

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2022

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

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

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). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

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

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

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

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

di Antonella Massaro

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ A titolo meramente esemplificativo, sul versante del diritto penale, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, ESI, 2006, p. 49; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Gesetzesauslegung und strafrechtliche Interpretationkultur*, in *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, a cura di H. Kundlich, J.P. Montile, J.C. Schur, Dunker&Humblot, 2012, p. 59; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità in diritto penale*, ES, 2014; AA. VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Riscato, ESI, 2016.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁵ Cfr. R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Riscicato, ESI, 2016, p. 294.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sembrano opportune, sul punto, almeno due precisazioni preliminari.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Judicium, 23 dicembre 2011.

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

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

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

⁶¹ Cass., 7 febbraio 2011, n. 3030.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷¹ V. § precedente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

722.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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