

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

3/2020

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

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

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, 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, 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, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

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 (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della 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*), 1/2020, p. 5 ss.

LE GARANZIE DELLA “NUOVA” LEGALITÀ

di Roberto Bartoli

Muovendo dal presupposto che per “nuova” legalità s’intenda una legalità che riconosce un ruolo significativo all’attività interpretativa del giudice, l’Autore indaga i riflessi di questa “nuova” legalità sulle garanzie della persona, affrontando due problematiche in particolare. Da un lato, la problematica del rapporto tra legislatore e giudice, al fine di verificare se e come il giudice sia ancora in qualche modo, se non vincolato, comunque condizionabile dal testo della legge. In questa prospettiva sono svolte riflessioni sia sul piano ermeneutico, che sul piano dei controlli a carattere istituzionale sul rispetto della tassatività. Dall’altro lato, viene affrontata la problematica del rapporto tra legislatore/giudice (Stato) e persona. In questa prospettiva l’indagine si concentra sia sugli strumenti istituzionali finalizzati alla stabilizzazione degli orientamenti interpretativi, sia sui principi di garanzia (irretroattività/retroattività, colpevolezza, prevedibilità) che possono operare a tutela della persona in presenza di contrasti giurisprudenziali sincronici o diacronici.

SOMMARIO: 1. I tre tipi di legalità penale. – 1.1. La “vecchia” legalità legalistica: il tramonto di un mito. – 1.2. La “nuova” legalità “interpretativa”: tra legalità giurisprudenziale e legalità costituzionale. – 2. Le due grandi problematiche poste dalla “nuova” legalità: il rapporto tra legislatore e giudice e il rapporto tra legislatore/giudice (Stato) e persona. – 3. Il problematico rapporto tra legislatore e giudice, tra legge e interpretazione. – 3.1. Se “vincolare” il giudice alla legge: tra legalità giurisprudenziale e legalità costituzionale. – 3.2. Come “vincolare” il giudice alla legge. – 3.2.1. Il “vincolo” ermeneutico. – 3.2.1.1. Dalla lettera al “tipo criminoso legale”. – 3.2.1.2. La stabilizzazione di orientamenti basati sul “tipo criminoso giurisprudenziale”: una realtà con cui confrontarsi. – 3.2.1.3. La convivenza di orientamenti basati sul “tipo criminoso legale” e sul “tipo criminoso giurisprudenziale”. – 3.2.2. Il controllo istituzionale. – 4. Il problematico rapporto tra legislatore/giudice (Stato) e persona ovvero la questione dei contrasti giurisprudenziali. – 4.1. Gli strumenti istituzionali di stabilizzazione degli orientamenti interpretativi ovvero gli strumenti di tutela indiretta della persona. – 4.1.1. La prospettiva preventiva e il vincolo del precedente. – 4.1.2. La prospettiva risolutiva e il ruolo delle Sezioni Unite. – 4.1.3. L’art. 618, comma 1-bis, c.p.p. – 4.2. Gli strumenti di tutela diretta della persona. – 4.2.1. La tutela diretta della persona in presenza di contrasto sincronico. – 4.2.1.1. La Sezione semplice davanti al contrasto giurisprudenziale in atto. – 4.2.1.2. La decisione delle Sezioni Unite. – 4.2.1.3. La decisione della Sezione semplice dopo la decisione delle Sezioni Unite riguardo a fatti commessi prima. – 4.2.2. La tutela diretta della persona in presenza di contrasto diacronico o mutamento. – 4.2.2.1. Il mutamento sfavorevole. – 4.2.2.2. Il mutamento favorevole. – 5. *Excursus*: la giurisprudenza della Corte EDU in tema di legalità e il parametro della “essenza dell’infrazione”. – 6. Riassuntivamente: 10 interrogativi e una conclusione.

1. I tre tipi di legalità penale.

Prima di esaminare il tema delle garanzie prospettabili riguardo a ciò che questo gruppo di ricerca ha definito “nuova” legalità, si rendono opportune alcune sintetiche precisazioni proprio su cosa si possa (o si debba) intendere per “nuova” legalità. Anche perché dal modo di concepire questa “nuova” legalità dipende non soltanto l’assetto delle garanzie a tutela dei destinatari del diritto penale, ma anche, e potremmo dire prima ancora, l’assetto istituzionale/costituzionale del nostro ordinamento nel suo complesso, avuto riguardo, in particolare, ai rapporti tra legislatore, giudice e Corte Costituzionale. Insomma, la configurazione della legalità penale incide sui pilastri portanti del nostro costituzionalismo democratico, sia con riferimento alle istanze di garanzia espresse dalla persona nei confronti del potere punitivo pubblico, sia con riferimento all’equilibrio da raggiungere nel rapporto tra i pubblici poteri all’interno dello Stato costituzionale.

1.1. La “vecchia” legalità legalistica: il tramonto di un mito.

Senz’altro per “nuova” legalità deve intendersi qualcosa di diverso rispetto alla legalità che abbiamo conosciuto fino alla fine del secolo scorso e che potremmo definire legalistica. In estrema sintesi, si può affermare che la legalità legalistica si è caratterizzata per una vera e propria supremazia del legislatore rispetto al giudice e per il totale primato della lettera e del testo della legge sull’attività interpretativa del giudice. In termini rigorosissimi (ma in realtà del tutto teorici, se non addirittura retorici), legalità legalistica ha significato addirittura negazione di qualsiasi ruolo all’attività interpretativa del giudice, con conseguente riduzione del giudice ad una sorta di automa, capace di applicare (ribaltare) direttamente al caso concreto la legge astratta in quanto tale. In termini meno rigorosi, la legalità legalistica ha incentrato l’attività interpretativa su criteri ermeneutici nella sostanza linguistici.

Ad una lettura tanto diffusa quanto dimentica delle ragioni storiche di questa concezione, si potrebbe dire che nella prospettiva legalistica l’asse delle garanzie si è incentrato sul rapporto tra legislatore e giudice, trascurando completamente il rapporto tra legislatore/giudice (Stato) e cittadino/persona. Si potrebbe dire, cioè, che nella prospettiva legalistica la questione della legalità è stata concepita più come un problema di “formale” distribuzione del potere punitivo tra i pubblici poteri (potremmo parlare di un’attribuzione monopolistica al legislatore del potere di produzione del diritto penale) che di vera e propria garanzia sostanziale a tutela del destinatario del diritto penale. Tuttavia, a ben vedere, le cose non stanno esattamente in questi termini, perché nella prospettiva legalistica vi è stata una sorta di coincidenza tra legalità formale e garanzia sostanziale: muovendo dall’idea che fosse inimmaginabile un legislatore democraticamente eletto che legiferasse contro i cittadini che lo legittimavano democraticamente, la legge come fonte formale del legislatore è stata considerata essa stessa garanzia sostanziale per la persona, facendo coincidere la *voluntas* politica con la *ratio* giuridica. Con la conseguenza che ogni “distacco” dalla lettera della legge astratta

di per sé espressione di garanzia non poteva che esser considerato una violazione della garanzia stessa. Ecco allora che nella prospettiva legalistica il fatto che la legalità si sia incentrata sul rapporto tra legislatore e giudice non è altro che la conseguenza del modo di concepire la legalità in sé e per sé come garanzia sostanziale per i cittadini.

Com'è noto, presupposti e postulati della legalità legalistica si sono rivelati un vero e proprio mito disvelato oltretutto dagli accadimenti storici. Mito l'idea che la democrazia e la legge in quanto tali potessero essere garanzia sostanziale per la persona. Mito che il giudice non dovesse interpretare la "disposizione". Non solo, ma anche il costituzionalismo moderno, affermatosi proprio come risposta all'inefficacia garantista della legalità in quanto tale, ha contribuito ulteriormente alla demitizzazione della legalità legalistica: sia perché la legge è stata subordinata alla Costituzione, sia perché, proprio al fine di assicurare la conformità della legge alla Costituzione, è stato attribuito un ruolo fondamentale alla stessa giurisdizione in prospettiva di garanzia. Risultato finale è stato il riconoscimento di margini di distacco del giudice dalla lettera della legge o comunque la possibilità di prospettare plurime interpretazioni anche in virtù dell'esistenza di due fonti a cui riferirsi (Costituzione e legge), con conseguente valorizzazione del ruolo del giudice, anche in prospettiva di garanzia.

1.2. La "nuova" legalità "interpretativa": tra legalità giurisprudenziale e legalità costituzionale.

Per "nuova" legalità, quindi, non si può che intendere, anzitutto, valorizzazione dell'interpretazione e del ruolo del giudice. Un giudice che relazionandosi direttamente alla Costituzione guarda di riflesso la legge e che quindi si svincola dalla subordinazione alla legge, per subordinarsi alla legge costituzionalmente conforme. Un giudice che interviene ad attribuire significato normativo alla disposizione attraverso la sua interpretazione nel momento applicativo al caso concreto, nella consapevolezza che il contesto – per così dire – contesta sempre ed inevitabilmente il testo aprendo alla *quaestio iuris* interpretativa.

D'altra parte, all'interno di questa nuova prospettiva volta a valorizzare l'attività interpretativa e il ruolo del giudice (potremmo parlare di legalità interpretativa), si possono distinguere fin d'ora due prospettive molto diverse tra di loro. Da un lato, si può parlare di una vera e propria legalità giurisprudenziale, vale a dire di una legalità dove l'attività interpretativa del giudice si fa talmente significativa e preponderante che ciò che rileva è l'esito interpretativo, la norma, a prescindere dalla relazione che quest'ultima ha o mantiene con la disposizione, con la conseguenza che assume rilevanza e legittimità anche quella "norma" che ha perso i contatti o addirittura disattende, tradisce, contraddice la "disposizione": insomma, si sarebbe passati da una legalità legalista in cui domina il legislatore a una legalità giurisprudenziale dove invece a dominare è il giudice. In questa prospettiva, la valorizzazione del giudice va ben oltre il ruolo di garanzia assegnatogli nel rapportare la legge alla Costituzione, facendosi – per così dire – addirittura artefice della scelta valoriale di fondo. La legge astratta offre l'abbrivio per l'attività interpretativa, la quale poi si stabilizza anche in autonomia e a prescindere dal suo rapporto con la legge, e ciò anche se si tratta di legge

costituzionalmente legittima ovvero anche se è prospettabile un'interpretazione che risulta particolarmente aderente alla legge e allo stesso tempo costituzionalmente legittima. In termini di garanzia per la persona, nella prospettiva giurisprudenziale il tema diviene soprattutto la prevedibilità della decisione articolata in termini oggettivi, come stabilizzazione degli orientamenti giurisprudenziali quale che sia il rapporto dell'esito interpretativo rispetto alla legge testuale.

Dall'altro lato, si può parlare di una legalità che definirei costituzionale, vale a dire di una legalità in cui il rapporto tra legislatore e giudice tende ad essere per così dire paritario. In questa prospettiva, il diritto penale risulta essere il prodotto del concorso di legge/legislatore e interpretazione/giudice, non nel senso che questi due poteri prendono fisiologicamente e strutturalmente parte alla produzione del diritto penale, ma nel senso che questi poteri offrono un peculiare apporto sostanziale alla produzione del diritto penale. La legge, là dove costituzionalmente legittima, è frutto di una scelta valoriale di fondo che traccia i binari lungo i quali si muove il giudice. L'attività interpretativa finisce per essere – per così dire – duplice: da un lato, va oltre la legge e si àncora alla Costituzione, allorquando si pongono problemi di legittimità costituzionale, ma dall'altro lato, pur godendo di margini di discrezionalità e di adattamento, resta ancorata al dettato legislativo, allorquando sono prospettabili più interpretazioni tutte costituzionalmente legittime. In questa prospettiva, vero che il giudice svolge una funzione di garanzia, è anche vero che mantiene comunque una certa subordinazione a quella legge che risulta costituzionalmente conforme. In termini di garanzia per la persona, nella prospettiva costituzionale si può sempre parlare di prevedibilità della decisione, articolata però sia in termini oggettivi, da intendersi stavolta come rapporto di conformità della decisione alle indicazioni orientative fornite dalla legge, sia in termini soggettivi, come prevedibilità da parte dell'autore della decisione al momento della realizzazione del fatto.

2. Le due grandi problematiche poste dalla “nuova” legalità: il rapporto tra legislatore e giudice e il rapporto tra legislatore/giudice (Stato) e persona.

Lasciando per il momento da parte i problemi posti dal concetto di “nuova” legalità (accantonamento, per il vero, più apparente che reale, essendo la problematica sottesa a tutto il nostro ragionamento), la circostanza che la nuova legalità determini una notevole valorizzazione del ruolo interpretativo del giudice, apre a due fronti problematici: da un lato, si pone il problema per certi aspetti classico e tradizionale del rapporto che deve intercorrere tra l'interpretazione e la legge; dall'altro lato, si apre una problematica in buona parte inedita del rapporto tra il cittadino/persona e quelle che potremmo definire le “dinamiche interpretative” derivanti dal concorso dialettico dei poteri produttori del diritto penale, in prospettiva di tutela della libertà di autodeterminazione del destinatario del diritto penale.

In particolare, sotto il primo profilo, il rapporto tra interpretazione e legge è il tema classico e tradizionale su cui, come abbiamo visto, si incentrava molto la legalità legalistica. D'altra parte, nella prospettiva della “nuova” legalità questo rapporto non

può che essere rivisitato e reimpostato sia, indubbiamente, sul piano dell'ermeneutica, sia forse anche sul piano istituzionale dell'assetto dei poteri.

Sul piano dell'ermeneutica, va da sé che il vincolo di legalità non può più essere recuperato valorizzando la lettera della legge. Se così fosse, si tornerebbe a una legalità legalistica non riproponibile per le molteplici ragioni già viste. Ed è qui che si apre il grande tema di cosa possa, oggi, ermeneuticamente vincolare il giudice alla legge, essendo tramontato il vincolo della lettera della legge e il criterio linguistico dell'interpretazione. Si può affermare che non esiste più alcun vincolo della legge rispetto all'interpretazione, potendosi magari recuperare un vincolo dell'interpretazione al precedente? Oppure si deve ritenere che permanga un vincolo proveniente dagli indirizzi espressi dalla legge astratta? E in cosa dovrebbe consistere questo vincolo? Posto che, lo ripetiamo, il ruolo della lettera della legge risulta assai ridimensionato, ci si può chiedere se, per esempio, non possa venire in gioco il concetto di "tipo criminoso legale" ovvero ciò che la giurisprudenza della Corte EDU chiama "l'essenza dell'infrazione" posta dalla legge.

Sul piano dell'assetto istituzionale, il discorso si fa molto più complesso e articolato e per il momento può essere soltanto problematicamente accennato per riprenderlo un po' più compiutamente in seguito. Là dove si ritenesse che nella "nuova" legalità l'interpretazione debba comunque risultare in qualche modo vincolata agli indirizzi provenienti dalla legalità, si pone la questione di chi debba far rispettare tale vincolo. A ben vedere, infatti, se la valutazione del rispetto della legalità è rimessa interamente nelle mani della giurisdizione di legittimità (si pensi al ruolo non tanto della Cassazione, ma soprattutto delle Sezioni Unite), è evidente come questo vincolo della legalità rischi di essere più teorico che pratico: come "difendersi" da una stabilizzazione della giurisprudenza, magari addirittura qualificata perché proveniente dalle Sezioni Unite, su orientamenti interpretativi che si pongono in netto contrasto con le indicazioni legislative? Ma anche là dove ci si muovesse in una prospettiva di legalità giurisprudenziale, quali sono i rimedi contro un'interpretazione che disattende l'orientamento giurisprudenziale stabilizzato?

Ecco allora che il rispetto del vincolo della legalità potrebbe essere rimesso ad un organo diverso dalla giurisdizione di legittimità. A ben vedere, questo in parte già avviene nel momento in cui la decisione del giudice è oggetto di un procedimento davanti alla Corte EDU proprio per violazione del principio di legalità. Ma si può porre anche il tema se una valutazione di questo genere non possa essere svolta anche in ambito nazionale, attribuendo un ruolo all'unico organo legittimato non solo a dirimere – per così dire – i contrasti tra legislatore e giudice, vale a dire la Corte costituzionale, ma anche a "stabilizzare" le scelte di valore ogni volta che si compie un sindacato di legittimità costituzionale (si pensi a cosa avviene, come vedremo, nel sindacato di ragionevolezza). E' evidente come in questa prospettiva "costituzionale" lo stesso rapporto tra legislatore, giudice e Corte costituzionale muterebbe, essendo ricostruito non tanto in una prospettiva di "mera" distribuzione di potere, ma in una prospettiva orientata comunque alla garanzia finale della persona: insomma, in definitiva, la decisione della Corte costituzionale, oltre che al legislatore e al giudice, parlerebbe direttamente alla comunità destinataria del diritto penale.

Ed ecco aprirsi il secondo fronte problematico della nuova legalità, quello del rapporto tra legislatore/giudice/Corte costituzionale, vale a dire Stato, da un lato, e cittadino/persona, dall'altro, rapporto problematico proprio perché lo Stato, nella sua complessità dei poteri ben può compromettere l'autodeterminazione della persona. E' indubbio che anche le problematiche poste da questo rapporto ci sono sempre state. D'altra parte nella prospettiva legalistica, dove si riteneva che l'interpretazione non giocasse alcun ruolo, esse si risolvevano – per così dire – nel rapporto tra legislatore e persona, tra legge astratta e persona, venendo in gioco soprattutto le garanzie dell'irretroattività e dell'*ignorantia legis* concepita come conoscibilità della legge.

Nella prospettiva della “nuova” legalità, a questa tematica che pur sempre permane, si aggiunge anche quella del rapporto della persona con la legge interpretata, vale a dire con una realtà (la legge interpretata, appunto) che si contraddistingue per una indubbia dinamicità. In questa prospettiva, tema centrale diventa il “trattamento” dei contrasti giurisprudenziali, siano essi sincronici o diacronici. Da un lato, si pone la necessità di evitare o comunque risolvere eventuali contrasti al fine di stabilizzare il prima possibile gli orientamenti interpretativi. Dall'altro lato, si pone il tema di come debba essere trattata la persona che dopo aver agito in un momento in cui la giurisprudenza è attraversata da un contrasto giurisprudenziale o stabilizzata su un determinato orientamento, viene condannata sulla base di uno dei due orientamenti (in caso di contrasto) o di un nuovo orientamento (in caso di mutamento) che nel frattempo si sono stabilizzati.

Come vedremo, i due fronti problematici che abbiamo provato a razionalizzare separatamente sono in realtà strettamente legati tra di loro, accavallandosi e intrecciandosi e rendendo così l'intero tema particolarmente complesso. Il nostro sforzo sarà orientato a tentare di sciogliere i nodi problematici, prospettando anche possibili soluzioni, forse con qualche eccesso di semplificazione o azzardo, ma riteniamo che questo momento di riflessione esiga di dare prevalenza all'esigenza di chiarezza e di proposta.

3. Il problematico rapporto tra legislatore e giudice, tra legge e interpretazione.

Rispetto alla “nuova” legalità basata su una valorizzazione del ruolo dell'interpretazione, la prima grande questione che si pone è se l'interpretazione debba mantenere o meno un rapporto “sostanziale” con le indicazioni orientative fornite dal testo della legge.

Ribadito che non può esserci un ritorno al passato legalistico, il tema diviene: se e come, se non vincolare il giudice alla legge, comunque influire sul giudice attraverso la legge.

3.1. Se “vincolare” il giudice alla legge: tra legalità giurisprudenziale e legalità costituzionale.

Per quanto riguarda la questione del se “vincolare” il giudice alla legge, vorrei osservare come una legalità giurisprudenziale connotata da una supremazia del giudice sul legislatore, dell’interpretazione sulla legge, finirebbe per rivoluzionare il nostro assetto istituzionale/costituzionale che invece si basa, se non sul dominio del legislatore sul giudice (prospettiva legalistica), senz’altro su un concorso equilibrato e paritario di legislatore e giudice (prospettiva costituzionale).

Un chiarimento preliminare. Affermare che un vincolo di legalità deve esistere non significa affermare che deve esserci un vincolo alla lettera della legge e che l’attività interpretativa del giudice non ha alcun ruolo. La nostra prospettiva muove proprio dall’idea che non ci sia spazio per una legalità legalistica e che quindi non possa non esserci spazio per l’interpretazione che si distacca dalla lettera della legge. Parimenti, affermare che l’attività interpretativa ha e deve avere un ruolo significativo non vuol dire affermare che il nostro ordinamento si ispira e si basa sullo *stare decisis*. Queste precisazioni si rendono necessarie, perché a volte, nel recuperare la valenza della legalità, la stessa giurisprudenza costituzionale è andata oltre, negando addirittura valenza all’interpretazione, come se il ruolo dell’interpretazione comportasse per l’ordinamento il principio dello *stare decisis*, e rispolverando una legalità fortemente legalistica, oltretutto in contraddizione con quanto affermato in altri arresti giurisprudenziali volti invece a valorizzare il ruolo dell’interpretazione. Così, ad esempio, in prospettiva addirittura legalistica si è mossa la sentenza n. 230 del 2012; diversamente, una valorizzazione dell’interpretazione nell’ambito del “tipo criminoso legale” si è avuta, tra le tante, nella sentenza n. 172 del 2014, in tema di atti persecutori.

Ciò chiarito, noi riteniamo fondamentale la permanenza di un certo vincolo di legalità capace di determinare un equilibrio tra l’operato del legislatore e l’attività interpretativa del giudice, nella consapevolezza che, a ben vedere, il nostro costituzionalismo articola in modo diverso il rapporto tra legislatore e giudice a seconda che si ponga o meno un problema di legittimità costituzionale.

In particolare, precisato che, quanto meno sul piano teorico, il problema della legittimità costituzionale attiene comunque ad una delle interpretazioni possibili (e più precisamente a quella che dovrebbe risultare maggiormente fedele e conforme alla legge), quando si pone un problema di legittimità costituzionale, se, da un lato, l’interpretazione fedele alla legge diventa oggetto di valutazione rispetto alla Costituzione e quindi il legislatore risulta subordinato alla Costituzione, dall’altro lato, il giudice, proprio al fine di compiere questo vaglio, non può più essere considerato subordinato alla legge. Detto diversamente, se è vero che il legislatore svolge la funzione di compiere scelte di valore, è anche vero che nel vaglio di queste scelte entra in gioco la Costituzione e quindi entra in gioco anche il giudice con una posizione che non è più subordinata alla legge: nel vaglio di legittimità costituzionale il giudice guarda alla legge dalla prospettiva della Costituzione.

Le cose stanno invece diversamente quando si danno più interpretazioni della legge che risultano tutte costituzionalmente legittime. In questa ipotesi, sono la legge e il legislatore ad assumere una posizione di preminenza mentre il giudice finisce per

essere subordinato alla legge proprio in quanto costituzionalmente conforme. Detto diversamente, la scelta valoriale del legislatore che risulta conforme a Costituzione non può non svolgere il suo ruolo orientativo dell'interpretazione, poiché se così non fosse si determinerebbe una vera e propria sostituzione del giudice al legislatore nell'attività della scelta di valore democraticamente fondata. Quindi davanti a due interpretazioni una costituzionalmente legittima e una no, si adotta quella legittima. Ma davanti a due interpretazioni entrambe costituzionalmente legittime regola vorrebbe che si adottasse quella che risulta essere maggiormente conforme agli indirizzi orientativi della legge (vedremo a breve in cosa può consistere questa conformità alla legge): se così non fosse il nostro assetto costituzionale non sarebbe più fondato su una legalità che attribuisce un ruolo sostanziale al legislatore.

Insomma, il legislatore, in virtù della sua legittimazione democratica, non può che compiere scelte di valore e orientare la società e quindi anche la giurisdizione. Queste scelte di valore incontrano il limite della Costituzione, ma là dove si tratta di scelte conformi alla Costituzione la valenza di questi indirizzi deve esplicare effetto ed efficacia orientativi dell'attività interpretativa. Pertanto, l'adozione di un paradigma giurisprudenziale implicherebbe che rispetto alla legge costituzionalmente conforme la scelta di valore compete comunque anche al giudice. Con la conseguenza che l'attribuzione al giudice di spazi di discrezionalità in virtù del ruolo di garanzia sul piano del rispetto della legge alla Costituzione finirebbe per estendersi oltre tale compito di garanzia per sfociare nella scelta di valore. Di più: un'interpretazione che si distacca dall'interpretazione conforme alla legge e costituzionalmente legittima può essere a sua volta una interpretazione che viola diritti e principi sostanziali, ponendosi il problema, come vedremo nel prossimo paragrafo, del controllo/giustiziabilità della stessa sentenza/decisione che viola diritti e principi sostanziali.

In sostanza, ci sentiamo di esprimere il nostro favore per quella legalità che abbiamo definito costituzionale e che vede cooperare legislatore e giudice. In presenza di problemi di legittimità, il giudice sopravanza il legislatore in virtù della Costituzione; in assenza di problemi di legittimità, il giudice sottostà alla legge costituzionalmente legittima. La scelta di valore democraticamente fondata che si pone contro la Costituzione soccombe davanti alla supremazia di quest'ultima; ma la scelta di valore democraticamente fondata conforme a Costituzione costituisce un indirizzo al quale attenersi il più possibile.

In conclusione possiamo affermare che dell'art. 101, comma 2, Cost., secondo cui "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", se ne possono dare tre diverse interpretazioni: l'interpretazione legalistica, secondo cui il giudice è sempre e comunque subordinato alla legge; l'interpretazione giurisprudenziale, secondo cui il giudice non è subordinato alla legge, ma al diritto; l'interpretazione costituzionale per cui il giudice è subordinato soltanto alla "legge costituzionale".

3.2. Come “vincolare” il giudice alla legge.

Il tema diviene allora: come “vincolare” il giudice alla legge? Come già accennato, con riferimento al come, si aprono due fronti: da un lato, la questione del “vincolo” sul piano ermeneutico; dall’altro lato, il tema del vincolo/controllo sul piano istituzionale.

3.2.1. Il vincolo ermeneutico.

Sotto il primo profilo, è ormai assolutamente pacifico che di una stessa disposizione si possono dare due interpretazioni entrambe costituzionalmente legittime sul piano del rispetto dei diritti e dei principi sostanziali. Non solo, ma nonostante tutti i proclami, già nella stessa prospettiva legalistica, come dimostra del resto lo stesso assetto del controllo di legittimità da parte della Corte di Cassazione, da sempre sono realisticamente ammessi e tollerati contrasti interpretativi e quindi più interpretazioni. Il tema allora diventa: come scegliere l’interpretazione tra le due possibili? O meglio: in quale modo la legge può orientare e condizionare il giudice nella scelta tra due interpretazioni entrambe legittime?

3.2.1.1. Dalla lettera al “tipo criminoso legale”.

Per impostare correttamente il tema, non si può non muovere dalle recenti acquisizioni ermeneutiche, dalle quali emerge come la stessa interpretazione si basi su un ragionamento analogico di somiglianza/dissomiglianza tra due ipotesi, e come il criterio ultimo, esplicativo e normativamente significativo, alla luce del quale si compie la comparazione altro non è che la *ratio*, lo scopo della norma. Insomma, ogni contrasto giurisprudenziale può essere tranquillamente visto come un contrasto tra *rationes* diverse. Con la conseguenza che, alla fin fine, la risoluzione del contrasto passa dalla scelta della *ratio*.

Alcuni esempi.

a) La mera sottrazione della cosa configura furto perfetto o furto tentato? Se si muove dall’idea che il furto tutela la relazione materiale, di fatto, con la cosa, la risposta è nel senso del furto perfetto; se invece si muove dall’idea che il furto tutela una relazione di dominio e di disponibilità della cosa, la risposta è nel senso del tentativo.

b) Il soggetto che, mediante pagamento di una somma di denaro, induce un minore ad avere un rapporto sessuale risponde di induzione alla prostituzione minorile (art. 600-*bis*, comma 1, c.p.) oppure come cliente dell’attività di prostituzione (art. 600-*bis*, comma 2, c.p.)? Se si muove da un concetto di prostituzione il cui disvalore è incentrato esclusivamente sul mercimonio sessuale, il fatto è qualificabile come induzione; se invece si muove da un concetto di prostituzione che implica necessariamente una qualche strumentalizzazione del soggetto che si prostituisce, chi

induce un soggetto a rapporti sessuali con lo stesso induttore non che può essere qualificato come cliente.

c) E' punibile ai sensi dell'art. 640 c.p. la c.d. truffa contrattuale, vale a dire la truffa basata sull'approfittamento di un errore già esistente nella mente del contraente? Se si muove da una *ratio* della truffa orientata alla tutela della libertà di autodeterminazione patrimoniale, la risposta non può che essere negativa; se invece si muove da una *ratio* di tutela basata sulla buona fede, sull'affidamento riposto nella correttezza del comportamento altrui, la risposta è positiva.

d) E' punibile per insolvenza fraudolenta di cui all'art. 641 c.p. la condotta di chi, entrato in autostrada da un casello elettronico, non paga il pedaggio al casellante al momento dell'uscita? Se si muove dall'idea che la fattispecie tutela la buona fede contro comportamenti comunque ingannatori, no; se invece si muove dall'idea che la fattispecie contrasta il mero inadempimento contrattuale, si deve concludere per la soluzione positiva.

e) Per integrare la violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p. è necessaria una condotta anche solo idonea a cagionare un minimo di costrizione oppure è sufficiente la mera sorpresa? Se si tutela la libertà di autodeterminazione sessuale, è sufficiente la sorpresa, ma se si tutela l'onore sessuale è necessario un minimo di modalità costrittiva.

f) La mera presenza del tutto inerte e passiva nel luogo dove si realizza una violenza sessuale di gruppo rileva ai soli fini del requisito della riunione oppure è anche condotta punibile? Se si muove dall'idea che la fattispecie di cui all'art. 609-octies c.p. è a tutela della dignità della vittima, la mera presenza fisica del soggetto assume rilevanza soltanto ai fini della riunione e là dove percepita dalla vittima; se invece il disvalore della fattispecie assume connotati meramente moraleggianti, si deve ritenere che la mera presenza totalmente passiva integri la condotta punibile.

g) La tentata sottrazione della cosa seguita da violenza alla persona, integra tentativo di rapina impropria o furto tentato in concorso con la fattispecie che concretizza l'aggressione alla persona (ad esempio percosse o lesioni)? Se si fa leva sulla "connessione temporale" tra aggressione al patrimonio e aggressione alla persona che svilisce la strumentalità della seconda aggressione rispetto alla prima, la risposta è nel senso del tentativo di rapina impropria; ma se si richiede una vera e propria connessione strumentale tra le due aggressioni, la risposta è nel senso del concorso di furto tentato con la fattispecie corrispondente all'aggressione alla persona, in quanto la cosa non è stata nemmeno sottratta e il soggetto usa violenza al solo fine dell'impunità.

h) La condotta di chi produce materiale pedopornografico è punibile ai sensi dell'art. 600-ter c.p. per il solo fatto della produzione del materiale oppure si richiede anche un pericolo di diffusione del materiale stesso? La soluzione che richiede il pericolo si basa su uno scopo di tutela orientato a contrastare il traffico del materiale pedopornografico; quella negativa si incentra invece sulla tutela dello sviluppo sessuale del minore coinvolto nella produzione del materiale.

i) E' punibile ai sensi dell'art. 615-ter c.p., la condotta di chi accede a un sistema informatico essendo autorizzato, ma violando la disciplina che regola l'utilizzo del sistema? Se si muove dall'idea che la fattispecie tutela il domicilio informatico, no; se invece si muove dall'idea che la fattispecie tutela la riservatezza dei dati informatici, sì,

perché è attraverso l'indebito utilizzo che si viola la riservatezza dei dati informatici contenuti nel sistema.

1) Sempre con riferimento all'art. 615-ter c.p., è punibile la condotta di chi accede a un sistema informatico, essendo autorizzato e nel pieno rispetto della normativa che disciplina l'utilizzo del sistema, ma per un interesse meramente privato (similmente a quanto avviene per l'abuso di ufficio derivante da un eccesso di potere)? Ebbene, soltanto se ci si muove in una prospettiva pubblicistica, la risposta può essere positiva assimilando l'art. 615-ter all'abuso di ufficio per eccesso di potere; ma là dove la fattispecie è "comune", un'ipotesi del genere non risulta punibile.

Il tema allora diviene: con quale criterio si sceglie la *ratio* alla luce della quale compiere la comparazione? E' la scelta della *ratio* che costituisce il passaggio decisivo. Si ricordi, come vedremo meglio in seguito, che la stessa problematica si pone per la Corte costituzionale nel giudizio di proporzione/ragionevolezza: come si sceglie la *ratio* alla luce della quale stabilire se le due fattispecie comparate sono simili o dissimili?

Ebbene, nella scelta della *ratio* il giudice dovrebbe relazionarsi alla legge, non solo e non tanto in termini di significato linguistico, quanto piuttosto soprattutto in termini di scopo emergente dal "tipo criminoso" così come tipizzato dal legislatore. Ecco allora che tra *ratio* legale in quanto suggerita dal tipo criminoso tipizzato dal legislatore e *ratio* giurisprudenziale in quanto suggerita da un tipo criminoso diverso da quello legale ed elaborato per l'appunto dalla giurisprudenza, il giudice dovrebbe orientarsi nel senso della *ratio* derivante dal tipo legale.

3.2.1.2. La stabilizzazione di orientamenti basati sul "tipo criminoso giurisprudenziale": una realtà con cui confrontarsi.

Tuttavia, è qui che il tema diviene davvero complesso. Uno sguardo alla prassi applicativa dimostra che si può distinguere tra ipotesi in cui l'orientamento stabilizzato coincide con il "tipo criminoso legale" e ipotesi in cui invece l'orientamento stabilizzato è nel senso della *ratio* espressa da un ciò che potremmo chiamare il "tipo criminoso giurisprudenziale".

1) Così, stando ancora agli esempi, la giurisprudenza, oltretutto a Sezioni Unite, si è senz'altro assestata nel senso del tipo criminoso legale nelle seguenti ipotesi.

a) Furto tentato: nell'affrontare la questione «se la condotta di sottrazione di merce all'interno di un supermercato, avvenuta sotto il costante controllo del personale di vigilanza, sia qualificabile come furto consumato o tentato allorché l'autore sia fermato dopo il superamento della barriera delle casse con la merce sottratta», le Sezioni Unite hanno optato nel senso del furto tentato, attribuendo rilevanza alla distinzione tra sottrazione e impossessamento scolpita dal legislatore: «la *quaestio iuris* in esame involge il più ampio tema della definizione giuridica della azione di impossessamento della cosa mobile altrui, tipizzata dalla norma incriminatrice [...] Anche perché la grande innovazione che si ebbe nel 1930, fu proprio quella di espungere il criterio spaziale ("togliendola dal luogo dove si trova") e introdurre quello personale ("sottraendola a chi la detiene"), ed è a causa di questa innovazione che la descrizione della condotta

delittuosa risulta scandita dal sintagma impossessamento-sottrazione''». Ecco allora che «la condotta dell'agente il quale oltrepassi la cassa, senza pagare la merce prelevata, rende difficilmente contestabile l'intento furtivo, ma lascia impregiudicata la questione se la circostanza comporti di per sé sola la consumazione del reato, quando l'azione delittuosa sia stata rilevata nel suo divenire dalla persona offesa, o dagli addetti alla vigilanza, i quali, nella immediatezza intervengano a difesa della proprietà della merce prelevata. Decisiva è al riguardo, la premessa che in difetto di perfezionamento del possesso della refurtiva in capo all'agente è, comunque, certamente da escludere che il reato possa dirsi consumato»¹.

b) Prostituzione minorile: nell'affrontare la questione «se la condotta di promessa o dazione di denaro o altra utilità, attraverso cui si convinca una persona minore di età ad intrattenere rapporti sessuali esclusivamente con il soggetto agente, integri gli estremi della fattispecie di cui al comma primo o di cui al comma secondo dell'art. 600-bis c.p.», le Sezioni Unite hanno ricondotto il fatto al secondo comma, valorizzando la componente di strumentalizzazione della vittima rispetto a terzi: «la condotta di induzione alla prostituzione minorile, per essere penalmente rilevante, deve essere sganciata dall'occasione nella quale l'agente è parte del rapporto sessuale e oggettivamente rivolta ad operare sulla prostituzione esercitata nei confronti di terzi»².

2) Diversamente, si può parlare di una stabilizzazione di orientamenti basati sul tipo criminoso giurisprudenziale nelle seguenti ipotesi.

c) Truffa contrattuale: la giurisprudenza è unanimemente assestata nel senso di punire la truffa contrattuale³. Tuttavia, al di là dei problemi di ordine dogmatico, già di per sé assai rilevanti, concernenti la conversione, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., di una fattispecie a condotta vincolata in ipotesi omissiva, è indubbio che con la tipizzazione delle modalità degli artifici e dei raggiri il legislatore abbia inteso tutelare non la buona fede contrattuale, ma la libertà di autodeterminazione patrimoniale.

d) Insolvenza fraudolenta: la giurisprudenza è unanimemente assestata nel senso della punibilità di chi non paga al casello autostradale⁴, tuttavia la previsione nella

¹ Cass. pen., SS.UU., n. 52117/2014.

² Cass. pen., SS.UU., n. 16207/2013.

³ Cass. pen., Sez. VI, n. 13411/2019: «consolidato l'indirizzo per il quale, in materia di truffa contrattuale, anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere integra l'elemento soggettivo ai fini della configurabilità del reato di truffa, trattandosi di un raggio idoneo a determina il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe dato: reato che è configurabile non soltanto nella fase di conclusione del contratto, ma anche in quella della esecuzione cadenzata nel tempo allorquando una delle parti, nel contesto di un rapporto lecito, induca con il suo silenzio in errore l'altra parte, conseguendo un ingiusto profitto con altrui danno». Già, tra le altre, Cass. pen., Sez. II, n. 28791/2015.

⁴ Cass. pen., Sez. II, n. 11686/2016: «sotto il profilo della dissimulazione dello stato di insolvenza, questa Corte da lungo tempo ha precisato che anche il silenzio serbato al momento dell'ingresso in autostrada è idoneo alla dissimulazione dello stato di insolvenza, riscontrabile pertanto nel comportamento di chi, presentandosi al casello a bordo di autovettura – bene che fa presumere la capacità di assolvere l'obbligo del pagamento del pedaggio in chi lo possiede – prenda in consegna il talloncino aderendo, in tal modo, all'offerta contrattuale proveniente dal gestore del servizio autostradale». Già, tra le altre, Cass. pen., Sez. Un., n. 7738/1997; Cass. pen., Sez. II, n. 44140/2012.

fattispecie legale del presupposto dello stato di insolvenza e della condotta di dissimulazione determinano una valorizzazione della componente fraudolenta che non consente di punire comportamenti che consistono in meri inadempimenti contrattuali.

e) Violenza sessuale: la sorpresa non può essere parificata ad una modalità comportamentale anche solo idonea a raggiungere effetti costrittivi⁵. Il problema risiede proprio nella tipizzazione operata dal legislatore che fa riferimento alle modalità della violenza, minaccia ed abuso di autorità, tipizzazione che tuttavia contraddice l'intento dello stesso legislatore di tutelare la libertà di autodeterminazione sessuale, la quale è compromessa anche solo con atti sessuali compiuti in assenza di consenso.

f) Violenza sessuale di gruppo: la giurisprudenza tende ad attribuire rilevanza alla mera presenza fisica e quindi a convertire il requisito modale della riunione nella partecipazione alla riunione come condotta punibile⁶. Tuttavia, senza considerare che la punizione della mera inerzia passiva viola principi fondamentali sostanziali come la personalità della responsabilità penale, la fattispecie è a tutela della dignità della vittima.

3) Un discorso del tutto peculiare deve essere compiuto per il tentativo di rapina impropria.

g) Non c'è alcun dubbio che la tipizzazione legale risulta ambigua soprattutto sul piano del trattamento sanzionatorio; se, da un lato, la legge fa riferimento ad una sottrazione che deve essere avvenuta, dall'altro lato, il legislatore ha punito con la stessa pena la rapina propria e la rapina impropria, parificazione che si rende possibile soltanto se si muove dall'idea che tra aggressione alla persona e aggressione al patrimonio deve sussistere un legame meramente spazio-temporale. Ed infatti, le Sezioni Unite hanno optato per questa seconda interpretazione: nell'affrontare la questione «se sia configurabile il tentativo di rapina impropria, o se invece debba ritenersi il concorso tra il tentativo di furto con un reato di violenza o minaccia, nel caso in cui l'agente, dopo per aver compiuto atti idonei diretti all'impossessamento della cosa altrui, non portati a compimento per fatti indipendenti dalla sua volontà, adoperi violenza o minaccia nei confronti di quanti cerchino di ostacolarlo, per assicurarsi l'impunità», le Sezioni Unite hanno affermato che «nella formulazione della norma svolge un ruolo centrale la necessità di un collegamento logico-temporale tra le condotte di aggressione al patrimonio e di aggressione alla persona, attraverso una successione di immediatezza. E' necessario e sufficiente che tra le due attività concernenti il patrimonio e la persona intercorra un arco temporale tale da non interrompere il nesso di contestualità dell'azione complessiva posta in essere. Questo è il punto centrale e il solo indefettibile della norma incriminatrice del comma secondo dell'art. 628 c.p. che giustifica l'equiparazione del trattamento sanzionatorio tra la rapina propria e quella impropria, indipendentemente dall'essere quelle stesse condotte consumate o solo tentate»⁷. Tuttavia, non si può fare a meno di osservare come il ragionamento delle Sezioni Unite rischi di basarsi su una inversione logica: ciò che determina il disvalore non è il trattamento sanzionatorio dal quale si ricava il collegamento meramente "logico-

⁵ Cass. pen., Sez. III, n. 17724/2019. Già, tra le altre, Cass. pen., Sez. III, n. 27273/2010.

⁶ Cass. pen., Sez. III, n. 32928/2013. Già, tra le altre, Cass. pen., Sez. III, n. 44408/2011

⁷ Cass. pen., SS.UU., n. 34952/2012.

temporale”, ma il tipo che impone di riscontrare una strumentalizzazione della persona per aggredire il patrimonio, anche perché, basandosi sulla equiparazione sanzionatoria, si dovrebbero costantemente ritenere infondate tutte le questioni di legittimità costituzionale relative alla proporzione del trattamento sanzionatorio.

4) Infine, discorso ancora diverso deve essere fatto per le ipotesi di materiale pedopornografico ed accesso abusivo a un sistema informatico, rispetto alle quali vi sono stati addirittura due diversi pronunciamenti delle Sezioni Unite, ponendo, come vedremo ancora meglio in seguito, problemi di legalità sul piano della prevedibilità della decisione da parte del destinatario.

h) Con riferimento al materiale pedopornografico, nella prima sentenza, nel negare rilevanza alla finalità di lucro, allo scopo di evitare che fossero punite condotte di produzione di materiale c.d. domestico, le Sezioni Unite hanno richiesto il requisito del pericolo di diffusione del materiale prodotto, optando per un tipo criminoso diverso da quello legale e restringendo l’ambito di applicativo della fattispecie⁸; nella seconda sentenza, invece, si è affermato che il pericolo di diffusione non rileva, rendendo l’interpretazione conforme al tipo legale, ma anche determinando un ampliamento dell’ambito applicativo della fattispecie rispetto a quanto statuito in precedenza⁹.

Anche con riferimento all’accesso abusivo a un sistema informatico, si devono registrare due sentenze delle Sezioni Unite.

i) Con la prima si è affermato che oltre alla introduzione rileva anche l’indebito utilizzo del sistema: «è penalmente illecita la condotta di soggetto che, pur legittimato all’accesso a un sistema informatico o telematico, violi condizioni e limiti imposti dal titolare per disciplinarlo, a nulla rilevando scopi e finalità dell’accesso stesso»¹⁰. Soluzione che può avere una sua plausibilità se si considera che il tipo legale forgiato dal legislatore risulta ambiguo, facendo riferimento non solo all’introduzione, ma anche al carattere abusivo della condotta di permanenza nel sistema.

l) Con la seconda sentenza, invece, si è andati ben oltre il tipo legale attribuendo rilevanza anche all’ipotesi in cui lo stesso utilizzo del sistema sia legittimo, ma per meri scopi privati: «l’accesso ad un sistema informatico per ragioni estranee a quelle di ufficio si traduce per il pubblico ufficiale in una condotta abusiva, ponendosi in un rapporto di “ontologica incompatibilità” con la funzione svolta»¹¹. Ma una ricostruzione del genere è compatibile soltanto con reati connotati da un disvalore pubblicistico, mentre la fattispecie di cui all’art. 615-ter è una fattispecie a carattere comune, il disvalore pubblicistico, invece, assume rilevanza all’interno del secondo comma, ma come circostanza aggravante.

⁸ Cass. pen., SS.UU., n. 13/2000

⁹ Cass. pen., SS.UU., n. 51815/2018.

¹⁰ Cass. pen., SS.UU., n. 4694/2012

¹¹ Cass. pen., SS.UU., n. 41210/2017.

3.2.1.3. La convivenza di orientamenti basati sul “tipo criminoso legale” e sul “tipo criminoso giurisprudenziale”.

Ebbene, siamo al cuore di una delle maggiori problematiche poste dalla “nuova” legalità: se, da un lato, infatti, è non solo plausibile, ma anche inevitabile, che si affermino indirizzi giurisprudenziali orientati a un “tipo criminoso giurisprudenziale”, dall’altro lato, però, c’è da chiedersi se non si pongano esigenze di garanzia che occorre soddisfare mediante strumenti in grado di fornire un controllo più reale ed effettivo sul rispetto degli indirizzi legislativi da parte della giurisprudenza.

Sotto il primo profilo della plausibilità del formarsi di orientamenti basati sul “tipo criminoso giurisprudenziale”, all’interno di una legalità che ammette dialettica interpretativa, l’interpretazione può svolgere una funzione di precisazione, perfezionamento della portata del testo legale. Anzi, la stessa funzione decisionale affidata ai giudice serve anche per dissipare i dubbi che potrebbero esistere nell’interpretazione delle disposizioni. Anche perché è proprio della giurisprudenza svolgere un ruolo di adattamento del diritto alle trasformazioni dei fenomeni. Insomma, le ragioni e le motivazioni che spingono alla creazione di un “tipo criminoso giurisprudenziale” non costituiscono contingenti deviazioni imputabili al capriccio di singoli giudici, ma si radicano in una necessità di adattamento del dettato normativo alle trasformazioni fenomeniche, sociali e valoriali della realtà. La legalità non può essere concepita nel senso di vietare chiarimenti progressivi e gradualisti del testo della legge.

Inoltre, il consolidarsi di un “tipo criminoso giurisprudenziale” è inevitabile perché il rispetto del vincolo del tipo criminoso legale è interamente rimesso nelle mani della stessa giurisdizione, ragion per cui la giurisprudenza può giungere e permanere nella disattesa del “tipo criminoso legale”, forgiando una sorta di “tipo criminoso giurisprudenziale”, in quanto non esiste alcun rimedio attivabile contro l’orientamento stabilizzato mediante una sentenza delle Sezioni Unite. L’art. 618, comma 1-bis c.p.p. rafforza oltretutto una certa “autoreferenzialità” giurisprudenziale.

D’altra parte, vero questo, sotto il secondo profilo della necessità di un controllo, non si può fare a meno di osservare come da questa situazione derivino alcune esigenze di garanzia che non possono restare eluse. Anzitutto, si viene a determinare una sorta di iato tra la dimensione legale “astratta” e la dimensione giurisprudenziale “concreta” destinata a minare l’autodeterminazione dei destinatari del diritto penale. Uno iato di fatto tra legalità astratta e legalità concreta che va a incidere sulla sfera di libertà delle persone e sulla loro legittima aspettativa a fare affidamento non solo sul testo della legge, ma anche su una adesione di massima dell’interpretazione al testo della legge, pena un disorientamento globale.

In secondo luogo, all’interno della fattispecie finiscono per essere ricompresi fatti che esprimono disvalori diversi. La circostanza che all’interno di una stessa fattispecie siano ricompresi fatti che appartengono a tipi criminali diversi altera i rapporti di proporzione fra illecito e sanzione: rapporti dei quali è invece indispensabile salvaguardare l’equilibrio se si desidera salvare la razionalità complessiva del sistema e la funzione di orientamento della legge penale, consentendo una valida ed utile applicazione delle relative sanzioni. Ecco allora che una riconduzione di “tipi” differenti

all'interno di un'unica fattispecie punita con la stessa pena, pone problemi di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio derivanti non dalla previsione astratta ma per l'appunto dalla applicazione concreta. Si pensi all'ipotesi della violenza sessuale, dove all'interno dell'art. 609-bis c.p. rientrano non solo le ipotesi in cui l'atto sessuale sia stato commesso con violenza o minaccia o abuso di autorità, ma anche quello realizzato con la mera sorpresa e in assenza di consenso.

Ed eccoci al punto davvero nodale. Ciò che suscita perplessità di tutta questa realtà non è tanto la dialettica tra dimensione legale e dimensione giurisprudenziale, ma l'assenza di strumenti reali ed effettivi – per così dire – esterni alla giurisdizione, che consentano di riascoltare la voce del legislatore ovvero di ascoltare quell'interpretazione che comunque si potrebbe conformare al dettato legislativo. Insomma, davanti a contrasti ermeneutici derivanti da tipi criminosi diversi si può porre l'esigenza di stabilire in termini – per così dire – definitivi e ultimi, quale sia la *ratio* da accogliere.

Ecco allora che il vincolo di legalità suggerisce di tradursi se non in un controllo reale ed effettivo di tale vincolo, quanto meno in una possibilità di presa di posizione – per così dire – terza tra orientamento legale e orientamento giurisprudenziale.

Ciò emerge soprattutto se si prende in considerazione la dinamica tra le Corti. Ebbene, cosa può fare, oggi, un giudice (ma anche una persona) che, dopo la sentenza delle Sezioni Unite, ritiene comunque che la tentata sottrazione seguita da percosse non debba essere punita come tentativo di rapina impropria, ma come furto tentato in concorso con le percosse?

3.2.2. Il controllo istituzionale.

Proprio alla luce delle considerazioni appena svolte, si apre la questione dei meccanismi di controllo che abbiamo definito istituzionali. Tema complessissimo e delicatissimo, che possiamo provare soltanto a impostare.

Oggi il controllo sulla legalità con riferimento alla “conformità” dell'interpretazione alla legge, il controllo sulla tassatività, potremmo dire sul “come dell'interpretazione”, è concentrato nelle mani della Cassazione, in particolare delle Sezioni Unite oppure può essere realizzato a livello europeo dalla Corte EDU. Il controllo della Cassazione è tutto interno alla giurisdizione, interno, cioè, sia per quanto riguarda l'attivazione, ad opera degli stessi giudici, che per quanto concerne l'organo decidente, costituito sempre dai giudici di legittimità nella forma qualificata delle Sezioni Unite. Il controllo europeo è invece del tutto esterno, esterno sia per quanto riguarda l'attivazione, ad opera del condannato, che per quanto concerne l'organo che decide, costituito dalla Corte EDU.

Come già osservato, proprio il carattere esclusivamente interno del controllo nazionale ad opera della Cassazione finisce per rendere inevitabili e plausibili orientamenti giurisprudenziali che possono distaccarsi dalle indicazioni legislative. Si tratta di un controllo di uniformità, più che di conformità.

Diversamente, da parte della Corte EDU si ha un controllo di conformità caratterizzato da un recupero della legalità in termini di valorizzazione delle indicazioni

legislative. Se, da un lato, la Corte EDU muove da una legalità che riconosce spazio all'interpretazione, dall'altro lato, contrariamente a quanto spesso si crede, attraverso il riferimento al criterio della "essenza dell'infrazione", la Corte EDU compie anche un controllo di conformità dell'interpretazione alla legge valorizzando il dettato legislativo. Inoltre, oggetto di controllo finisce per essere la stessa sentenza. Ciò significa che lo stesso potere giudiziario, in quanto potere pubblico appartenente a uno Stato, è considerato potere capace di abusi, sia sotto il profilo dei diritti e dei principi sostanziali, ma anche sul piano del rispetto della legalità nell'attività interpretativa, legalità che finisce per essere concepita come una sorta di diritto umano declinato in termini di prevedibilità oggettiva/soggettiva della decisione stessa. Infine, lo stesso meccanismo di accesso diretto da parte del condannato fa in modo che l'istanza al rispetto della legalità come indicazione del legislatore sia rimessa nelle mani di chi ha reale e concreto interesse a far valere l'esigenza legalistica, soprattutto se l'affermazione di orientamenti giurisprudenziali che disattendono le indicazioni legislative determina una dilatazione dell'ambito applicativo della fattispecie.

Ecco che la domanda diviene: avrebbe senso prevedere meccanismi nazionali di controllo esterno sulla legalità/tassatività, sul "come interpretare"?

Al riguardo si possono prospettare molteplici soluzioni, dalla creazione di un organo *ad hoc*, al coinvolgimento della Corte costituzionale, da un'attivazione da parte degli stessi giudici (avente ad oggetto quindi una normativa pur sempre astratta) a una attivazione da parte dei soggetti condannati (avente ad oggetto quindi una decisione e quindi la normativa applicata). E tutte queste soluzioni potrebbero essere combinate tra di loro con esiti molto diversi su plurimi piani, per cui si potrebbe avere una attivazione da parte dei giudici verso la Corte costituzionale; una attivazione dei giudici verso un altro organo *ad hoc*; una attivazione da parte delle persone verso la Corte costituzionale oppure una attivazione verso un altro organo.

Ebbene, alcune considerazioni di fondo. Anzitutto, non si può fare a meno di osservare come giochi un ruolo significativo il meccanismo di attivazione. Attivazione da parte dei giudici significa dominio della giurisdizione, come anche giudizio sulla legge interpretata *ex ante*. Attivazione da parte del condannato significa attivazione da parte di chi ha un interesse reale e concreto al controllo, come anche giudizio sulla sentenza. Con riflessi sulla stessa concezione della legalità, visto che nella prima prospettiva la legalità opera come un principio nel rapporto tra legislatore e giudice, nella seconda invece si atteggia come un diritto, nel rapporto tra legislatore/giudice e persona, visto che nella prima prospettiva il giudizio è sulla legge, nella seconda sul caso concreto.

In secondo luogo, a noi interessa osservare come forse già oggi risulti attivabile un controllo sulla tassatività per mano dei giudici e che coinvolge la Corte costituzionale, allorquando le Sezioni Unite hanno adottato una determinata interpretazione e la Sezione semplice successiva ritiene di discostarsi da tale interpretazione per aderire a una diversa, non tanto perché l'interpretazione adottata dalle Sezioni Unite risulta essere contraria a diritti o principi sostanziali, ma piuttosto perché essa viola la tassatività, il come dell'interpretazione: in sostanza, si potrebbe ritenere che il diritto vivente

consacrato dalle Sezioni Unite risulta assestarsi su un orientamento, su tipo criminoso giurisprudenziale, che disattende quello legale.

In particolare, in questa prospettiva il controllo potrebbe muoversi in due direzioni diverse. Da un lato, potrebbe consistere in un vero e proprio controllo sulla tassatività, vale a dire sulla conformità del diritto vivente consolidato rispetto alla disposizione legale: il giudice rimettente solleverebbe questione di legittimità per violazione del principio di legalità, in quanto il diritto vivente consolidato non risulta conforme alla *ratio* emergente dal tipo criminoso legale. Dall'altro lato, può consistere in un controllo di ragionevolezza, violata perché all'interno di una stessa fattispecie risultano punibili fatti riconducibili a due *rationes* differenti: il giudice *a quo* solleva questione di legittimità della disposizione in quanto fatti che esprimono disvalore diverso in quanto riconducibili ad offensività diverse sono puniti alla stessa stregua, nella consapevolezza che questa punizione di fatti diversi con la stessa pena non è opera – per così dire – del legislatore in astratto, ma del giudice in concreto.

Nella prima direzione, si tratterebbe di un controllo molto simile a quello che compie la Corte EDU, con la differenza però che la questione è sollevata sull'indirizzo giurisprudenziale prima della sua applicazione. Nella seconda direzione, invece, si tratterebbe di un controllo simile a quello che compie la Corte costituzionale ogni volta che opera in termini di ragionevolezza. Si potrebbe ritenere che differisce perché in realtà verte sulle interpretazioni, ma in realtà la Corte muove sempre da interpretazioni.

Ebbene, ribadito che forse questa forma di controllo potrebbe essere attuata già oggi nel sistema attuale, ciò che preme evidenziare è che con tale controllo la Corte finisca per dire l'ultima parola sulla *ratio* della fattispecie e quindi per compiere la scelta di valore tra le due possibili (*ratio* legale e *ratio* giurisprudenziale). La Corte costituzionale si troverebbe nella sostanza a dover decidere in ordine alla *ratio* e l'esito potrebbe essere di coincidenza con la *ratio* del legislatore, ma anche di accoglimento della *ratio* del giudice. In questa seconda prospettiva si arriverebbe a una rideterminazione del tipo criminoso che soltanto la Corte costituzionale può decidere e giustificare.

A ben vedere, nulla di scandaloso e di diverso da quanto la Corte fa già oggi nei giudizi di offensività e ragionevolezza. Anzi, si può osservare fin d'ora come la stragrande maggioranza delle sentenze della Consulta che attengono all'*an* o al *quomodo* o al *quantum* della punizione e si basano sulla ragionevolezza possano essere viste anche come sentenze ermeneutiche attinenti alla legalità. Tali sentenze, infatti, nella sostanza costituiscono non solo una comparazione alla luce di *rationes*, ma prima ancora una scelta e quindi una presa di posizione da parte della Corte costituzionale sulla *ratio*, sul tipo, spesso rimodulato e riconfigurato dalla Corte stessa. Insomma, nel sindacato di ragionevolezza la Consulta è "costretta" a decidere il "tipo costituzionale" dal momento che per valutare la ragionevolezza, non solo deve compiere una comparazione alla luce di diverse *rationes*, ma deve anche scegliere una *ratio* tra le due *rationes* possibili che giungono a esiti di somiglianza/dissomiglianza diversi.

Meriti e limiti di questa soluzione. Primo merito è appunto la possibilità di compiere un controllo esterno attraverso un meccanismo che costringe comunque a confrontarsi con gli indirizzi espressi dal legislatore. Secondo merito è che il controllo è effettuato sulla legge prima della sua applicazione e non sulla singola sentenza,

risultando quindi un'attività di controllo che non si va a sovrapporre con quella della Corte EDU. Ed ancora, il controllo sulla scelta di valore è compiuto dalla Corte costituzionale, custode della Costituzione, con la conseguenza che una eventuale rideterminazione del tipo è compiuta proprio da quel potere che sta al di sopra del legislatore come anche del giudice.

Alcuni meriti sono anche limiti. Così, l'attivazione da parte dei giudici non è del tutto esterna. In secondo luogo, se si legittima un controllo del genere, sul piano della concezione della legalità il dado è davvero tratto, nel senso che si riconosce un vero e proprio concorso dell'interpretazione nell'attività produttiva del diritto penale, anche se in realtà questo concorso c'è già ma si vuole far finta che non esista. Insomma, risulterebbe definitivamente acquisita la circostanza che l'interpretazione è elemento strutturale sostanziale della produzione del diritto penale. Infine, anche il ruolo e la funzione della Corte costituzionale muterebbero, perché la Consulta finirebbe per scegliere tra due soluzioni che risultano essere entrambe costituzionalmente legittime.

In particolare, sotto quest'ultimo profilo, si deve osservare come un controllo sulla tassatività non ponga problemi quando coincide con un controllo sulla eventuale violazione di diritti o principi sostanziali. In questa ipotesi la questione di legalità finisce per essere – per così dire – assorbita dalla questione “sostanziale”, per cui alla fine la Consulta non potrà che adottare uno dei due orientamenti interpretativi in quanto costituzionalmente conforme. Problemi invece si pongono in presenza di due orientamenti contrastanti entrambi però conformi a Costituzione sul piano dei principi sostanziali: evidente come si crei una tensione tra Corte costituzionale, legislatore e giudici di legittimità. La scelta per il tipo criminoso legale può essere ritenuta una invasione di campo nelle scelte giurisdizionali. La scelta per il tipo criminoso giurisprudenziale può essere considerata una indebita alleanza con la giurisdizione. Ed inoltre, come sceglie la Corte costituzionale?

Lo scenario che si apre, come accennato, è molto complesso. Ma si tratta di uno scenario sul quale vale la pena riflettere, anche perché se non si ha il coraggio di riflettere su uno scenario del genere, ci si deve arrendere alla conclusione a cui Gaetano Contino giungeva già vent'anni fa: «l'unico principio costituzionale di cui, di fatto, è pressoché impossibile assicurare la osservanza, nella concreta esperienza del diritto, è proprio il principio di legalità»¹².

Ecco allora che se da un lato si può affermare che alla fine la legge non è in grado di arrestare la creatività legislativa, tuttavia dall'altro lato si deve ritenere che sia più opportuno che la scelta di valore di fondo sia compiuta dalla Corte costituzione piuttosto che dai giudici.

Altro tema ancora è quello della eventuale giustiziabilità a livello nazionale della singola decisione. Questo tipo di giudizio necessiterebbe di riforma. Inoltre, potrebbe riguardare la decisione sia per la violazione della legalità, sia per la violazione di diritti e principi sostanziali. Insomma, si potrebbe compiere a livello nazionale esattamente ciò

¹² G. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in ID., *Scritti, 1964-2000*, Roma-Bari, 2002, p. 227.

che avviene a livello europeo. D'altra parte, potrebbe essere già un notevole progresso per le garanzie circoscriverlo alle sole ipotesi in cui la singola sentenza viola diritti o principi sostanziali (ad esclusione quindi della legalità) oppure si distacca da quanto statuito da sentenze della Corte costituzionale diverse da quelle di accoglimento. Si pensi ad esempio a quanto avviene nella applicazione delle fattispecie di istigazione a delinquere ed apologia di reato dove il pericolo concreto reclamato dalla giurisprudenza costituzionale alla fin fine non viene mai accertato.

4. Il problematico rapporto tra legislatore/giudice (Stato) e persona ovvero la questione dei contrasti giurisprudenziali.

Venendo adesso all'altro fronte problematico aperto dalla "nuova" legalità, concernente il rapporto tra Stato e persona, punto di partenza di queste riflessioni sono i contrasti e i mutamenti giurisprudenziali. Sul piano strutturale, possiamo parlare di contrasti sincronici o diacronici: il contrasto sincronico, il vero e proprio contrasto, si ha quando in un determinato arco temporale si vengono a creare contemporaneamente almeno due indirizzi contrastanti; il contrasto diacronico, quello che definiamo mutamento, si ha invece quando a un primo orientamento consolidato succede un altro contrastante. Inoltre, i contrasti possono essere sull'*an* (particolarmente significativi per la rilevanza della loro portata) come anche sul *quomodo* della punizione. Infine, con riferimento agli effetti applicativi, nel contrasto sincronico convivono un orientamento più sfavorevole e uno più favorevole; nel contrasto diacronico è l'orientamento successivo che può essere sfavorevole oppure favorevole.

Nella "nuova" legalità che riconosce un ruolo significativo all'interpretazione, va da sé che si possono verificare contrasti o mutamenti. A ben vedere, contrasti interpretativi sono sempre esistiti, a dimostrazione di quanto fosse un mito una legalità legalistica priva di interpretazione. Tuttavia, in passato, la visione legalistica che nella sostanza si illudeva che la legalità non implicasse interpretazione, ai contrasti interpretativi non si prestava molta attenzione. Un certo interesse per i contrasti sincronici emergeva quando si trattava il tema dell'*ignorantia legis*, ma al netto di questo passaggio, oltretutto più teorico che pratico, ai contrasti non veniva prestata particolare attenzione, tanto meno rilevanza.

Ebbene, è indubbio che contrasti e mutamenti pongono un problema di certezza, perché disorientano la persona, minando la sua libertà di autodeterminarsi. E il disorientamento finisce per essere per certi aspetti duplice: da un lato, in una prospettiva che afferma comunque la necessità di un legame tra dettato legislativo ed esito interpretativo, il disorientamento deriva dalla scollatura che intercorre tra disposizione e norma; dall'altro, quale che sia la concezione di legalità che si adotta, il disorientamento deriva dalla sussistenza di due norme dal messaggio comunicativo divergente. In entrambe le ipotesi il quesito che sorge è il seguente: quale la regola comportamentale da seguire?

Il tema diventa quindi come contenere/risolvere i contrasti. In modo più rigoroso potremmo dire che occorrono strumenti per tutelare la persona nella sua capacità di

autodeterminarsi in termini autenticamente liberi, emergendo qui uno spostamento dell'asse della nuova legalità verso il rapporto tra Stato (legislatore/giudice) e persona.

A dire il vero, anche l'esigenza di un contenimento dei contrasti si è sempre posta. La legalità illuministica (legalistica) nasce proprio come rimedio alla caoticità derivante dalla prassi applicativa. Tuttavia, nella prospettiva legalistica l'esigenza veniva soddisfatta – per così dire – mitologicamente a monte, negando un ruolo alla stessa attività interpretativa. Un mito sfatato dalla realtà.

Nella prospettiva di una legalità che riconosce realisticamente un ruolo “attivo” all'interpretazione, il tema del contenimento dei contrasti apre a due fronti. Da un lato, vi sono gli strumenti istituzionali orientati a prevenire o risolvere i contrasti e quindi a stabilizzare il diritto vivente. Tali strumenti incidono sui rapporti tra poteri, realizzando così una tutela indiretta della persona.

Dall'altro lato, sta il fronte degli strumenti – per così dire – di tutela diretta della persona, nel senso che per soddisfare esigenze di certezza/autodeterminazione occorre tutelare la persona da eventuali scollature tra la legge interpretata al momento del fatto e quella interpretata al momento della decisione. Insomma, se, da un lato, si attribuisce rilevanza alla legalità effettiva, prodotta dai poteri legislativo e giudiziario dello Stato complessivamente inteso, dall'altro lato, occorre evitare che il riferimento alla legalità effettiva generi abusi impedendo alle persone di autodeterminarsi.

4.1. Gli strumenti istituzionali di stabilizzazione degli orientamenti interpretativi ovvero gli strumenti di tutela indiretta della persona.

Per quanto riguarda il primo fronte istituzionale, si possono distinguere due prospettive: da un lato, una prospettiva che potremmo definire preventiva, volta a prevenire i contrasti; dall'altro lato, una prospettiva risolutiva, volta invece a risolvere i contrasti.

È bene precisare fin da subito che si tratta di due prospettive che se differiscono sicuramente sul piano della operatività e del rapporto che hanno con l'attività ermeneutica del singolo giudice che decide il caso concreto, tuttavia non è detto che differiscano sul piano del paradigma della legalità. A ben vedere, infatti, mentre la prospettiva preventiva, come vedremo meglio in seguito, porta necessariamente ad una legalità giurisprudenziale, la seconda prospettiva risolutiva, invece, non è detto che conduca necessariamente a una legalità costituzionale. Insomma, la prospettiva risolutiva dei contrasti porta a una legalità costituzionale soltanto se sono possibili quei controlli esterni sulla tassatività che abbiamo già messo in evidenza nei precedenti paragrafi. Altrimenti, in assenza di tali controlli, nella prospettiva risolutiva è ben possibile che il ruolo della giurisprudenza si potenzi fino a compromettere l'indirizzo del legislatore. Con la peculiarità che la legalità giurisprudenziale in prospettiva risolutiva risulta comunque maggiormente capace di valorizzare l'attività ermeneutica rispetto alla legalità giurisprudenziale in prospettiva preventiva, in quanto la prospettiva risolutiva lascia che la giurisprudenza trovi – per così dire – autonomamente

la propria strada ermeneutica, ammettendo anche la possibilità di un contrasto, destinato ad essere risolto con l'intervento delle Sezioni Unite in termini di ultima *ratio*.

In conclusione, la prospettiva preventiva, al pari per certi aspetti di quanto avviene per la legalità legalistica basata sulla lettera e il dominio del legislatore, tende a comprimere la stessa attività ermeneutica sotto il profilo del rapporto tra legislatore e giudice, riducendo il problema interpretativo a un rapporto tra giudice e giudice e ponendo senz'altro in secondo piano il ruolo orientativo della legge astratta nell'attività ermeneutica del giudice. Nella prospettiva preventiva, infatti, come vedremo meglio tra poco, il problema che si pone è di stabilizzare il prima possibile un orientamento condiviso.

Diversamente, la prospettiva risolutiva valorizza l'ermeneutica anche sotto il profilo del rapporto tra legislatore e giudice, perché in presenza di un contrasto giurisprudenziale occorre poi scegliere l'interpretazione da consolidare e la scelta di questa interpretazione non può che essere compiuta anche alla luce della legge nella sua configurazione astratta. D'altra parte, se la prospettiva risolutiva non è accompagnata da meccanismi istituzionali di controllo esterno sulla tassatività, vi sono buone ragioni per ritenere che giunga comunque a una legalità giurisprudenziale. Se invece è accompagnata da meccanismi istituzionali di controllo, aumentano i margini per un recupero del ruolo degli indirizzi del legislatore e quindi ci si orienta verso una legalità costituzionale.

4.1.1. La prospettiva preventiva e il vincolo del precedente.

Per quanto riguarda la prospettiva preventiva, l'idea di fondo è di prevenire la stessa formazione del contrasto attraverso lo strumento del vincolo del precedente. Vero obiettivo della prospettiva preventiva è quindi la rapida stabilizzazione dell'interpretazione (norma), senza curarsi troppo del suo rapporto con la legge astratta (disposizione). Insomma, ciò che si vuole ottenere è che si consolidi quanto prima un indirizzo interpretativo univoco, vale a dire un diritto vivente condiviso capace di dare certezza alla persona destinataria della norma.

Del tutto logico, potremmo dire, che in questa prospettiva giochino un ruolo fondamentale le primissime pronunce destinate alla stabilizzazione in quanto in futuro condivise. Il vincolo del precedente non può che essere semplice (non qualificato), perché se fosse qualificato significherebbe che si è formato il contrasto e quindi l'intervento qualificato opererebbe in termini risolutivi.

Come accennato, in questa prospettiva, passa inevitabilmente in secondo piano il tema del rapporto tra interpretazione e legge: alla fin fine ciò che interessa è la stabilizzazione dell'interpretazione quale che sia o comunque senza interrogarsi troppo circa il rapporto tra interpretazione stabilizzata e legge. Nella prospettiva preventiva, è del tutto naturale che si venga a creare una sorta di "tipo giurisprudenziale" diverso dal "tipo legale" tipizzato dal legislatore. Ma per certi aspetti si allenta anche il rapporto che intercorre tra l'esigenza interpretativa e il singolo caso concreto, in quanto la scelta

interpretativa tende ad essere condizionata anche dalla sua capacità persuasiva per il futuro [Viganò].

Vincolo del precedente significa quindi una legalità nella sostanza giurisprudenziale contraddistinta da un certo dominio del giudice sullo stesso legislatore, dove la legge costituisce il punto di partenza, mentre poi la produzione “effettiva” del diritto penale passa nella sostanza interamente nelle mani del giudice, anche perché il rapporto “sostanziale” tra legge e interpretazione tende ad essere negletto, interessando piuttosto la stabilizzazione in quanto tale.

È indubbio che il vincolo del precedente rafforza la stabilità dell’ordinamento anche perché opera a monte, evitando a priori l’incertezza. Tuttavia non sono trascurabili le problematiche e gli inconvenienti.

Prima problematica è proprio quella del tendenziale disinteresse rispetto alla legge astratta. Non si assiste soltanto a un colpo ulteriore assestato alla legalità della legge: lo stesso costituzionalismo e ancor più una configurazione del controllo costituzionale che incentiva una verifica preliminare di interpretazione conforme anche in tensione con la legge, depotenzia e svalorizza il ruolo della legge astratta¹³. Ma, a ben vedere, si assiste alla configurazione di una vera e propria nuova legalità, da intendersi come vero e proprio nuovo e diverso paradigma, per l’appunto giurisprudenziale, contraddistinto dal dominio del giudice sul legislatore nella produzione del diritto penale. La “speranza” è che la prima interpretazione risulti conforme al “tipo legale”, ma se questo non accade è indubbio che si forma un “tipo giurisprudenziale” destinato a prendere il posto di quello legale.

La seconda problematica creata dal vincolo del precedente è una tendenziale rigidità del sistema, simile a quella che contraddistingue la legalità legalistica, con inevitabile sofferenza rispetto alle esigenze che a volte si pongono sul piano dell’adattamento di un testo legale alle dinamiche fattuali e sociali. Emerge così un’interessante contraddizione: da un lato, si valorizza il ruolo della giurisprudenza in termini di concorso alla produzione del diritto penale, ma, dall’altro lato, si viene a svilire proprio la funzione adattatrice propria del contributo giurisprudenziale.

Terza questione, connessa alla precedente. Non ci possiamo dimenticare che anche la giurisprudenza, vale a dire l’applicazione della legge può porsi in contrasto con il dettato costituzionale per violazione di diritti e principi sostanziali, con la conseguenza che attraverso il vincolo del precedente ben potrebbe consolidarsi un orientamento addirittura costituzionalmente illegittimo.

Ultima questione: proprio per evitare l’inconveniente della rigidità, è più che plausibile che la giurisprudenza si frammenti in molteplici orientamenti casistici, dove

¹³ Si pensi alla sentenza di *inammissibilità* della Corte costituzionale n. 322 del 2007, relativa all’irrelevanza dell’*error aetatis* sancita dall’allora vigente art. 609-*sexies* c.p., in cui si “rimprovera” il giudice rimettente di non essersi posto «neppure il problema di verificare la praticabilità di una interpretazione *secundum constitutionem* della disposizione denunciata», ma si prospetta come soluzione conforme a Costituzione una disciplina basata sul giudizio di evitabilità/inevitabilità dell’errore, equiparando errore sul fatto ed errore sul precetto che sono due situazioni completamente diverse e finendo per punire comunque come doloso un fatto che alla fine dovrebbe essere punito come colposo.

il criterio alla luce del quale compiere l'attività di comparazione/distinzione propria della interpretazione finisce per essere dettato dal fatto e quindi per essere autenticamente di tipo fattuale, con conseguente, se non dissoluzione, quanto meno frammentizzazione del tipo in una vera e propria casistica.

Ebbene, è interessante osservare come per rimediare a questi inconvenienti l'unica strada percorribile sia quella di potenziare un controllo esterno avente ad oggetto non solo la legge ed esperibile dai giudici, ma avente ad oggetto la stessa decisione del giudice, vale a dire la legge interpretata ed applicata al caso concreto, ed esperibile direttamente dai cittadini, e ciò al fine di sindacare non solo il rispetto da parte della decisione dei principi e dei diritti sostanziali, ma anche il rispetto da parte dei giudici della legalità: insomma si creerebbe un controllo totalmente esterno sulla tassatività, vale a dire un controllo sul rapporto tra legge e interpretazione da parte di un organo (Corte costituzionale) diverso da quello deputato all'interpretazione (al monopolio interpretativo) della legge ed attivato non dai giudici ma dalla persona.

4.1.2. La prospettiva risolutiva e il ruolo delle Sezioni Unite.

Meglio curare che prevenire. Si noti che l'idea di curare, risolvere il contrasto, muove non solo dalla consapevolezza del pluralismo interpretativo, ma anche dalla consapevolezza della sua utilità sul piano ermeneutico, per cui in un contesto argomentativo non si può che dare uno spazio e "sfogo" al vitalismo del formante giurisprudenziale.

Come accennato, meccanismo risolutivo non significa di per sé legalità costituzionale.

Per quanto riguarda il funzionamento, il meccanismo risolutivo si lega al tema della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione. Originariamente, in presenza di una legalità legalistica, la Corte di Cassazione era a presidio della interpretazione "corretta", potremmo dire a presidio della interpretazione (maggiormente) conforme alla lettera della legge. Tuttavia, nel momento in cui si è attribuito un ruolo sempre maggiore alle Sezioni Unite per dirimere contrasti, si è disvelato come la realtà giuridica fosse più complessa: nella stessa Corte di Cassazione erano presenti più interpretazioni "plausibili".

In presenza di una legalità che attribuisce significato all'interpretazione, il ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione muta, potenziandosi inevitabilmente il ruolo delle Sezioni Unite, non solo e non tanto al fine di controllare "la legalità" degli orientamenti interpretativi, ma soprattutto l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali. Mentre le Sezioni semplici svolgono la funzione di indagare argomentativamente le soluzioni possibili anche in una prospettiva teleologica e sistematica più articolata, le Sezioni Unite hanno la funzione di stabilizzare il tipo criminoso.

In questa prospettiva, si apre la dinamica interna alla Cassazione tra Sezioni semplici, Sezioni Unite, e, là dove si ammette un controllo esterno sulla tassatività, la dinamica esterna alla Cassazione tra Sezioni Unite e Corte costituzionale.

L'idea di fondo è di fare emergere il pluralismo interpretativo e quindi di valorizzare proprio il vitalismo del formante giurisprudenziale. Quindi il contrasto risulta ammissibile. Dopo di che, per recuperare in termini di certezza, là dove si forma un contrasto, si pone la necessità di un pronunciamento qualificato capace di risolverlo. Passaggio ulteriore e possibile, successivo al pronunciamento delle Sezioni Unite è, come abbiamo accennato in precedenza, quello alla Corte costituzionale. Inoltre, come vedremo in seguito, il quadro si può complicare ulteriormente là dove dopo una sentenza delle Sezioni Unite, si abbia un nuovo pronunciamento delle Sezioni Unite.

4.1.3. L'art. 618, comma 1-bis, c.p.p.

Prima di chiudere sugli strumenti indiretti di tutela della persona, alcune considerazioni sull'art. 618, comma 1-bis, c.p.p.

Tale disciplina, pur essendo orientata a scopi preventivi, tuttavia si inserisce all'interno della prospettiva risolutiva dei contrasti, attenendo a una fase del tutto peculiare, vale a dire alla fase successiva all'intervento delle Sezioni Unite compiuto per risolvere un contrasto. Ebbene, rispetto a questa fase, e quindi con riguardo alla giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite, la disposizione in esame attribuisce una certa valenza rafforzata alla pronuncia delle Sezioni Unite (ecco la componente preventiva di questo meccanismo), per cui se dopo la sentenza delle Sezioni Unite che ha risolto un contrasto, la Sezione semplice intende discostarsi dal principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, la Sezione semplice deve rimettere la questione alle stesse Sezioni unite.

Il meccanismo deve essere indagato a fondo, sia sul piano dei rapporti tra poteri, sia sul piano delle garanzie dirette per la persona.

Sotto il primo profilo, come accennato, scopo immediato è quello di limitare – per così dire – in via preventiva, che dopo le Sezioni Unite si possa riaprire un fronte di contrasto. Nella sostanza si attribuisce una sorta di forza vincolante relativa al precedente qualificato delle Sezioni Unite, “costringendo” la Sezione semplice che non è persuasa dal principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite di interfacciarsi subito e direttamente con queste ultime, delineando un'alternativa molto stretta: o la Sezione semplice si adegua a quanto stabilito dalle Sezioni Unite oppure deve essere nuovamente rimessa la questione alle Sezioni Unite.

D'altra parte, è proprio rispetto a questa fase *post* sentenza delle Sezioni Unite che, come abbiamo visto in precedenza, si apre la questione della possibilità per la Sezione semplice di rimettere questione alla Corte costituzionale per un eventuale controllo esterno sulla tassatività. Anzi, in virtù di questo meccanismo così stringente, non è da escludere che le Sezioni semplici possano trovare nella Corte costituzionale una interlocuzione privilegiata per far valere le proprie ragioni, basandosi proprio sulla circostanza che il diritto vivente si è assestato sulle posizioni delle Sezioni Unite e che non esiste altra strada che la questione di legittimità costituzionale.

Sotto il secondo profilo delle garanzie dirette per la persona, si deve osservare come, proprio alla luce di questo meccanismo, la questione della tutela diretta della

persona, che vedremo a breve, si faccia ancora più pregnante, perché a questo punto può ben accadere che all'interno di un determinato arco temporale sulla stessa questione si succedano due sentenze delle Sezioni Unite: per risolvere un contrasto viene pronunciata una prima sentenza delle Sezioni Unite che afferma un certo principio di diritto; la giurisprudenza successiva si attiene a questo principio; in seguito, una Sezione semplice ripropone la questione; infine, le Sezioni Unite decidono una seconda volta in termini diversi da quanto precedentemente deciso da loro stesse.

Ebbene, questo è esattamente quanto accaduto rispetto alla vicenda dell'accesso abusivo a un sistema informatico e alla produzione del materiale pedo-pornografico a cui abbiamo già fatto riferimento. In questa seconda vicenda, oltretutto, la seconda sentenza, più che risolvere un contrasto, ha determinato un vero e proprio mutamento giurisprudenziale.

Stando così le cose, non è da escludere che le Sezioni Unite, condizionate dai rischi derivanti dal mutamento, adottino fin da subito la soluzione più estensiva. Così come è ben possibile che nell'affrontare la seconda questione, sempre per evitare le problematiche derivanti dal mutamento, le Sezioni Unite tendano a distinguere e differenziare la seconda questione rispetto alla prima.

Al di là di questi aspetti, a dire il vero molto rilevanti, in presenza di una seconda sentenza delle Sezioni Unite si pone il tema di come trattare la persona che ha agito basandosi sul principio di diritto enunciato dalla prima sentenza delle Sezioni Unite e poi disatteso dalla seconda sentenza delle Sezioni Unite.

Ecco aprirsi il fronte delle garanzie – per così dire – dirette della persona.

4.2. Gli strumenti di tutela diretta della persona.

Passiamo quindi al tema della tutela diretta della persona all'interno del nostro contesto istituzionale, basato sul meccanismo risolutivo dei contrasti.

Nel momento in cui si accettano margini "istituzionali", "fisiologici" di incertezza, in quanto è lo stesso sistema che si configura per dare spazio e voce al vitalismo interpretativo del formante giurisprudenziale, appare difficile non riconoscere rilevanza a strumenti di tutela allorquando la persona ha agito nel contesto di incertezza, vale a dire durante il contrasto o prima del mutamento giurisprudenziale o addirittura dopo il pronunciamento qualificato risolutivo del contrasto giurisprudenziale, poi ulteriormente modificato da un'ulteriore successiva pronuncia qualificata.

Insomma, se è vero che il sistema risolutivo prevede fasi o momenti di passaggio e transizione contraddistinti da incertezza, è anche vero che rispetto a queste fasi è difficile non prevedere strumenti di tutela della persona. A maggior ragione a seguito di pronunce qualificate stabilizzanti.

In via preliminare si pone il problema se si possa/debba distinguere tra contrasto e mutamento giurisprudenziale. Per esempio, la giurisprudenza della Corte EDU tende a non compiere una distinzione di questo tenore, anche perché a volte può risultare difficile. In alcune pronunce la Corte EDU parla di "capovolgimento giurisprudenziale", ma spesso, come ad esempio nella vicenda Contrada, la tipologia di contrasto non viene

particolarmente attenzionata. D'altra parte, a nostro avviso, è opportuno distinguere tra contrasto e mutamento, trattandosi di due realtà completamente diverse che, come vedremo, pongono problemi molto diversi e conseguentemente reclamano "trattamenti" diversi.

Così, ad esempio, non si può fare a meno di notare come nell'ipotesi di accesso abusivo a un sistema informatico, entrambe le sentenze delle Sezioni Unite siano state pronunciate a seguito del formarsi di un vero e proprio contrasto giurisprudenziale, in quanto prima di entrambe v'è stato un periodo di durata piuttosto significativa dove hanno convissuto sentenze che rispetto alla medesima questione giungevano a soluzioni opposte. Diversamente, nella vicenda relativa alla produzione di materiale pedopornografico, se la prima sentenza delle Sezioni Unite è stata adottata in presenza di un contrasto, la seconda pronuncia, invece, è stata adottata in assenza di un vero e proprio contrasto, risultando assolutamente prevalente l'indirizzo giurisprudenziale che richiedeva il pericolo concreto di diffusione del materiale, in conformità a quanto stabilito dalla prima sentenza delle Sezioni Unite.

4.2.1. La tutela diretta della persona in presenza di contrasto sincronico.

Con riferimento al contrasto sincronico, e quindi al vero e proprio contrasto giurisprudenziale, si deve considerare che la persona può aver agito durante il periodo in cui tale contrasto sussisteva.

Come abbiamo visto, l'ordinamento prevede che il contrasto sia poi risolto dalle Sezioni Unite. Il tema diventa: le Sezioni Unite e i giudici successivi alla eventuale sentenza delle Sezioni Unite come devono "trattare" il fatto commesso durante il contrasto e prima della sentenza delle Sezioni Unite?

Occorre distinguere almeno tre situazioni molto diverse tra di loro. Anzitutto, v'è la situazione in cui la Sezione semplice si trova a decidere in presenza di un contrasto giurisprudenziale in atto: se è indubbio che la Sezione semplice può rimettere la questione alle Sezioni Unite, tuttavia ci dobbiamo chiedere se – per così dire – in alternativa, sia nella sua possibilità rimettere questione di legittimità costituzionale per indeterminatezza della fattispecie?

In secondo luogo, v'è la situazione in cui le Sezioni Unite decidono: una volta deciso per la soluzione sfavorevole, le Sezioni Unite devono tener conto della circostanza che la persona ha agito in presenza di un contrasto?

Infine, v'è la terza situazione in cui, risolto il contrasto da parte delle Sezioni Unite, le Sezioni semplici si trovano a decidere dopo la sentenza delle Sezioni Unite per fatti commessi durante il contrasto e prima della sentenza delle Sezioni Unite, dovendosi le Sezioni semplici misurare con il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite.

4.2.1.1. La Sezione semplice davanti al contrasto giurisprudenziale in atto.

Il giudice che si trova a decidere in presenza di un contrasto in atto a ben vedere si può trovare, oggi, nell'alternativa tra rimettere la questione alle Sezioni Unite oppure sollevare questione di legittimità costituzionale per indeterminatezza della disposizione.

Se la prima opzione può considerarsi – per così dire – classica e tradizionale, la seconda si presenta per certi aspetti nuova e derivante dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Se infatti la Corte costituzionale considera determinata la disposizione rispetto alla quale si è creato un diritto vivente consolidato, vi possono essere gli estremi per ritenere che l'esistenza nel diritto vivente di un contrasto perdurante sia indice di una indeterminatezza – per così dire – in concreto, proprio in virtù della mancanza di un diritto vivente che si è venuto a consolidare. Detto diversamente, alla indeterminatezza derivante dalla non interpretabilità in astratto della disposizione (ipotesi per la verità ormai più di scuola che reale), si potrebbe ritenere che si sia aggiunta l'indeterminatezza derivante dalla mancanza di un diritto vivente consolidato a causa della permanenza di un contrasto giurisprudenziale. Con la conseguenza che la Corte finirebbe per valorizzare il ruolo tassativizzante svolto dalla giurisprudenza.

Al netto di quest'ultima considerazione, il punto è: cosa dovrebbe fare la Corte costituzionale in presenza di una questione di legittimità sollevata per indeterminatezza della legge in virtù della inesistenza di un diritto vivente consolidato ovvero della esistenza/persistenza di un contrasto giurisprudenziale?

Una soluzione potrebbe essere quella di dichiarare l'illegittimità per la mera esistenza del contrasto. Si tratterebbe, tuttavia di una soluzione che non può essere accolta. Da un lato, infatti, ricavare l'indeterminatezza dalla mera esistenza di un contrasto (la registrazione di un contrasto determina indeterminatezza) potrebbe portare alla conclusione che una disposizione in astratto decisamente determinata divenga indeterminata perché la giurisprudenza di legittimità non è stata in grado di trovare un orientamento condiviso. Dall'altro lato, si tratta di soluzione problematica che finisce per contraddire lo stesso sistema basato sul "meccanismo risolutivo" e oggi ulteriormente rafforzato dall'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., meccanismo che ha come presupposto il carattere fisiologico dei contrasti giurisprudenziali.

Ecco allora che il riferimento alla univocità del diritto vivente consolidato in un orientamento condiviso può essere utile per colmare difetti di determinatezza apprezzabili già in astratto. Ma il riferimento al contrasto nel diritto vivente in sé e per sé considerato, dal quale evincere l'indeterminatezza della disposizione sarebbe rischioso e disfunzionale.

Più opportuno quindi muovere dall'idea che una disposizione che risulta indeterminata già in astratto possa risultare comunque determinata in concreto, con la conseguenza che se tale determinatezza non è raggiunta, non si può che dichiarare la norma costituzionalmente illegittima. E in questa prospettiva sembra essersi mossa proprio la giurisprudenza della Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2019, che ha riconosciuto l'indeterminatezza dell'art. 1, comma 1, lett. a) del Codice antimafia non soltanto perché sussisteva un contrasto nell'interpretazione dell'espressione "traffici

delittuosi”, ma prima ancora perché le diverse interpretazioni «di un termine geneticamente vago come quello dei “traffici delittuosi”, non ulteriormente specificato dal legislatore, non appaiono in grado di selezionare, nemmeno con riferimento alla concretezza del caso esaminato dal giudice, i delitti la cui commissione possa costituire ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura». Insomma, il presupposto è stato l’indeterminatezza della disposizione già in astratto.

In questa prospettiva, quindi, il principio di determinatezza finisce per essere così declinabile: anzitutto, v’è la disposizione non interpretabile (lo ribadiamo: caso di scuola); in secondo luogo, v’è la norma interpretabile, che però già in astratto può risultare determinata o indeterminata (il giudizio di indeterminatezza in astratto non è stato totalmente superato, altrimenti saremmo ancora una volta in presenza di una legalità giurisprudenziale); in terzo luogo, rispetto alla legge già in astratto interpretabile, ma di per sé già in astratto assai generica e indeterminata, se la giurisprudenza riesce a svolgere una funzione tassativizzante, il *vulnus* si può considerare superato, ma se permangono contrasti interpretativi, allora il *vulnus* risulta insuperabile o comunque insuperato e quindi si può dichiarare l’illegittimità.

Insomma, il riferimento che la Corte costituzionale compie al ruolo tassativizzante del diritto vivente per colmare l’eventuale lacuna di determinatezza della fattispecie in astratto non deve portare a credere che non vi siano spazi per affermare una indeterminatezza in astratto. Anzi, è proprio in presenza di una legge già in astratto interpretabile e indeterminata che la Corte costituzionale può dare *chance* al diritto giurisprudenziale affinché possa trovare l’interpretazione tassativizzante. Ma quando questo non accade, allora una dichiarazione di illegittimità costituzionale risulta inevitabile, non tanto per l’esistenza di un contrasto in sé, ma più a monte per l’indeterminatezza della disposizione che non ha trovato una sua determinatezza in concreto. Quindi ad una non interpretabilità in astratto che significa indeterminatezza assoluta, si può affiancare una interpretabilità in astratto contraddistinta però da indeterminatezza, la quale pertanto è relativa, superabile cioè dal diritto vivente. Ma se poi il diritto vivente non riesce a trovare una univocità, è evidente come, in virtù della originaria indeterminatezza in astratto non superata, si debba giungere alla conclusione che la disposizione sia illegittima.

Un’ultima considerazione. Si potrebbe ritenere che nel riconoscere questo ruolo tassativizzante alla giurisprudenza si sia in realtà in presenza di un paradigma della legalità giurisprudenziale, per cui alla fin fine il tipo criminoso viene definito dalla giurisprudenza. Tuttavia, si deve ritenere che la prospettiva sia autenticamente costituzionale. Da un lato, infatti, non ci possiamo dimenticare che la legge in astratto risulta essere indeterminata, con la conseguenza che in realtà un tipo criminoso legale alla fin fine non esiste. Dall’altro lato, nella alternativa tra dichiarare la disposizione costituzionalmente illegittima oppure aprire al contributo tassativizzante della giurisprudenza, la scelta di questa seconda opzione pone – per così dire – legislatore e giurisprudenza dalla stessa parte, in una prospettiva di autentica collaborazione. Insomma, a ben vedere, l’impianto di questo ragionamento non è dissimile a quello che spesso impiega la Corte costituzionale rispetto al principio sostanziale di offensività.

Ma eccoci al punto davvero centrale: in questo scenario a farne le spese rischia di essere la persona. Si torni alla sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 e si consideri l'altra ipotesi prevista dal codice antimafia, disciplinata dall'art. 1, comma 1, lett. b), e che la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente legittima in quanto risulta determinata «alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza de Tommaso»: ebbene, la determinatezza è stata raggiunta in un momento successivo a quello in cui i soggetti hanno agito. Detto in altri termini, per stessa ammissione della Corte, prima dell'apporto tassativizzante della giurisprudenza i soggetti hanno agito in presenza di una norma assolutamente indeterminata, in astratto e in concreto.

Dobbiamo considerare davvero del tutto irrilevante questa circostanza? O forse non sarebbe più opportuno affermare che chi è stato sottoposto a misura di prevenzione per quella ipotesi prima del consolidamento del diritto vivente avente carattere tassativizzante non può più esserlo?

Con la conseguenza che anche rispetto alle misure di prevenzione non può non trovare applicazione il principio di irretroattività, sia in astratto, sia in concreto.

4.2.1.2. La decisione delle Sezioni Unite.

Una volta rimessa la questione alle Sezioni Unite, queste ultime decidono secondo le modalità a cui abbiamo accennato in precedenza (scelta della *ratio* alla luce della quale compiere la comparazione tra due ipotesi).

Si pone il problema di come trattare il caso concreto che le Sezioni Unite decidono e cioè se, nell'ipotesi in cui si scelga il trattamento più sfavorevole, si possa attribuire rilevanza alla circostanza che la persona ha commesso il fatto in presenza di un contrasto giurisprudenziale.

A me pare che qui si debbano distinguere due situazioni ulteriori: quella in cui in presenza di contrasto c'è la "prima" sentenza delle Sezioni Unite e quella in cui, dopo una sentenza delle Sezioni Unite, si sia formato un ulteriore contrasto che ha dato luogo a una seconda rimessione e quindi a una seconda sentenza delle Sezioni Unite.

Nella ipotesi di primo contrasto e prima sentenza delle Sezioni Unite, non vi dovrebbero essere particolari problemi nel trattare il caso concreto. Si tratta di una pronuncia che parla soprattutto per il futuro.

Ciò significa anzitutto che non può operare il principio di irretroattività, per la semplice ragione che manca lo stesso fenomeno della successione tra fonti: anche là dove si ammette che il fenomeno successorio sussiste anche quando succedono interpretazioni diverse, tuttavia in presenza di un contrasto non v'è successione di "leggi interpretate", perché le "due leggi" convivono.

Piuttosto si pone un problema di ignorantia/prevedibilità della decisione. Sul punto si deve osservare come *ignorantia legis* nazionale e prevedibilità europea/convenzionale si vengano a sovrapporre: mentre l'*ignorantia legis* nazionale tende a valorizzare soprattutto aspetti soggettivi (conoscenze e competenze soggettive), attribuendo però una certa rilevanza anche a quelli oggettivi (esistenza di un contrasto); la prevedibilità europea/convenzionale privilegia soprattutto gli aspetti oggettivi, ma

prende in considerazione anche aspetti soggettivi. Vero tutto questo, il dato che a noi interessa è che, quale che sia la prospettiva che si adotta (nazionale o europea), si attribuisce rilevanza al rapporto tra la persona e la legge.

Ebbene, se si adotta una prospettiva “soggettiva” della prevedibilità, le Sezioni Unite dovrebbero compiere il giudizio di evitabilità/inevitabilità avuto riguardo alle peculiari condizioni del soggetto.

Se invece si adotta una prospettiva “oggettiva” della prevedibilità, le Sezioni Unite dovrebbero decidere anche se la soluzione del contrasto in senso sfavorevole fosse o meno prevedibile.

Scegliere tra la prima e la seconda opzione ha conseguenze relevantissime. Anzitutto, muta il rapporto tra Sezioni Unite e Sezioni semplici che si pronunciano dopo la sentenza delle Sezioni Unite: se infatti si adotta la soluzione soggettiva, le Sezioni Unite dovranno compiere il loro giudizio di prevedibilità soggettiva e le Sezioni semplici successive dovranno compiere a loro volta il loro giudizio. In sostanza, la prevedibilità soggettiva sarà decisa caso per caso. Se invece si adotta la soluzione oggettiva, la decisione delle Sezioni Unite avrà per l'appunto una portata oggettiva destinata a vincolare anche le Sezioni semplici successive che si trovano a decidere condotte commesse in presenza del contrasto prima della sentenza delle Sezioni Unite.

Seconda precisazione. Se si adotta la prospettiva “oggettiva” della prevedibilità, si deve osservare come il parametro per misurarla non potrebbe che essere quello del tipo criminoso legale ovvero della essenza dell'infrazione adottato dalla Corte EDU. Aspetto, questo, decisamente interessante, perché dimostra come lo stesso concetto di prevedibilità oggettiva costringa a una rivalutazione del ruolo della legalità.

Più precisamente, per affermarsi la prevedibilità oggettiva si deve ritenere che l'interpretazione adottata sia un'interpretazione conforme al tipo criminoso legale, in quanto, diversamente, se la prevedibilità oggettiva fosse misurata sulla base degli orientamenti giurisprudenziali, lo stesso concetto di prevedibilità oggettiva salterebbe, risultando inevitabilmente prevedibile la decisione che sceglie tra due orientamenti esistenti al momento della realizzazione del fatto.

Ecco allora che suscita notevoli perplessità la seguente affermazione della Corte di cassazione in tema di prevedibilità contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite in tema di tentativo di rapina impropria: «nella giurisprudenza della Corte EDU al suddetto principio [al principio di legalità] si collegano valori della accessibilità (*accessibility*) della norma violata e della prevedibilità (*foreseeability*) della sanzione, accessibilità e prevedibilità che si riferiscono non alla semplice astratta previsione della legge, ma alla norma “vivente” quale risulta dall'applicazione e dalla interpretazione dei giudici; pertanto la giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale [...]. Nel caso in esame la prevedibilità del risultato interpretativo con riferimento al “diritto vivente” è piuttosto rappresentata da una giurisprudenza, non proprio maggioritaria, ma addirittura granitica».

Ebbene, se si ragiona in questi termini non vi sarà mai spazio per una prevedibilità in senso oggettivo e si andrà verso un paradigma di legalità necessariamente giurisprudenziale. Insomma, la prevedibilità oggettiva non deve essere

parametrata sulla base degli orientamenti giurisprudenziali, ma sulla base del criterio della conformità del mutamento rispetto al tipo, nel senso che prevedibile è l'interpretazione che pur essendo diversa da quella consolidata rientra comunque nei confini tracciati dal disvalore del tipo.

Ecco allora che il richiamo della prevedibilità per limitare l'affermazione di orientamenti interpretativi che contestano quello consolidato, nasconde il rischio di uno scivolamento verso una deriva – per così dire – scettica ovvero verso una prospettiva meramente giurisprudenziale che potrebbe portare ad estromettere del tutto i binari tracciati dal tipo. Seguendo tale via, infatti, si potrebbe giungere alla conclusione che la tassatività sia rispettata tutte le volte che si adotta una soluzione interpretativa conforme al precedente. Tuttavia, l'interpretazione conforme al precedente si deve ritenere legittima non solo e non tanto se prevedibile in quanto riconducibile ad un orientamento consolidato, quanto piuttosto se prevedibile in termini di tipo. In buona sostanza, sia che la decisione confermi, sia che modifichi l'orientamento più condiviso, è comunque necessario che l'indirizzo confermato o quello che se ne discosta siano riconducibili al disvalore forgiato dal tipo.

A nostro avviso, riguardo al contrasto sincronico, tra la prevedibilità soggettiva e quella oggettiva risulta preferibile la prima soggettiva, sia perché la presenza del contrasto fa sorgere proprio il dubbio che dovrebbe condurre all'astensione, sia perché è lo stesso ordinamento che in questa fase accoglie e tollera un contrasto giurisprudenziale, con la conseguenza che il sistema salterebbe se da un lato si tollerasse il contrasto e dall'altro lato si facesse poi operare in termini oggettivi una ipotesi di discolta. Inoltre, non si può fare a meno di ricordare come il contrasto interpretativo possa essere "spia" di una disposizione già in astratto indeterminata, potendosi rimettere la questione alla Corte costituzionale da parte delle Sezioni semplici oppure anche da parte delle stesse Sezioni Unite, prima comunque che si stabilizzi un orientamento condiviso.

Certo, si avverte un qualcosa di distonico nel poter comunque punire in presenza di un contrasto giurisprudenziale. Anche perché la responsabilità di questo contrasto è dell'ordinamento, con la conseguenza che far dipendere l'eventuale esclusione della responsabilità dal soggetto significa nella sostanza richiedere al soggetto di farsi carico e di sopperire a disfunzioni create dall'ordinamento. Ma la soluzione della prevedibilità soggettiva, al momento, finisce per essere, forse, la soluzione di maggiore equilibrio tra un sistema basato su un meccanismo risolutivo e la presa in considerazione delle esigenze di garanzia del soggetto.

Diversa è la situazione allorquando vi è un secondo contrasto e una seconda sentenza delle Sezioni Unite. Questa situazione si è verificata con la vicenda dell'accesso abusivo a un sistema informatico. Ebbene, nel momento in cui si estende ulteriormente la punibilità rispetto alla prima sentenza delle Sezioni Unite è difficile non porsi il problema della prevedibilità in termini oggettivi, con la conseguenza che allorquando le Sezioni Unite intervengono per la seconda volta su un contrasto oltretutto ulteriore e diverso, la cui soluzione può determinare un'ulteriore estensione dell'ambito applicativo della disposizione, dovrebbero affrontare in termini rigorosi il tema del rapporto tra tipo criminoso legale e interpretazioni giurisprudenziali.

4.2.1.3. La decisione della Sezione semplice dopo la decisione delle Sezioni Unite riguardo a fatti commessi prima.

La terza situazione è quella in cui le Sezioni semplici decidono dopo la sentenza delle Sezioni Unite rispetto a comportamenti tenuti in presenza del contrasto e prima della sentenza delle Sezioni Unite.

Occorre distinguere due situazioni ulteriori. La prima. La Sezione semplice aderisce al principio di diritto adottato dalle Sezioni Unite. In questa ipotesi, il problema della tutela diretta della persona sarà affrontato dalla Sezione semplice nei termini in cui è stato affrontato dalle Sezioni Unite, per cui se le Sezioni Unite risolvono la questione in termini soggettivi e quindi sono andate a scandagliare in concreto il rapporto tra il singolo soggetto e la legge, anche la Sezione semplice andrà a scandagliare di volta in volta la prevedibilità soggettiva; se invece le Sezioni Unite hanno dato rilevanza alla prevedibilità oggettiva, la Sezione semplice non può che aderire alla stessa soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Nella seconda ipotesi, la Sezione semplice non aderisce alle Sezioni Unite, quindi opera la disciplina del 618, comma 1-*bis*, c.p.p., ma si riapre anche il problema di un'eventuale attivazione della Corte costituzionale.

4.2.2. La tutela diretta della persona in presenza di contrasto diacronico o mutamento.

Sul piano strutturale il mutamento pone maggiori problemi, per la ragione che il mutamento si verifica spesso all'interno della giurisprudenza delle Sezioni semplici. Tuttavia, come accennato, può esistere anche un mutamento qualificato, quando si succedono due sentenze delle Sezioni Unite. Ciò si è verificato, ad esempio, nella vicenda relativa alla produzione del materiale pedopornografico.

In particolare, l'ipotesi più complessa è senz'altro quella del "mutamento semplice", sia per quanto riguarda la sua esistenza, divenendo problematico distinguerlo dal contrasto (il contrasto può iniziare con un mutamento ovvero la prima sentenza del contrasto si presenta inevitabilmente come un mutamento), sia perché mancano pronunce qualificate. Inoltre, il mutamento non può essere identificato con la prima pronuncia. Perché si abbia autenticamente mutamento occorre una pronuncia in un senso e poi una pronuncia in un altro senso. La circostanza che un certo fatto non sia mai stato punito e poi venga punito non può essere considerato mutamento.

Riguardo al mutamento si deve distinguere tra mutamento sfavorevole e favorevole.

4.2.2.1. Il mutamento sfavorevole.

Con riferimento al mutamento sfavorevole, per quanto riguarda il mutamento tra Sezioni semplici, dovrebbe essere la prima sentenza che muta orientamento a escludere la responsabilità della persona che ha agito in presenza dell'orientamento dominante che escludeva la rilevanza penale del fatto. A maggior ragione ciò dovrebbe valere nell'ipotesi in cui il mutamento sia addirittura qualificato, quando cioè si verifica attraverso una seconda sentenza qualificata che estende quanto affermato nella prima sentenza qualificata.

Il tema è: quale istituto applicare per escludere la responsabilità? Sono prospettabili più soluzioni. Anzitutto, potrebbe operare il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. Là dove si decida di dare rilevanza alla "legge interpretata", ci troviamo di fronte a un vero e proprio fenomeno successorio, in quanto a una "legge interpretata" che qualifica un fatto come penalmente irrilevante succede una "legge interpretata" che invece qualifica lo stesso fatto come penalmente rilevante.

Si deve osservare come la soluzione della irretroattività abbia una portata – per così dire – generale ed astratta ed oggettiva, nel senso che opera sia per le Sezioni Unite, sia per le Sezioni semplici, senza la necessità di compiere alcuna attività "interpretativa" in ordine alla prevedibilità (oggettiva o soggettiva). In buona sostanza, il nuovo orientamento non può essere applicato per il fatto oggetto di decisione commesso sotto la "vigenza" di un orientamento che affermava la non punibilità del fatto. Parimenti non può essere applicato per fatti commessi prima dell'inaugurazione del nuovo orientamento. Non è da escludere che questa soluzione possa essere adottata già nel sistema attualmente vigente, senza che sia necessario l'intervento del legislatore. In questa prospettiva, presupposto è la piena accettazione della "nuova" legalità. Con la conseguenza che può trovare applicazione direttamente l'art. 2 c.p.

In secondo luogo, si può fare riferimento all'*ignorantia legis*/prevedibilità soggettiva. Stavolta, la soluzione è rimessa al giudice del singolo caso, quindi alle Sezioni Unite e alle Sezioni semplici che si pronunciano successivamente alle Sezioni Unite.

Si deve osservare come la soluzione soggettiva rischi di "scaricare" in termini eccessivi una "responsabilità" per il fatto nei confronti della persona, non potendosi fare a meno di osservare come, stavolta, a differenza di quanto accade per il contrasto sincronico, il soggetto abbia fatto affidamento proprio su quanto comunicato univocamente dall'ordinamento con il precedente orientamento.

Infine, la terza soluzione prospettabile è quella della prevedibilità/imprevedibilità oggettiva. Soluzione che, come abbiamo già visto, si intreccia alla questione del rapporto tra legge astratta, tipo criminoso legale e interpretazione.

Ebbene, anzitutto si deve osservare come se si adottasse la prevedibilità oggettiva all'interno di un paradigma della legalità di tipo giurisprudenziale, si dovrebbe necessariamente concludere nel senso della irresponsabilità. Anche perché ancorare la prevedibilità alla trasformazione sociale rischia di essere davvero fuorviante, disintegrando la legalità in valutazioni aventi carattere totalmente sostanziale.

Al contrario, la prevedibilità oggettiva nel contesto del paradigma della legalità costituzionale, non è detto che conduca necessariamente alla esclusione della responsabilità, per la semplice ragione che la prevedibilità deve essere misurata sulla base della legge ovvero del tipo criminoso legale.

In particolare, senza dubbio imprevedibile sarebbe l'adozione di un'interpretazione che si colloca al di fuori del tipo criminoso. Diversamente, si dovrebbe concludere nel senso della prevedibilità nel momento in cui il mutamento si colloca comunque all'interno del tipo criminoso legale.

Ebbene, in quest'ultima ipotesi c'è da chiedersi se, nonostante la nuova interpretazione si collochi nel tipo criminoso e quindi risulti oggettivamente prevedibile, non convenga comunque applicare l'irretroattività o comunque principi di garanzia a tutela diretta della persona.

Insomma, in questa ipotesi si apre un tema di fondo: la prevedibilità basata sul tipo legale e il suo rapporto con la permanenza di esigenze di garanzia della persona. La questione della prevedibilità oggettiva alla luce del tipo legale, della sostanza dell'infrazione, preclude la possibilità di far valere altri principi di garanzia diretta della persona? E' indubbio che se la giurisprudenza esce dalla legalità, opera la tutela indiretta attraverso il criterio della prevedibilità; ma se la giurisprudenza resta nella legalità, ma muta orientamento, si devono davvero escludere strumenti di garanzia? Insomma, anche allorquando il mutamento del tipo criminoso resta nel tipo, tuttavia il fatto che prima vi fosse un orientamento più restrittivo pone il problema se non si possa/debba prendere in considerazione l'ipotesi che la persona vada comunque tutelata visto che in precedenza ha fatto affidamento su un orientamento comunque restrittivo.

Per esemplificare tutto questo, si può fare riferimento alla vicenda concreta delle due sentenze delle Sezioni Unite in tema di produzione di materiale pedopornografico. Come si ricorderà, la prima sentenza aveva richiesto il requisito del pericolo concreto di diffusione, andando sicuramente fuori dal tipo, perché la fattispecie non tutela contro il traffico del materiale, ma la formazione della "personalità sessuale" del minore compromessa dalla sua mera strumentalizzazione; la seconda sentenza, invece, esclude la rilevanza del pericolo concreto facendo proprio leva sullo scopo della norma deducibile dal tipo criminoso legale. Ebbene, davvero possiamo affermare la responsabilità di chi ha agito dopo la prima sentenza delle Sezioni Unite che hanno affermato la necessità del pericolo di diffusione, quando oltretutto la giurisprudenza successiva era interamente aderente alla sentenza delle Sezioni Unite? O forse non è più opportuno ritenere che il soggetto non possa essere punitivo trattandosi di mutamento sfavorevole ed avendo fatto affidamento proprio su un diritto vivente unanime che richiedeva il pericolo.

4.2.2.2. Il mutamento favorevole.

Per quanto riguarda il mutamento giurisprudenziale favorevole, ciò che assume rilevanza è quello qualificato, dovendosi distinguere tra il trattamento di fatti commessi

prima della sentenza qualificata che considera il fatto atipico, ma giudicati dopo, e quelli commessi e giudicati dopo la sentenza qualificata.

Per quanto riguarda i fatti commessi prima della sentenza delle Sezioni Unite, occorre distinguere ulteriormente a seconda che si sia già formato o meno il giudicato. Nella prima ipotesi (giudicato già formato), anche in virtù della sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012, non c'è alcuno spazio perché operi una retroattività capace di travolgere il giudicato: la retroattività che travolge il giudicato potrebbe operare solo con una riforma da parte del legislatore.

Ed infatti, com'è noto, nella sentenza n. 230 del 2012 è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna in caso di mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato.

D'altra parte, non si può fare a meno di osservare come la sentenza della Corte susciti alcune perplessità, non soltanto per alcune affermazioni legalistiche della legalità, ma anche per come viene concepito il principio di retroattività.

In particolare, sotto il primo profilo, la Corte ha affermato che «è assorbente la considerazione che il principio in questione [principio di retroattività] attiene alla sola successione di "leggi". Per poterlo estendere anche ai mutamenti giurisprudenziali bisognerebbe, dunque, poter dimostrare [...] che la consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione normativa. Ad opporsi a una simile equazione non è, peraltro, solo la considerazione attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una pronuncia delle Sezioni Unite. Vi si oppone anche, e prima ancora [...] il principio di separazione dei poteri specificamente riflesso nel precetto che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge».

La Corte riafferma con forza una prospettiva legalistica in cui l'interpretazione non ha alcun ruolo, identificando tuttavia la legalità che attribuisce rilevanza alla interpretazione con il paradigma giurisprudenziale quando invece è pur sempre possibile un paradigma costituzionale. Inoltre, non si può fare a meno di osservare come, riguardo al ruolo dell'interpretazione, vi sia una contraddizione di fondo tra le affermazioni contenute nella sentenza n. 230 del 2012 e quelle contenute, ad esempio, nella sentenza n. 24 del 2019. Contraddizione ancor più consistente e deflagrante nel momento in cui si attribuisce un ruolo all'interpretazione quando si tratta di salvare una disposizione incostituzionale, ma lo si nega quando si tratta di estendere e fare operare le garanzie. Insomma, è indubbio che la Corte costituzionale si trovi in una fase – per così dire – transitoria, in cui rinuncia ancora a fare chiarezza su cosa si possa intendere oggi per "legalità".

Riguardo al secondo profilo del modo di concepire la retroattività, nella sentenza n. 230 del 2012 si legge che «la richiesta pronuncia additiva comporterebbe una vera e propria sovversione "di sistema" [...] in sede esecutiva il giudice sarebbe tenuto ad uniformarsi alla decisione "favorevole" delle Sezioni Unite, revocando il giudicato di condanna. Di contro, il giudice della cognizione, il quale si trovasse a giudicare *ex novo* un fatto analogo non avrebbe il medesimo obbligo, e potrebbe quindi disattendere – sia

pure sulla base di adeguata motivazione – la soluzione adottata dall’organo della nomofilachia. Sarebbe, tuttavia, illogico che il vincolo di adeguamento alle Sezioni Unite valga in presenza di un giudicato di segno contrario e non operi invece allorché il giudicato deve ancora formarsi. Né varrebbe obiettare che [...] stante l’“affidamento” generato nei consociati dalla decisione delle Sezioni Unite, il giudice della cognizione che si discosti da quest’ultima non potrebbe comunque condannare l’imputato, in virtù della ipotizzata estensione del principio di irretroattività anche alla nuova interpretazione sfavorevole della norma. Tale obiezione potrebbe – in ipotesi – risultare appropriata se il giudizio vertesse su un fatto commesso dopo la decisione delle Sezioni Unite: non qualora si tratti di fatto anteriormente realizzato, il cui autore non aveva alcuna ragione di confidare sulla liceità penale della propria condotta, posta in essere quando era imperante un orientamento giurisprudenziale di segno contrario».

Ebbene, proprio quest’ultima affermazione, in cui precisa che quando si tratta di fatto realizzato prima della sentenza delle Sezioni Unite, la retroattività non opera perché l’autore non poteva confidare sulla liceità penale non può essere condivisa per due ragioni fondamentali. Da un lato, contrasta con l’assunto fondamentale della stessa giurisprudenza costituzionale, secondo cui l’eguaglianza che sta alla base della retroattività dipende, non già dalla rimproverabilità soggettiva di essersi posti contro l’ordinamento, ma da una concezione oggettivistica del diritto penale e quindi dal criterio del disvalore oggettivo¹⁴: anche perché, se ci si fondasse sulla rimproverabilità soggettiva, la retroattività non potrebbe operare. Dall’altro lato, si deve osservare come le situazioni tra chi ha commesso il fatto prima della sentenza delle Sezioni Unite e poi “beneficia” della sentenza qualificata favorevole e chi ha commesso lo stesso fatto sempre prima della sentenza qualificata favorevole siano perfettamente identiche sia sul piano del disvalore oggettivo, che su quello della “rimproverabilità” soggettiva: due soggetti non solo hanno realizzato lo stesso identico fatto dal punto di vista del disvalore oggettivo, ma addirittura lo hanno realizzato quando “vige” una disposizione che lo incriminava, con la conseguenza che le due situazioni risultano identiche anche sotto il profilo soggettivo dell’essersi posti contro l’ordinamento.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 394/2006 in cui, dopo aver affermato che il principio di retroattività della norma più favorevole non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, ma trova fondamento nel principio di eguaglianza, si aggiunge: «va, tuttavia, precisato che i fatti commessi prima e dopo l’entrata in vigore della norma penale favorevole sono identici nella loro materialità, ma non sul piano della “rimproverabilità”. Altro, infatti, è il porre in essere una condotta che in quel momento è penalmente lecita o punita in modo mite; altro è porre in essere la stessa condotta in contrasto con la norma che in quel momento la vieta o la punisce in modo più severo. Il principio della retroattività *in mitius* è legato, dunque, ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali: a fronte di essa, la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena. Se la valutazione del legislatore in ordine al disvalore del fatto muta – nel senso di ritenere che quel presidio non sia più necessario od opportuno; o che sia sufficiente un presidio meno energico – tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore».

Certo, è vero che poi un giorno le Sezioni Unite potranno mutare orientamento, ma a quel punto torneranno ad operare i principi di garanzia diretta applicabili in presenza dei mutamenti.

Nell'ipotesi in cui, invece, non sia intervenuto il giudicato, e quindi fatti commessi prima della sentenza delle Sezioni Unite vengono giudicati dopo, si deve ritenere che il principio di retroattività possa operare già in via interpretativa. Il giudice della cognizione che si trova a giudicare *ex novo* un fatto analogo, se da un lato può disattendere la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, dall'altro lato, nel momento in cui lo fa, è indubbio che si viene a violare il principio di eguaglianza, in quanto, come abbiamo appena visto, la situazione che sta giudicando è assolutamente identica a quella decisa dalle Sezioni Unite.

Infine, per quanto riguarda i fatti realizzati dopo la sentenza delle Sezioni Unite favorevole, da un lato, il giudice potrà conformarsi all'orientamento stabilizzato, dall'altro lato, però, potrà anche disattenderlo, tuttavia, in quest'ultima ipotesi, il soggetto non potrà essere punito dovendo trovare applicazione il principio di irretroattività, visto che il soggetto risulterebbe punito quando tuttavia ha realizzato il fatto facendo affidamento sulla decisione delle Sezioni Unite.

5. *Excursus*: la giurisprudenza della Corte europea in tema di legalità attraverso il parametro della "essenza dell'infrazione".

Un importante contributo al rapporto che intercorre tra legge astratta e interpretazione è offerto dalla giurisprudenza della Corte EDU in tema di legalità. Se, da un lato, la Corte EDU muove da una legalità che valorizza notevolmente il formante giurisprudenziale, tuttavia, dall'altro lato, opera anche in una prospettiva che attribuisce un ruolo determinante alla legalità della legge astratta attraverso il riferimento al criterio della "essenza dell'infrazione" che può essere letto anche come "tipo criminoso legale". Insomma, contrariamente a quanto spesso si affermi, la giurisprudenza della Corte EDU non si pone in una prospettiva di legalità giurisprudenziale, bensì di legalità costituzionale, riservando al ruolo della legge astratta una funzione orientativa dell'interpretazione del giudice.

Inoltre, secondo la Corte EDU, il criterio dell'"essenza dell'infrazione" interagisce con quello della prevedibilità da intendersi in termini soggettivi. Secondo la Corte EDU, infatti, l'esito interpretativo deve risultare coerente con la "essenza dell'infrazione" e deve essere ragionevolmente prevedibile. Senza distinguere peraltro tra contrasto sincronico e contrasto diacronico.

In particolare, sembra possibile distinguere tre ipotesi:

1) Quando i giudici nazionali devono interpretare per la prima volta una disposizione di diritto penale, l'interpretazione della portata di un reato che si trovi ad essere coerente con la sostanza di questo reato deve essere considerata, in linea di

principio, come prevedibile¹⁵: per valutare la prevedibilità di un'interpretazione giudiziaria, non si dovrebbe attribuire un'importanza decisiva all'assenza di precedenti giurisprudenziali analoghi¹⁶.

2) Quando vi sono già interpretazioni e si determina un mutamento, occorre distinguere altre due ipotesi:

a) da un lato, v'è l'ipotesi in cui si determina un capovolgimento giurisprudenziale (mutamento?), ipotesi che risulta difficilmente prevedibile già su un piano oggettivo¹⁷, ma che, in passato, la Corte ha discutibilmente ritenuto prevedibile allorché l'interpretazione giudiziaria della legge penale si è limitata a seguire una evidente tendenza nell'evoluzione della giurisprudenza dei tribunali¹⁸.

b) dall'altro lato, v'è l'ipotesi in cui una nuova interpretazione della portata di un reato risulta incoerente con la sostanza del reato, ipotesi che la Corte Edu ritiene sempre oggettivamente imprevedibile¹⁹.

Ebbene, rispetto a quest'ultima variante, si deve osservare come se da un lato una estensione coerente con la sostanza dell'infrazione pone l'interpretazione sotto la copertura della legalità, tuttavia, dall'altro lato, è indubbio che al momento della realizzazione del fatto, la legge interpretata diceva altro, con la conseguenza che viene nella sostanza a mancare la stessa prevedibilità in termini oggettivi.

3) Infine, si deve osservare come, a nostro avviso, di recente la Corte EDU abbia sanzionato una condanna per un reato che era il risultato di una evoluzione della giurisprudenza consolidatasi dopo la commissione dei fatti contestati, per cui una giurisprudenza che presenta incongruenze manca della precisione necessaria per evitare i rischi di arbitrarietà e per consentire a ciascuno di prevedere le conseguenze dei propri atti²⁰. Ebbene, come abbiamo visto in precedenza, affermare un *vulnus* di determinatezza per il solo fatto che sussista un contrasto, non può essere condiviso. Piuttosto si può ritenere che la Corte EDU abbia finito per valorizzare la dialettica tra indeterminatezza in astratto e contrasti giurisprudenziali, considerando imprevedibile una giurisprudenza contrastante in presenza di una legalità in astratto indeterminata.

6. Riassuntivamente: 10 interrogativi e una conclusione.

Il tema della "nuova" legalità pone i seguenti interrogativi.

1) Si condivide o no il presupposto che per legalità, oggi, si debba intendere anche l'esito interpretativo, la "legge interpretata"? Si tratta di una questione problematica ineludibile, ancora irrisolta all'interno della stessa giurisprudenza della Corte

¹⁵ Jorgic c. Germania, § 109.

¹⁶ K.A. e A.D. c. Belgio, §§ 55-58. Si v. anche Soros c. Francia, § 58.

¹⁷ Pessino c. Francia, § 36; Dragotoni e Militaru Pidhorni c. Romania, § 44; Del Rio Prada c. Spagna, §§ 111-117.

¹⁸ S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito.

¹⁹ Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia, § 791-821; Vasiliauskas c. Lituania, §§ 179-186; Navalnyye c. Russia, § 68.

²⁰ Contrada c. Italia, §§ 64-76; Žajk c. Croazia, §§ 99-106.

costituzionale, che non senza qualche pragmatismo e contraddizione, utilizza un diverso paradigma di legalità a seconda della questione che si trova ad affrontare.

2) Nell'ipotesi in cui si condivida l'idea che oggi legalità significa anche "legge interpretata", permane o no un rapporto tra "legge interpretata" e il testo legale, gli orientamenti espressi dal legislatore nella formulazione legislativa? Ovvero: la "legge interpretata" può essere del tutto svincolata dal dettato normativo oppure non può non confrontarsi con, e quindi essere condizionata dalle indicazioni provenienti dalla formulazione legislativa? Sul punto non possiamo che ribadire che alla legalità legalista non si contrappone necessariamente una legalità giurisprudenziale in cui l'esito interpretativo può addirittura disattendere il testo legislativo, potendosi configurare anche una legalità costituzionale perfettamente in sintonia con l'assetto istituzionale/costituzionale del nostro ordinamento.

3) Il rapporto del giudice con la legge è un problema soltanto ermeneutico da risolvere in termini soltanto ermeneutici oppure è un problema anche istituzionale da risolvere quindi in termini anche istituzionali?

4) Come si può indirizzare, orientare, condizionare il giudice sul piano ermeneutico? Tramontato il paradigma linguistico-letterale, quali sono i criteri ermeneutici che guidano oggi l'interpretazione?

5) Come potrebbe essere compiuto un controllo istituzionale nazionale esterno alla stessa giurisdizione di legittimità sulla tassatività, sul come si interpreta? Di grande interesse potrebbe essere uno studio dalla prospettiva penalistica del ricorso costituzionale tedesco (*Verfassungsbeschwerde*), attivabile da chiunque sia titolare di diritti fondamentali, nei confronti di qualunque atto di un potere pubblico, compresi quindi gli atti giurisdizionali, deciso dalla Corte costituzionale e concernente anche la questione se l'esito interpretativo di una legge configura una norma dal contenuto incostituzionale oppure supera i limiti funzionali del perfezionamento giurisprudenziale delle fonti del diritto, vale a dire proprio la tassatività.

6) Avrebbe senso nel nostro ordinamento un vincolo del precedente?

7) Quali sono le nuove garanzie da adottare per la tutela della persona in presenza di contrasti sincronici o diacronici? Noi abbiamo provato a distinguere tra principi che regolano la successione delle fonti (irretroattività/retroattività), prevedibilità soggettiva e prevedibilità oggettiva.

8) Ha senso la distinzione tra le due tipologie di contrasto?

9) Quale il significato delle diverse soluzioni, sia per la persona da tutelare che per i rapporti tra poteri?

10) Quali soluzioni sono già praticabili in via interpretativa e quali necessitano di una riforma legislativa?

La conclusione. Come abbiamo visto, il costituzionalismo ha contribuito a trasformare la legalità da una legalità legalistica (primato del legislatore sul giudice) a una legalità interpretativa (riconoscimento di un ruolo di perfezionamento del testo legale da parte dell'attività interpretativa). Tuttavia a me pare che si possa considerare l'attuale fase storica ancora come transitoria, non solo sul piano della legalità, ma più in generale sul piano dello stesso costituzionalismo.

Sul piano della legalità, nonostante che “i fatti” dimostrino come esista una legalità interpretativa in cui nel delineare il contenuto del precetto assume un ruolo significativo la stessa interpretazione, la stessa Corte costituzionale non sembra ancor aver deciso se optare per un ordinamento fondato sull’assolutismo giuridico della legalità legalistica, sulla volontà illimitata e maggioritaria del legislatore, sul monopolio statale e legale della produzione giuridica, sul formalismo astratto e quindi sulla fissità e rigidità del diritto oppure per un ordinamento fondato sul pluralismo giuridico e il ruolo pienamente garantista della Costituzione, sul rapporto dialettico tra legislatore e giudice, sul concorso della giurisdizione nella produzione del diritto, sul teleologismo sociale e quindi sulla dinamicità e la flessibilità del diritto capace di esprimere i mutamenti sociali e valoriali presenti in una determinata realtà sociale storicamente determinata.

Sul piano del costituzionalismo, anche perché alla fin fine spesso negata, alla nuova legalità interpretativa non si applica ancora in modo compiuto il costituzionalismo, sia sul piano del controllo – per così dire – istituzionale, sia sul piano delle garanzie per la persona. E fino a quando il costituzionalismo non troverà pieno e maturo compimento, la legalità interpretativa rimarrà in mezzo al guado tra una prospettiva giurisprudenziale (primato del giudice sul legislatore) e una costituzionale (equilibrio tra legislatore e giudice), con inevitabile inclinazione e propensione verso la legalità giurisprudenziale, proprio a causa della mancanza di un costituzionalismo compiuto.

Insomma, riconoscere vitalità al diritto interpretato significa in buona sostanza dare pieno compimento al nostro assetto istituzionale/costituzionale e implementare le garanzie a tutela della persona.