero arbitrio del privato)⁸, talvolta utilizzandoli anche in chiave complementare: discutibili o a tratti semplificatori, in ogni caso sovrappostisi con andamento euristico, essi si sono rivelati assolutamente incapaci di fornire parametri selettivi idonei a garantire la prevedibilità della risposta sanzionatoria⁹. Soprattutto nei riguardi dei destini processuali del privato, rispetto al quale la faccenda si fa particolarmente 'angosciante': il confine tra le singole fattispecie, lungi dal rappresentare una questione di maggiore o minore gravità dell'illecito e della conseguente quantificazione di una risposta sanzionatoria comunque pienamente 'meritata' (come avviene per il soggetto pubblico), segnala invece il punto cruciale nel quale egli da vittima di un'aggressione diviene soggetto attivo di una dinamica para-corruttiva – seppur sbilanciata sul versante pubblico –, se guardiamo ai rapporti tra 317 c.p. e 319-*quater* c.p.; ed una non meno rilevante evoluzione da autore di un fatto 'minore' (e comunque indotto dall'abuso del pubblico agente) a complice incondizionato di un *pactum sceleris*, del quale egli risponderà secondo le stesse regole di ascrizione del fatto all'*intraneus*, se si guarda ai rapporti tra l'induzione indebita e la corruzione.

⁶ Sull'utilizzo di tale complesso sintagma nella legislazione penale, v. D. PIVA, *Premesse ad un'indagine sull' "induzione" come forma di concorso e "condotta-evento" del reato*, Napoli, 2013; con particolare riferimento al suo utilizzo nella fattispecie in commento, e prima ancora nel 'vecchio' delitto di concussione, F. RIPPA, *L'induzione*, cit. *passim* e spec. 180 e ss.

⁷ Su tali concetti, e sull'evoluzione giurisprudenziale della vecchia concussione per induzione, T. PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1302 ss.

⁸ Per un approfondimento su tali problematiche, sia nuovamente consentito di rinviare a F. RIPPA, [La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità, tra danno ingiusto e vantaggio indebito. Il recupero di criteri normativo-qualitativi e il rifiuto di indici soggettivo-quantitativi](#) – Nota a Cass., sez. VI, 15880/2020, in *Arch. pen. web*, 2/2020.

⁹ Per una dettagliata analisi dei filoni giurisprudenziali sorti nell'immediato post-riforma, V. MONGILLO, [L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione](#), in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2013.

Risultati del tutto appaganti non si sono ottenuti neanche a seguito dell'intervento delle SS.UU., che con la nota sentenza Maldera del 2013-14 hanno provato a 'stagnare' i contorni delle tre fattispecie coinvolte, riuscendo tuttavia solo in parte a contenere il rischio di 'infiltrazioni': se di indubbio valore è stata l'individuazione del requisito implicito del *vantaggio indebito* quale elemento caratterizzante il delitto *ex art. 319-quater c.p.*, e nel quale si sostanzia la ragione della punibilità del privato (che trae beneficio illecito dall'accordo con il pubblico ufficiale)¹⁰, meno esaudiente è risultato il *dictum* sia sotto il profilo della descrizione della condotta tipica di induzione (genericamente indicata come prevaricatrice, seppur non dovendosi segnalare come minacciosa); sia sotto quello del rapporto con le altre ipotesi: rimasto comunque fumoso nei confronti della corruzione (solo in questa si realizza la piena *par condicio contractualis*, mentre nella prima il privato vive e conclude l'accordo in uno stato di soggezione), quello con la concussione risiederebbe nella dicotomia minaccia di danno ingiusto (quale dato qualificante della condotta costringitiva *ex art. 317 c.p.*) *vs.* prospezzazione di un vantaggio indebito, elemento implicito ma indefettibile dell'introdotta figura di reato. Salvo poi rinunciare alla perentorietà del suindicato criterio in una serie di numerose situazioni *border-line*, nelle quali il confine tra le due ipotesi rischia nuovamente di essere affidato a parametri valutativi di incerto tenore epistemologico¹¹.

Non stupisce, di conseguenza, come nella prassi successiva a Maldera (spesso attraverso un ricorso a formule adesive meramente formali ai principi espressi dalle Sezioni Unite) siano riemersi con carsica ostinazione i vecchi stilemi interpretativi, imperniati di elementi ricognitivi delle fattispecie a base psicologico-motivazionale¹²; con tutto ciò che ne consegue in termini di possibile arbitrarietà dei meccanismi di riscontro probatorio e di conseguente differenziazione delle posizioni del soggetto pubblico e di quello privato.

L'uniformità di giudizio che ci si sarebbe aspettati dopo una sentenza assunta in via plenaria è stata poi palesemente contraddetta in ordine ad uno degli aspetti più pregnanti dal punto di vista dogmatico, ovvero sia quello relativo alla *natura giuridica* del delitto di induzione indebita¹³. Poiché, in effetti, è da essa che dipendono le soluzioni in ordine a numerosi aspetti di disciplina del reato *ex art. 319-quater c.p.*, come quelli relativi

¹⁰ «La punibilità del privato è il vero indice rivelatore del significato dell'induzione», e non è dunque possibile prescindere dal vantaggio indebito, che «al pari della minaccia tipizzante la concussione assurge al rango di "criterio di essenza" della fattispecie induttiva», cfr. Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, *cit.*, p. 36.

¹¹ Per una sintetica analisi di tali casi limite – si tratta, nello specifico dei casi di *abuso di qualità* (p. 40 della sentenza), di *prospettazione di un danno generico* (p. 41), di *minaccia-offerta o minaccia-promessa* (p. 41 s.), di *minaccia dell'uso di un potere discrezionale* (p. 43), ed infine dei casi da risolvere confrontando e bilanciando i beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale (p. 43/44) – cfr., G.L. GATTA, *Dalle Sezioni unite, cit.*, § 8; M. T. COLLICA, [La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti](#), in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, 195 ss.; a sostegno delle argomentazioni della corte, P. PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 568 ss.

¹² Si veda, in proposito, l'esemplificativa rassegna di decisioni commentata da M.A. BARTOLUCCI, *"I conti della serva". Funzione nomofilattica al banco di prova della giurisprudenza post-Maldera in tema di concussione vs. induzione indebita*, in *Le società*, 8-9/2016, 1029 ss.

¹³ Su tale specifico tema, anche per l'originalità della soluzione proposta, P. BARTOLO, *L'art. 319-quater e i "nuovi" reati di "induzione indebita e "corruzione indotta"*, in *Arch. pen.*, 2/2015.

all'individuazione del momento consumativo, ai limiti di configurabilità del tentativo, ed in definitiva al ruolo complessivamente rivestito dai due protagonisti dell'illecito mercimonio delle pubbliche funzioni. Sul punto lo iato è evidente: laddove in Maldera era stato lapidariamente indicato nel carattere bilaterale del fatto la sua essenza di reato plurisoggettivo necessario, in numerosi arresti successivi della giurisprudenza di legittimità – preso atto probabilmente della difficoltà di ammettere altrimenti la punibilità del tentativo – si è invece proposta l'alternativa ricostruzione secondo lo schema delle due fattispecie mono-soggettive, legate sì da un rapporto di consequenzialità (l'induzione del pubblico agente come antecedente causale del comportamento del privato indotto), ma indipendenti quanto a struttura e regime di punibilità¹⁴.

In verità, un tale atteggiamento ermeneutico – apparentemente 'eretico' rispetto alla funzione nomofilattica – andrebbe riguardato con occhio meno severo e critico. Da un lato, in effetti, sono state le stesse SS.UU. a seminarne nel proprio *dictum* il germe, dapprima affermando la natura concorsuale del delitto in commento, sul modello del reato-contratto (che come tale non ammetterebbe la punibilità del mero tentativo di accordo, salva espressa previsione derogatoria); e poi incoerentemente (ed a dispetto della logica sistematica) ammettendone nei passaggi successivi la punibilità a titolo di tentativo, data per scontata nel momento in cui si è trovata a dover delineare le differenze tra l'induzione (non accolta) del soggetto pubblico e l'istigazione alla corruzione passiva. Dall'altro, le oscillazioni in parola sono il risultato pressoché scontato di una formulazione normativa (e di una scelta politico-criminale) votata al compromesso, attraverso la quale – pur di non rinunciare alla punibilità del soggetto privato che *obtorto collo* abbia comunque tratto indebito vantaggio dall'accordo – si è dato vita ad una posizione soggettiva 'anfibia', un po' vittima ed un po' beneficiaria dell'abuso del pubblico agente¹⁵. Con un simile statuto di tipicità, a ben vedere, viene invertita la normale logica inferenziale per cui è dall'analisi delle condotte e del loro contributo di offensività che si dovrebbe ricavare l'informazione complessiva sulla natura giuridica del delitto, che invece viene utilizzato come un apriori il cui possibile contenuto (natura bilaterale plurisoggettiva o singoli reati mono-soggettivi) è alternativamente sostenibile con forza logica deduttiva tutto sommato equivalente.

¹⁴ A partire da Cass. Sez. VI, 11 gennaio 2013 (dep. 15 aprile 2013) n. 17285, rv. 254620 in C.E.D., si sono poi pronunciate in tali termini: Cass. Sez. VI, 12 gennaio 2016 (dep. 22 febbraio 2016) n. 6846; Cass. Sez. VI, 22 giugno 2016 (dep. 22 agosto 2016) n. 35271; Cass. Sez. VI, 29 maggio 2018 (dep. 2 agosto 2018); in dottrina, si sono espressi a favore di tale tesi, ad es., S. SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di Mattarella-Pelissero, Torino, 2013, p. 396 ss. e B. MAGRO, *Il tentativo di induzione indebita*, nota a Cass. Sez. VI, 11 aprile 2014 (dep. 21 luglio 2014) n. 32246, in *Cass. pen.*, 2014, p. 4088 ss.

¹⁵ Testualmente, per F. VIGANÒ, *Sui supposti guasti della riforma*, cit., 146, «il privato ben può essere considerato, in tali ipotesi, al tempo stesso complice – rispetto alla distorsione dell'attività amministrativa – e vittima – sotto il profilo della diminuita libertà di autodeterminazione –, in piena coerenza del resto con la natura pluri offensiva del reato».

Un ‘bipolarismo’ dell’illecito che appare, francamente, irriducibile, cosicché ogni soluzione tesa a rivelarne la ‘vera anima’ rimarrà indefettibilmente aleatoria, uno sforzo dogmatico mai veramente esente da possibili obiezioni: a ben vedere, la norma innesta in un unico fatto di reato esattamente quei segmenti di tipicità che nei rapporti tra la concussione e la corruzione ne segnalano i contrapposti significati di disvalore (condizionamento psicologico/libertà del volere, *metus publicae potestatis*/parità contrattuale, male ingiusto/vantaggio indebito, soggettività passiva del privato/co-autoria). E se sotto il profilo criminologico nessun dubbio può sorgere sulla aperta devianza del comportamento del pubblico ufficiale (disposto a piegare il proprio ruolo e le proprie funzioni in vista di prospettive lucrative e parassitarie), la condotta del privato cittadino galleggia invece tra due opposte spinte motivazionali, convintosi ad accettare la proposta della controparte sia in vista del perseguimento di un vantaggio indebito, ma anche (e con eguale valore causale) per sottrarsi all’abusiva e prevaricatoria pressione subita¹⁶.

Questa breve ricognizione dell’evoluzione normativa della fattispecie ha permesso di ricordare l’esistenza di numerosi aspetti di disciplina (tuttora) controversi, rispetto ai quali sembra allora lecito dubitare della pretesa linearità di ragionamenti che – partendo dal presupposto della punibilità prevista anche in capo al privato indotto – ne deducano poi *de plano*, ed in ogni caso, l’impossibilità per costui di vestire i panni del danneggiato. E non sono solo le ‘doppiezze’ rilevate già sul piano astratto della struttura e della *ratio* dell’incriminazione (natura giuridica sfuggente e conformazione ancipite della figura dell’indotto) a legittimare il sospetto che possano esistere soluzioni alternative; ma anche la presenza di un ‘sottobosco’ di situazioni concrete nelle quali, per stessa ammissione della giurisprudenza, gli schemi si complicano, ed in cui gli elementi differenziali delle fattispecie (che ne dovrebbero determinare anche il ruolo complessivamente assunto da ciascuno dei protagonisti della vicenda illecita) si fanno più sfumati o addirittura si cumulano in un unico episodio di vita, in cui attribuire e giustificare categoricamente una responsabilità in capo al soggetto indotto – o al contrario escluderla – diviene operazione ancor meno automatica.

Un percorso, dunque, ricco di ramificazioni e strade alternative, che occorre esplorare per verificare se alcune di esse approdino ad esiti differenti rispetto al quesito che ci si è posto.

¹⁶ In tal senso, D. PIVA, “Alla ricerca dell’induzione perduta”: le Sezioni Unite tentano una soluzione, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2014, 231, per il quale la nuova fattispecie sottenderebbe «un rapporto “a tre”, in base al quale l’agire del privato è sorretto non più solo da un unico motivo [...] bensì da due motivi co-determinanti (l’altrui pressione e la volontà di perseguire un indebito vantaggio), ciascuno dei quali da solo non sufficiente a determinare la condotta».

3. Un caso di sicura legittimazione all'azione civile per l'indotto: la riqualificazione del fatto da concussione per induzione ad induzione indebita.

Si tratta, in verità, di ipotesi non del tutto pertinente rispetto al tema proposto, poiché attiene non alla possibilità di qualificare l'indotto *ex art 319-quater c.p.* quale danneggiato per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore della novella; quanto alla differente questione circa la perdurante ammissibilità della costituzione di parte civile del privato relativa a fatti pregressi alla riforma – originariamente inquadrati come ipotesi di concussione per induzione – e poi, nelle more del giudizio, riqualificati *ex art 521 c.p.p.* come episodi di induzione indebita a dare o promettere utilità. Ed è anche plausibile immaginare che, a distanza ormai significativa di anni dall'entrata in vigore della legge 'Severino', difficilmente situazioni del genere si riproporranno all'attenzione degli interpreti.

Ma non sia considerata mera pedanteria farvi un breve cenno: in effetti, la soluzione positiva a questo specifico quesito (fornita in più occasioni dalla stessa Corte di Cassazione¹⁷), come si vedrà a breve, si basa su argomenti di puro diritto intertemporale, e non certo su ragioni di ordine sostanziale. Il che, *a contrario*, potrebbe rappresentare un puntello a sostegno del generale diniego della possibilità di considerare il 'nuovo' indotto quale soggetto danneggiato dalla condotta del pubblico agente (ove non vengono in rilievo, per l'appunto, specifiche ragioni e regole di ordine successorio).

La continuità normativa tra la vecchia concussione per induzione e la nuova induzione indebita è infatti presupposto necessario per poter ammettere una ridefinizione del fatto ai sensi del primo comma dell'art. 521 c.p.p.: ciò implica che il soggetto 'riqualificato' come indotto (e non più concusso) mantiene una legittimazione all'azione civile non perché sia da considerarsi danneggiato da un punto di vista, per così dire, 'naturalistico', ma solo da quello 'normativo', per effetto delle regole di diritto intertemporale. Che anzi egli, al pari dell'indotto vero e proprio (per i fatti *post* riforma), è un soggetto che – in concreto, ed a prescindere dalla precedente qualificazione giuridica di quei comportamenti in termini di punibilità o meno – ha *approfittato* dell'occasione di sfruttamento del *munus* pubblico prospettatagli dall'*intraneus*.

In effetti, il "concusso" per induzione (che – *ça va sans dire* – non può retroattivamente assumere la veste di imputato per il nuovo reato di cui all'art. 319-quater c.p.),¹⁸ conserva la legittimazione all'azione civile nel processo per l'originario reato di

¹⁷ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 06/06/2017, (ud. 06/06/2017, dep. 08/08/2017), n. 38994; Cass. Pen., Sez. VI, ud. 25.1.2013, n. 31957, in D&G, 24 luglio 2013, con nota critica di F.G. CAPITANI, *La Cassazione giunge ad una soluzione che pare irrazionale: un agente di reato risarcisce un concorrente*; l'informazione provvisoria di tale pronuncia era stata pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 1 febbraio 2013, con [scheda](#) di G.L. GATTA.

¹⁸ Come correttamente osservato da A. INNOCENTI, *Il problema della "sorte processuale" della costituzione di parte civile in caso di successione di leggi penali nel tempo*, in www.ilpenalista.it, 22 settembre 2017, «la qualificazione del fatto originariamente contestato come concussione per induzione nel nuovo reato di cui all'art. 319-quater c.p., avviene sulla base del principio fissato dall'art. 2, comma 4, c.p. in quanto si tratta di norma penale più favorevole all'imputato; ma lo stesso principio non può trovare applicazione anche per la parte civile e ritenere che la riqualificazione del fatto nel nuovo reato di induzione, che assoggetta a sanzione penale anche

concussione (solo) in virtù del principio generale secondo cui «se un fatto costituisce illecito civile nel momento in cui è stato commesso, su tale qualificazione e sulle relative conseguenze non influiscono le successive vicende della punibilità, in quanto in tema di responsabilità civile non si applica la disciplina di cui all'art. 2 c.p., ma quella di cui all'art. 11 preleggi, secondo cui agli effetti civili la legge non dispone che per l'avvenire»¹⁹.

Si tratta, dunque, di salvaguardare un diritto (quello al risarcimento del danno da illecito civile) la cui tutela risulta 'impermeabile' rispetto alle vicende modificative che investono la legge penale (da cui quel diritto origina)²⁰. E che tuttavia, dovendosi muovere sul piano squisitamente formale dei principi di diritto intertemporale, non può prendere in considerazione la mutata valutazione del legislatore in ordine a comportamenti pur rimasti strutturalmente invariati.

Mutamento assiologico del quale dà atto la stessa Corte di Cassazione: se per i fatti anteriori alla riforma la soluzione non può essere che quella di separare i binari sui cui viaggiano i criteri di ascrizione della responsabilità penale e di quella civile (derivante da reato), a seguito della novella del 2012, invece, «non può ritenersi configurabile una tutela risarcitoria in relazione ad una condotta illecita altrui a vantaggio di chi, ponendo in essere un comportamento doloso e penalmente sanzionato, rende possibile a tale condotta di raggiungere il risultato vietato dall'ordinamento giuridico»²¹.

colui che è stato indotto, condizioni il diritto di quest'ultimo al risarcimento per i danni derivati dall'originario reato di concussione. Sarebbe d'altronde ingiustificato operare una valutazione complessiva dell'art. 319-*quater* c.p., come legge più favorevole per l'imputato, in ragione del fatto che in essa il concusso non riveste più il ruolo di persona offesa e, per l'effetto, escludere il diritto al risarcimento del danno provocato all'epoca dal reato, atteso che il richiamo alle norme più favorevoli rispetto all'imputato, contenuto nell'art. 2, comma 4, c.p. si intende pacificamente riferito alle disposizioni penali, con esclusione dei possibili effetti civili da queste indirettamente derivanti».

¹⁹, la quale specifica inoltre che «il fatto contestato agli imputati, per le parti di condotta antecedenti all'entrata in vigore della L. n. 190 del 2012, pur mutando qualificazione giuridica rispetto al momento in cui è stato commesso, è rimasto illecito penale anche alla data della pronuncia delle decisioni di primo e secondo grado ed ha determinato una sentenza di condanna: sicché risulta pienamente rispettato il principio posto dall'art. 538 c.p.p., comma 1, secondo cui il giudice penale decide sulla domanda per le restituzioni ed il risarcimento dei danni solo quando pronuncia sentenza di condanna».

²⁰Come affermato dalla giurisprudenza di legittimità anche in caso di *abolitio criminis*, cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 21 gennaio 1992, n. 2520, Dalla Bona; Cass. Pen., Sez. V, 20 dicembre 2005, n. 4266, Colacito; Cass. Pen., Sez. V, 24 maggio 2005, n. 28701, Romiti.

²¹ Cass. Pen., Sez. VI, 06/06/2017, (ud. 06/06/2017, dep. 08/08/2017), n.38994. Del resto, in giurisprudenza non si è mancato di segnalare come la possibilità per il concusso di richiedere la tutela risarcitoria in caso di induzione, seppur legittima, apparisse paradossale: «la figura criminosa introdotta nel codice penale dal comma 75 dell'art. 1 l. 6 novembre 2012 n. 190 – articolo 319 quater c.p. – permette di perseguire, anche se con pena inferiore rispetto a quella comminata per l'"intraneus", anche il privato che tragga indebitamente una qualsivoglia utilità dalla "trattativa" con il pubblico ufficiale, o con l'incaricato di pubblico servizio, mentre, vigente la l. 26 aprile 1990 n. 86, l'"indotto" dalla concussione si sarebbe persino potuto costituire parte civile nel procedimento a carico del concussore, lucrando, pertanto, un'utilità, nel non essere assoggettato alle conseguenze della sua situazione "contra ius", e godendo anche di un'inconcepibile ristoro dei danni a seguito della prospettata minaccia di far valere un diritto – previsto dall'art. 1438 c.c. – non potendo opporre, il concussore per induzione, il "versarsi in re illicita" del concusso, Corte Appello di Napoli,

La ‘via maestra’, seppur in maniera incidentale, viene dunque indicata già in questo tipo di pronunce: il privato indotto – che sin dall’origine venga qualificato come autore del fatto di cui all’art. 319-*quater* c.p. – non può avanzare pretese risarcitorie, poiché la diminuzione patrimoniale subita in conseguenza della dazione indebita a favore del pubblico agente non solo non può dirsi estorta, ma rappresenta il ‘prezzo’ di un’illegittima prestazione a suo vantaggio.

4. L’ipotesi di induzione indebita consumata.

Emblematica della linea di ragionamento fin qui seguita, è la soluzione offerta da una recente decisione della VI sezione della Corte di Cassazione (n. 31890/2020)²²: nell’annullare senza rinvio la sentenza d’appello che aveva inizialmente statuito il risarcimento del danno a favore di un soggetto indotto, vengono ribaditi i seguenti due punti:

– ai sensi dell’art. 319-*quater* c.p. «il soggetto che promette o eroga il denaro o l’utilità concorre al perfezionamento della fattispecie di reato, essendo da lui concretamente esigibile una condotta diversa». Il momento perfezionativo della fattispecie, da identificarsi già al momento della promessa dell’indebito²³, rappresenta unitariamente il «risultato convergente di condotte parimenti illecite», dovendosi pertanto considerare il soggetto indotto pienamente responsabile di tale atto; se ciò è vero, allora, «non risulta concretamente ravvisabile la legittimazione e l’interesse ad agire, per ottenere un risarcimento del danno derivante da condotta induttiva, da parte del soggetto che con la sua condotta ha concorso alla realizzazione del risultato illecito che l’ordinamento intende scongiurare»²⁴;

– d’altronde, la circostanza che tale tipo di riscontro (il privato concorre all’offensività del fatto, che si esaurisce sul piano pubblicistico della lesione al bene del buona andamento e dell’imparzialità della p.a.) non influisca «retrospettivamente sulla valutazione di situazioni risalenti ad epoca anteriore all’entrata in vigore della legge 190 del 2012, allorché la promessa e la dazione non costituivano per sé un fatto illecito, ma solo il risultato e dell’unica condotta illecita altrui, rilevante anche sul piano civilistico», conferma la natura squisitamente normativo-formale – se vogliamo priva di giustificazioni sostanziali – della qualifica di soggetto passivo (ed, in questo caso, anche di danneggiato) del vecchio concusso per induzione, almeno in tutti i casi nei quali egli aveva tratto indebito vantaggio dal (pur) prevaricatorio atteggiamento del pubblico agente.

Sez. II, 14/06/2013, n.3277.

²² Cfr. nota n.1.

²³ Mentre la dazione, qualora differita rispetto alla promessa, rappresenta il momento consumativo della fattispecie, secondo il modello del *reato a duplice schema*. Per tale categoria, cfr. Cass. Sez. Un., 25 febbraio 2010 (dep. 21 aprile 2010) n. 15208, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 955 ss. con nota di V. MAIELLO, *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra testo, contesto e sistema*.

²⁴ Cfr. § 3 della sentenza.

Tali affermazioni, almeno dal punto di vista logico-formale, risultano ineccepibili: dati per acquisiti i caratteri strutturali della fattispecie in esame – così come chiariti da Maldera in poi –, l'assenza di titolarità in capo al soggetto privato di possibili pretese risarcitorie deriva dalla sua volontaria partecipazione ad un abuso della funzione pubblica, che avverrà *pro domo sua* ed in piena consapevolezza del carattere illegittimo del vantaggio che verrà acquisito (e, dunque, anche della natura indebita della dazione). La circostanza che tale condotta sia stata indotta dal soggetto qualificato attraverso forme comunicative 'suggestive', blandamente prevaricatorie, ma in ogni caso non minacciose (*ergo* non costringitive), non influisce sulla sua qualifica di coautore del fatto. Il meccanismo punitivo non manca certo di prendere in considerazione questa sua situazione di debolezza contrattuale dovuta alla pressione abusiva dell'intraneo, ma lo fa già – ed in maniera assorbente rispetto a qualsiasi altra valutazione sulla sua condotta ed il suo ruolo – dal punto di vista della dosimetria sanzionatoria, punendolo meno severamente di quanto non farebbe se egli agisse quale (libero) corruttore.

Ad identiche soluzioni, per altro, si deve giungere sia che si voglia ammettere la natura bilaterale del delitto in questione, sia – viceversa – che si voglia sostenere la diversa tesi delle due fattispecie monosoggettive: se acquiescenza vi è stata, sotto forma di promessa o dazione del denaro o dell'altra utilità, questa rappresenta il momento in cui le due condotte si incontrano, in cui la prima (quella dell'intraneo) riverbera efficacia causale sulla seconda (quella dell'indotto), legate (non importa se 'normativamente' o solo 'naturalisticamente') dal nesso di condizionamento psichico che ha utilizzato quale leva motivazionale la prospettiva utilitaristica del vantaggio indebito. Non si potrebbe, cioè, – in caso di autonomizzazione dei due fatti sul piano della tipicità – considerare contemporaneamente il soggetto privato quale vittima della fattispecie di cui al primo comma dell'art. 319-*quater* c.p. e soggetto attivo di quella del secondo comma, poiché il perseguimento del vantaggio indebito – elemento volontaristico che si concretizza in caso di accettazione della proposta – vale a 'coprire' ogni possibile profilo di danno che potrebbe ricondursi al carattere prevaricatorio della condotta del soggetto pubblico (abuso che invece rileva, si è visto, sulla differente commisurazione del disvalore delle reciproche condotte dei protagonisti della vicenda illecita, sia nel confronto fra loro che in quello con le condotte presenti nelle limitrofe ipotesi di concussione o di corruzione).

Dunque, almeno in via generale, deve essere confermata l'assenza in capo al soggetto indotto del diritto ad ottenere il risarcimento del danno (e la restituzione dell'indebito) ed a costituirsi parte civile in un procedimento che lo vedrà già coinvolto quale coautore del fatto o comunque responsabile di una condotta il cui disvalore (rappresentato dal perseguimento di un vantaggio indebito) non permette di fargli assumere la veste di danneggiato.

Affermare la validità di tali conclusioni, tuttavia, non significa doverne riconoscere la loro portata in termini assoluti: in effetti le conclusioni cui giunge la giurisprudenza (e, in verità, anche la dottrina²⁵) ci sembrano corrette fintanto che la

²⁵ Per tutti, cfr. C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, II ed., Milano, 2013, 867.

fattispecie si sia realizzata secondo lo schema ‘base’ in cui, accanto alla prospettazione del vantaggio indebito, l’abuso della qualità o dell’ufficio si sia espresso attraverso quelle forme più blande di prevaricazione che non siano sfociate in atteggiamenti di tipo costrittivo. Occorrerà invece verificare più attentamente cosa accade nelle diverse ipotesi che la prassi ha indicato come situazioni *borderline*, e che si presentano come più o meno significative ‘variazioni sul tema’ rispetto alla configurazione principale che il delitto può assumere.

4.1. I casi problematici (o border line).

Tali ipotesi (v. *supra*, *sub* nota 11) danno atto di come la criminalità affaristico-corruttiva sia per sua natura fluida, prismatica, una realtà «variegata, in quanto caratterizzata da situazioni relazionali che, proprio perché maturano in contesti tendenzialmente propensi all’illegalità, presentano aspetti di ambiguità e di opacità». Ed ove, di conseguenza, anche i ruoli dei soggetti coinvolti sono più difficili da etichettare attraverso le consuete categorie proposte dalla teoria generale del reato (soggetto attivo, soggetto passivo, danneggiato)²⁶.

Sembra opportuno, rispetto allo specifico profilo di analisi affrontato, suddividere queste situazioni ‘problematiche’ in due sottogruppi, a seconda che la complessità dell’episodio delittuoso derivi da *ambiguità* comunicativa o da vera e propria *ambivalenza* della proposta illecita del pubblico agente. Le prime complicano *processualmente* la vicenda punitiva, le seconde *sostanzialmente* (e, quindi, concettualmente):

1) nel primo raggruppamento rientreranno i casi dell’*abuso della qualità* (abuso cd. soggettivo, in contrapposizione all’abuso funzionale)²⁷, della *prospettazione di un danno generico*, e dell’abuso avente ad oggetto *l’esercizio di un potere discrezionale*: si tratta di situazioni nelle quali, *prima facie*, non è semplice stabilire quale sia il contenuto dell’abuso pubblicistico, se esso sia cioè utilizzato in chiave costrittiva (come minaccia, cioè, di un male ingiusto) ovvero contenga pur sempre una prospettiva utilitaristica (sotto forma di generica disponibilità *pro futuro* o di possibilità di evitare legittime conseguenze dannose), e che dunque richiedono un più puntuale riscontro dal punto di vista probatorio per verificare quale sia – fuori di ogni ragionevole dubbio – la dinamica

²⁶ «Le dinamiche della corruzione sistemica tendono anche ad alterare i ruoli tipizzati dalle norme incriminatrici [...] con la conseguenza che ci si trova di fronte a modalità comportamentali ambivalenti o comunque ambigue, non riconducibili per intero né alla concussione né alla corruzione», G. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 887; sul ruolo del privato nelle vicende *lato sensu* corruttive, M. PELISSERO, *Il ruolo della vittima ad un bivio: il fenomeno della corruzione*, in C. Piemontese – E. Venafro, *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino 2005, 159 ss.; T. PADOVANI, *Il problema «tangentopoli» tra normalità dell’emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448 ss.

²⁷ Si tratta di quelle situazioni, piuttosto frequenti nella prassi, in cui il pubblico funzionario «fa pesare, per conseguire la dazione o la promessa dell’indebito, tutto il peso della sua posizione soggettiva, senza alcun riferimento al compimento di uno specifico atto del proprio ufficio o servizio», Maldera, cit., 41.

relazionale instauratasi tra i due contraenti; da un punto di vista sostanziale, tuttavia, non muta il quadro di tipicità dell'episodio criminoso, che andrà ricondotto – all'esito di questo più approfondito accertamento – alla corrispondente norma incriminatrice secondo il criterio generale: ove dovesse essere stabilito che la prevaricazione del pubblico agente ha assunto i connotati della vera e propria costrizione, il fatto andrà qualificato come concussivo, con conseguente e piena legittimazione passiva del soggetto privato, che avrà facoltà anche di costituirsi in giudizio per ottenere il risarcimento del danno e la restituzione dell'indebito; se, al contrario, dovesse dimostrarsi e rivelarsi determinate una prospettazione in chiave 'utilitaristica', la fattispecie si qualificherà come induzione indebita, e varrà quanto detto in precedenza sull'impossibilità di avanzare pretese risarcitorie e di assumere un ruolo diverso da quello di coimputato per l'indotto. Piuttosto, il fatto che in tutti questi casi la condotta si presenti più sfumata (tanto da richiedere uno sforzo probatorio maggiore), potrebbe far sorgere il dubbio che il soggetto privato – anche a fronte di un accordo che nelle intenzioni del pubblico agente si voleva come vantaggioso per entrambi – abbia erroneamente 'percepito' come minaccioso l'atteggiamento della controparte, e che dunque egli abbia agito in uno stato di totale assoggettamento alle richieste dell'intraneo (una sorta di concussione 'preterintenzionale', se si concede l'utilizzo assolutamente atecnico di tale espressioni). Qui, il non aver agito per conseguire illegittime posizioni di vantaggio, dovrebbe portare ad escludere la punibilità del privato ai sensi dell'art. 319-*quater*, co. 2 c.p., per mancanza dell'elemento soggettivo. A stretto rigore, di conseguenza, la condotta del pubblico agente andrebbe ricondotta all'ipotesi del tentativo (in effetti, l'accordo non c'è stato, almeno non nei termini intesi dall'autore della proposta illecita), lasciando forse spazio per una pretesa restitutoria a favore del privato

2) il secondo gruppo ricomprende le ipotesi di *minaccia-offerta* e quelle in cui vengono in rilievo alcuni *beni giuridici fondamentali* (come la salute o la libertà sessuale) che giocano un ruolo determinante nei processi decisionali del privato. Sono accomunate in effetti, dalla necessità di procedere ad un bilanciamento degli interessi in gioco, all'esito del quale i normali criteri dell'ingiustizia del male minacciato e del carattere indebito del vantaggio perseguito potrebbero risultare ininfluenti ai fini dell'inquadramento normativo dell'episodio criminoso. Per quanto riguarda il secondo sottoinsieme, in verità, la questione esula dallo specifico tema di approfondimento: poiché si tratta di casi nei quali il soggetto pubblico *sfrutta consapevolmente* ed a proprio vantaggio una situazione di particolare *stress* emotivo – in cui entrano in gioco beni di primaria importanza per la controparte privata²⁸ –, la giurisprudenza non esita ad

²⁸ Sono ipotesi, in effetti, in cui il soggetto privato, sebbene tragga un indebito vantaggio aderendo alla richieste del pubblico agente, tuttavia si trovi ad accettare l'accordo con il pubblico agente in virtù di un particolare turbamento emotivo, o perché il bene oggetto del male prospetto riveste per lui una particolare importanza (come la vita o l'incolumità fisica), tale per cui la prospettiva di salvaguardarlo rende in un certo senso necessitato il ricorso all'aiuto offerto dal pubblico agente; o perché attraverso la sua controprestazione indebita – ed al di là della natura giusta o ingiusta del male che egli intenda evitare – egli sia costretto a sacrificare un bene altrettanto rilevante e di natura strettamente personale (come nel caso, noto, della prestazione sessuale richiesta dal pubblico agente alla prostituta. Per una più articolata proposta di

assimilare tale atteggiamento ad una vera e propria costrizione, con il privato che non può che assumere, di conseguenza, il ruolo di vittima di un fatto concussivo.

Il caso della minaccia-offerta è, fuori di dubbio, il più complesso con cui gli operatori giuridici devono cimentarsi, quello nel quale l'ambivalenza di fondo della fattispecie si fa vera e propria dicotomia di contenuti e significati²⁹. Qui l'alternativa tra minaccia di un danno ingiusto e prospettazione di un beneficio illegittimo non esiste, poiché sono entrambe presenti, «in un'unica realtà inscindibile»³⁰. Dunque, il confine tra costrizione (cioè concussione) ed induzione deve rintracciarsi in un diverso meccanismo che, a ben vedere, è ancora una volta quello del bilanciamento tra gli interessi ingiustamente esposti a pericolo e quelli altrettanto ingiustamente offerti: occorre, secondo l'insegnamento di *Maldera*, «accertare se il vantaggio indebito annunciato abbia prevalso sull'aspetto intimidatorio, sino al punto da vanificarne l'efficacia, e se il privato si sia perciò convinto di scendere a patti, pur di assicurarsi, quale ragione principale e determinante della sua scelta, il lucroso contratto, lasciando così convergere il suo interesse con quello del soggetto pubblico. Ove la verifica dia esito positivo, è evidente che deve privilegiarsi la logica interpretativa del comune coinvolgimento dei protagonisti nell'illecito di cui all'art. 319-*quater* cod. pen. In caso contrario, la marginalizzazione del vantaggio indebito rispetto al danno ingiusto minacciato, che finisce col sovrastare il primo, deve fare propendere per l'abuso concussivo».

Rispetto alla questione affrontata, dunque, si dovrà dunque distinguere: se risulterà prevalente il 'versante' intimidatorio, il privato andrà considerato vittima di concussione, e come tale in possesso anche delle relative facoltà di agire per ottenere il risarcimento dei danni subiti (patrimoniali e non); nel secondo caso, invece, egli dovrà ritenersi ancora una volta complice del fatto, e dunque – assecondando la generale posizione di dottrina e giurisprudenza in caso di induzione indebita consumata – privo di ogni legittimazione all'esercizio dell'azione civile.

inquadramento normativo di tali episodi, si v., tuttavia, quanto sostenuto in F. RIPPA, *L'induzione*, cit., 397 ss.

²⁹ Altrove si è sostenuto, in verità, come il contenuto prevaricatorio di cui si deve colorare la condotta induttiva, non possa che fare necessariamente riferimento ad un atteggiamento minaccioso del pubblico agente, circostanza che renderebbe le ipotesi in parola come l'unico vero caso che giustificerebbe la separata previsione del fatto di cui all'art. 319-*quater* rispetto ai comuni episodi corruttivi, cfr. F. RIPPA, *ibidem*, 412 ss.

³⁰ Ciò è particolarmente evidente (e criminologicamente più plausibile) nel caso della minaccia di esercizio distorto del potere discrezionale, ove la «prospettazione di un male ingiusto, rappresentato dall'esercizio "sviato" del potere discrezionale in senso sfavorevole al privato, difficilmente viene posta come alternativa al mero esercizio "corretto" o quantomeno non pregiudizialmente orientato del potere discrezionale, con conseguente incertezza per il privato sugli esiti dell'esercizio di tale potere [...] L'*extraneus*, infatti, in circostanze di questo tipo, sarebbe maggiormente incentivato a denunciare la condotta abusiva, in quanto egli, dal cedere al ricatto, non ricaverebbe alcuna certezza sull'esito a lui favorevole dell'uso del potere discrezionale da parte del pubblico agente [...] esistono, dunque, delle forti ragioni per ritenere che, in siffatti contesti, lo stesso agente che pone in essere la condotta vessatoria sia incentivato a combinare la richiesta estorsiva con la prospettazione di un vantaggio indebito», M. GIOIA, *Il criterio di distinzione tra concussione e induzione indebita alla prova delle ipotesi di thoffer (minaccia/offerta)*, in [Riformulazione-frattura del delitto di concussione ex art. 317 c.p. – Atti del workshop, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 14 febbraio 2014](#), in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2014, 50.

Ora – lasciando da parte la difficoltà di dimostrare quale dei due meccanismi di condizionamento della volontà abbia prevalso (senza che il giudizio scivoli sul versante psicologico-motivazionale, o peggio ancora su quello autoriale) – non può sfuggire come, in queste ipotesi, il soggetto privato sia stato praticamente ‘costretto’ ad accettare l’accordo corruttivo, poiché l’alternativa sarebbe stata quella di dover rinunciare ad esercitare in maniera legittima le proprie prerogative e la propria libertà di iniziativa economica³¹ (partecipando, ad esempio, ad una gara di appalto o ad altro bando pubblico). Ed è vero che gli è stata offerta come contropartita anche una vantaggiosa ed abusiva opportunità (vincere la gara d’appalto o il bando), ma è anche vero che – come testualmente affermato dalle SS.UU. – tale episodio rappresenta una realtà *inscindibile*, una realtà nella quale egli è stato obbligato a commettere un reato, che lo avrebbe sì visto come coautore, ma dove rinunciare all’accordo con il pubblico agente avrebbe significato anche rinunciare alla legittima pretesa di partecipare *onestamente* e nel rispetto delle regole della legalità al procedimento amministrativo che lo ha poi visto coinvolto.

Non si può nascondere, allora, come questa situazione – anche a prescindere dal bilanciamento di valori tra ciò che viene minacciato e ciò che viene offerto – vedrà sempre il soggetto passivo (anche) come vittima di una costrizione, e non come autore di un accordo corruttivo concluso in uno stato di soggezione provocato dall’abuso dell’intraneo; di conseguenza, un profilo di danno sarà sempre presente rispetto alla sua libertà di autodeterminazione. E se sicuramente ardita appare una tesi volta a riconoscere una sua pretesa risarcitoria (con conseguente legittimazione all’esercizio dell’azione civile), essa non appare del tutto peregrina, almeno nel solco di quelle ricostruzioni dogmatiche che tendono a suddividere il fatto complessivamente descritto dall’art. 319-*quater* c.p. in due distinte fattispecie mono-soggettive: se il privato risulta autore dell’ipotesi del secondo comma, potrebbe nondimeno ritenersi soggetto passivo di quella di cui al primo comma, e la separazione normativa e concettuale tra le due ipotesi lascerebbe margine anche per una separazione delle posizioni sul piano processuale (diversamente, in caso di adesione alla tesi della fattispecie plurisoggettiva necessaria, la soluzione non potrebbe che essere che quella dell’incompatibilità – rispetto allo *stesso fatto di reato* – tra la posizione di autore e quella di vittima). Si ribadisce, una soluzione al limite dell’avventatezza, ma non priva di ragioni di sostenibilità.

5. Il tentativo di induzione indebita ed il ruolo del privato resistente.

L’ultimo profilo di indagine presuppone risolto già in senso positivo il problema della configurabilità del tentativo di induzione indebita, ovvero sia della compatibilità tra l’art. 56 c.p. ed il delitto di cui all’art. 319-*quater* c.p.

Non è mistero come la giurisprudenza abbia sempre dato per scontata tale possibilità, sia in quei filoni in cui si è sostenuta la natura bilaterale del delitto in

³¹ Sul punto, si vedano le interessanti osservazioni, formulate alla luce dei diversi valori – individuali e solidaristici – contemplati attraverso l’art. 41 Cost. di M. GIOIA, *op cit.*, 59 ss.

questione (vale, quale *leading case*, proprio la sentenza Maldera), sia in quelli – evidentemente più accorti alla possibile frizione di tale soluzione con i principi espressi dall'art. 115 c.p. – ove si è optato per la scomposizione in due fattispecie monosoggettive. Più variegato il panorama di soluzioni offerto dal formante dottrinario: chi sposa la tesi della natura unipersonale dei due delitti descritti da primo e secondo comma dell'art. 319-*quater* c.p., non ha poi difficoltà ad ammettere sul piano dogmatico la punibilità del tentativo di induzione da parte del pubblico agente; tra i fautori della struttura plurisoggettiva si alternano posizioni comunque favorevoli alla configurazione della forma tentata e posizioni più rigorose, che ritengono insuperabile l'assenza di una apposita disciplina derogatoria rispetto alla generale regola dell'irrelevanza del tentativo unilaterale di accordo criminoso (come accade, invece, per i fatti di corruzione)³².

Dando dunque per buona la soluzione offerta dal diritto vivente, occorre chiedersi se il privato che abbia resistito all'indebita pressione del pubblico agente possa assumere la posizione di danneggiato, con tutto ciò che ne consegue dal punto di vista processuale.

In questi casi, in effetti, la prospettazione di un vantaggio indebito – che se effettivamente perseguito vale a sostanziare la punibilità del privato nel caso del perfezionamento della fattispecie – non è invece riuscita a svolgere lo sperato effetto motivante, dovendosi dunque escludere qualunque profilo di responsabilità a carico dell'estraneo. Il quale, anzi, con il suo diniego alla conclusione dell'accorso (e magari con la denuncia dell'accaduto), ha dimostrato di saper subordinare un interesse egoistico alla salvaguardia del superiore bene della correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa, in linea con la scala valoriale assunta dal legislatore per valutare l'offensività di tali fatti.

Il fatto che egli non si possa considerare a nessun titolo corresponsabile del fatto, tuttavia, non vale a trasformarlo automaticamente in vittima dell'accaduto (né, a maggior ragione, in soggetto danneggiato): posto infatti che neanche il carattere prevaricatorio della condotta è risultato causalmente efficiente rispetto alla promessa o alla dazione dell'indebito, occorre chiedersi se, almeno astrattamente, questa possa considerarsi sufficiente a determinare una limitazione della libertà di autodeterminazione del privato; ed in caso affermativo, se essa possa considerarsi una lesione meritevole di una forma di ristoro economico.

Il quesito, in verità, è stato già affrontato in giurisprudenza, che in almeno un paio di occasioni non ha esitato a riconoscere tale diritto in capo al soggetto privato: e se in una prima occasione aveva semplicemente affermato – in via peraltro incidentale – che «il reato di induzione indebita non è necessariamente bilaterale, di tal che – nella forma tentata – è ravvisabile in capo al privato la veste di vittima della condotta indebita del soggetto qualificato e, dunque, nell'ipotesi in cui ne ricorrano le condizioni, il diritto al risarcimento del danno»³³, in una successiva pronuncia ha avuto modo di soffermarsi *funditus* non solo sull'ammissibilità di tale soluzione, ma anche sulla natura del danno

³² I. MERENDA, *I reati a concorso necessario fra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016, 150 ss.; R. ZANOTTI, *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Milano, 1985, 158 ss.

³³ Cass., sez. VI, 22 giugno 2016, n. 35271.

subito dall' *extraneus* in caso di induzione tentata. In tale occasione, nel riqualificare un fatto inizialmente contestato come concussione in tentativo di induzione indebita, la Corte ha precisato preliminarmente come da tale operazione «non discenda la trasformazione del privato da vittima a concorrente nel reato»; ed ha poi affermato che «qualora il mancato perfezionamento dell'incriminazione consegua proprio dalla resistenza opposta dal destinatario dell'abuso induttivo del pubblico ufficiale, al privato può certamente essere riconosciuta la veste di 'vittima' in senso proprio della condotta indebita del soggetto qualificato, con conseguente diritto al risarcimento del danno, ovviamente allorché ne ricorrano le condizioni». Tale danno, precisa infine la sentenza, è di natura non patrimoniale, e deve essere commisurato – in via equitativa – soppesando il “pregiudizio morale” sofferto dalla vittima³⁴.

Al riguardo non è mancata qualche nota critica in dottrina, la quale, dopo aver comunque confermato la tendenziale esclusione della componente patrimoniale del danno subito, si è poi soffermata ad indagare quale sarebbe l'eventuale ‘cifra’ morale del danno subito. E la si ritiene insufficiente a giustificare una eventuale pretesa risarcitoria, anche nel confronto con quanto accade nel tentativo di concussione: se in questi casi, infatti «la risarcibilità del danno morale pare garantita dalla presenza di atti idonei a provocare la costrizione che, nonostante il privato vi resista, è da quest’ultimo percepita e subita nei suoi caratteri essenziali, con ciò provocando una situazione di sofferenza psicologica qualificabile come danno morale», nel tentativo di induzione indebita «pare doversi escludere un turbamento psicologico tale da giustificare un risarcimento del danno, atteso che il privato, in definitiva, è solo indotto a reagire ad una sollecitazione – per quanto insistente – in funzione della quale deve scegliere se rispettare la legge oppure porre in essere un comportamento illecito, ma per lui immediatamente vantaggioso»³⁵.

Si tratta di conclusioni, in verità, troppo sbilanciate sul versante 'utilitaristico' dell'induzione indebita – che sembrano quasi appiattirla sul prototipo corruttivo – e di conseguenza tese a svalutare eccessivamente il versante prevaricatorio dell'induzione indebita. Il quale non solo deve essere comunque e generalmente inteso come essenziale requisito di tipicità della condotta *ex art. 319-quater c.p.*, e non riconducibile ad una mera 'insistenza' del pubblico agente. Ma che nel caso dell'induzione tentata è anche l'unico parametro da dover prendere in considerazione rispetto all'influsso sulla psiche del soggetto privato (anche nell'eventuale paragone con la tentata concussione), rimanendo del tutto estranea alla fattispecie la prospettiva dell'indebito vantaggio.

Del resto è lo stesso Autore ad affermare come l'assenza del fine indebito del privato spinga l'interprete ad una «valutazione quantitativa astratta della capacità della condotta del pubblico ufficiale a limitare – in modo blando – l'autodeterminazione del privato», senza che «i più ampi “margin decisionali” del privato indotto possano essere

³⁴ Cass. Sez. VI, 22 giugno 2016 (dep. 22 agosto 2016) n. 35271, in Cass. pen., 2018, p. 229 ss., con nota di M. PANTANELLA, *Il tentativo del reato di cui all'art. 319-quater c.p.*, 9.4; si v., inoltre, Cass. Sez. VI, 29 maggio 2018 (dep. 2 agosto 2018) n. 37589, in Arch. pen., 2020 n. 1, con nota – si permetta – di F. RIPPA, [Dalla concussione alla corruzione, passando per l'induzione indebita a dare o promettere utilità. La strada si interrompe a “mezza via”](#).

³⁵ P. CHIARAVIGLIO, *Induzione indebita*, cit., § 5.

illuminati dalla “acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, [motivata] dalla prospettiva di conseguire un indebito tornaconto personale”³⁶. Insomma, una cosa è riflettere se la condotta prevaricatoria, per definizione più blanda di una minaccia concussiva (e non sempre: si pensi al caso di minaccia-offerta analizzato nel paragrafo precedente), sia sufficiente a determinare un turbamento emotivo tale da meritare una risposta risarcitoria; diverso è argomentare in senso negativo, affermando che tale turbamento è sicuramente inferiore, poiché in definitiva il privato ha semplicemente deciso di non perseguire un illecito scopo utilitaristico.

Diversamente, si ritiene che l'aver deciso di non aderire alla proposta del pubblico agente – rifiutando anche la prospettiva utilitaristica – non degradi, sul piano morale, la scelta del privato ad un mero calcolo sull'opportunità/convenienza tra il rispettare la legge o accettare l'accordo illecito (come invece potrebbe dirsi a proposito di una proposta propriamente corruttiva); ma, anzi, denoti la maggior carica lesiva che l'atteggiamento del pubblico agente – che deve comunque essere, si ripete, abusivamente prevaricatorio – ha potuto assumere nei confronti di chi ha deciso di rispettare la legalità. Ciò è tanto più vero nel caso in cui il privato abbia anche denunciato l'episodio alle competenti autorità³⁷, ulteriore sintomo del fatto che egli abbia rifiutato non per mera indifferenza o per mero calcolo opportunistico rispetto ad una eventuale prospettiva per lui indebitamente vantaggiosa.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Sul ruolo processuale del privato, ed in particolare sulle problematiche connesse ad una sua eventuale denuncia, L. PARLATO, *Concussione/induzione: i punti deboli dell'accertamento processuale*, in *Riformulazione-frattura*, cit., 90 ss.