

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2022

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PROSPETTIVE DELLA LEGALITÀ PENALE

di Marco Pelissero

SOMMARIO: 1. La complessità della nuova legalità. – 2. La semplificazione della legalità nella giurisprudenza costituzionale e la complessità della “zona grigia”. – 3. Cosa fare per rafforzare le due *rationes* alle quali si riporta il principio di legalità? – 4. Il terreno divenuto incerto della legalità della pena. – 5. I limiti della “nuova” legalità.

1. La complessità della nuova legalità.

La legalità penale è ben lontana da quella rappresentata in termini astratti nei manuali di diritto penale che ci dicono come la legalità, nell'articolazione dei suoi sotto principi, dovrebbe essere. Se ci spostiamo da una prospettiva normativa ad una fattuale, la legalità si presenta frammentata, quanto fonti, e diffusa, quanto a rilettura giurisprudenziale. La complessità delle questioni, tecniche e istituzionali, che i nuovi sviluppi pongono, si colloca entro la riflessione sul dover essere della legalità che da sempre si confronta con temi sfuggenti quali la determinatezza che investe il grado di precisione della fattispecie incriminatrice (quale grado?), e la tassatività, la cui legittimità corre lungo il confine incerto tra interpretazione estensiva e analogia.

Soprattutto riflettere sulle prospettive della legalità impone di misurarsi con un tema amplissimo che investe diversi fronti: la legalità come regola di validità del sistema; come condizione di perimetrazione del fatto tipico nelle fattispecie di reato e di delimitazione degli elementi di parte generale che contribuiscono a definire i confini delle fattispecie (nesso causale, posizioni di garanzia, dolo, colpa, limiti di punibilità del tentativo, contributo concorsuale); la riflessione sulla legalità investe non solo il fatto, ma anche la pena, un terreno divenuto delicatissimo sul terreno dei rapporti istituzionali da quando la Corte costituzionale ha superato l'argomento delle rime obbligate (sent. 222/2018).

2. La semplificazione della legalità nella giurisprudenza costituzionale e la complessità della “zona grigia”.

Partirei da una riflessione sulla sentenza n. 98 del 2021 della Corte costituzionale. Ho letto giudizi entusiastici su questa pronuncia che avrebbe rimesso la legge scritta al centro della legalità penale. A me pare, invece, che il rigore, a tratti illuministico, dei passaggi argomentativi dedicati all'analogia nasconda la complessità dei problemi. In punto analogia, la sentenza non fa che ribadire quanto leggiamo in qualsiasi manuale di

parte generale: l'interpretazione si deve muovere entro il perimetro normativo della legalità legalistica (rubo un'espressione efficace di Roberto Bartoli); l'analogia in malam partem è vietata; la giurisprudenza interviene entro i limiti del tipo legale. Questo è il ruolo subalterno che la Corte costituzionale riserva la giurisprudenza rispetto al dettato normativo. In questa direzione la Consulta si era già espressa nella sentenza n. 24/2019, nella quale aveva tracciato la distinzione tra una legalità "rafforzata", riservata alla materia penale in senso stretto, e una legalità "flessibile", riservata alle misure di prevenzione, i cui presupposti applicativi sono aperti alla integrazione tipizzante della giurisprudenza:

«In materia di responsabilità penale, invero, questa Corte ha da tempo sottolineato come «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008), ribadendo recentemente, in termini assai netti, come nessuna interpretazione possa «surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone "la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione" (sentenza n. 364 del 1988)» (sentenza n. 115 del 2018); e ciò in quanto «nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» è indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa» rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (sentenza n. 115 del 2018).

Tuttavia, allorché si versi – come nelle questioni ora all'esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione».

Entrambe le sentenze hanno come presupposto comune il disconoscimento del carattere creativo della giurisprudenza nel definire il contenuto effettivo della norma. Siamo agli antipodi da quanto scrisse Fiandaca, consapevole della inevitabile influenza sull'attività interpretativa dei giudizi di valore anche di natura soggettiva e della specificità che assume il caso concreto che la casistica pone quotidianamente dinanzi ai giudici. Queste sentenze non distinguono tra ideologia e realtà della legalità penale, tra dimensione mitologica e dimensione effettuale della riserva di legge; prospettano, piuttosto, una interpretazione di tipo meccanicistico che presuppone norme strutturate in modo tale da rendere nettamente tracciabile il confine tra analogia vietata ed interpretazione estensiva ammessa. È come se la Corte costituzionale si ponesse dinanzi a un quadro di Mondrian, con linee nette e colori chiaramente definiti, mentre nella maggior parte dei casi, quando cominci a leggere una norma e ad interrogarti sulla sua applicazione, hai più spesso la sensazione di trovarti dinanzi a una tela di Turner, con figure abbozzate e colori sfumati che si sovrappongono in contorni che scompaiono.

Se ci riportiamo alla realtà della produzione normativa, è la complessità del testo a porre il primo ostacolo, come dimostrano alcune fattispecie frutto di compromesso

politico o espressione del tentativo di imbrigliare, entro i confini del tipo, fenomeni complessi: pensiamo al delitto di tortura, alle scelte fatte nel contrasto alla corruzione (gli effetti del c.d. “spacchettamento” della concussione e la tormentata evoluzione normativa del traffico di influenze illecite); pensiamo ancora al delitto di atti persecutori, che la Corte costituzionale ha salvato con una sentenza (n. 172/2014) che ha il sapore del salvataggio politico, ma che si presenta povera di argomentazioni che non vanno oltre la necessità di interpretare i termini utilizzati nel descrivere una fattispecie in modo non atomistico, ma considerandone il rapporto sistematico con gli altri elementi presenti, ed un richiamo, poco rilevante nel caso di specie, alla sentenza n. 86 del 1981, che colse della determinatezza il profilo della corrispondenza del fatto tipico a realtà criminologicamente afferrabili e provabili in giudizio.

Tuttavia, anche quando il tracciato normativo si presenta chiaro, è la specificità dei fatti concreti a disvelare la complessità del testo: la riconducibilità della diffusione di onde elettromagnetiche alla contravvenzione che punisce il getto pericoloso di cose¹; nuovi mezzi di comunicazione di fronte alla contravvenzione di molestia o disturbo delle persone²; l’offerta di prestazioni sessuali on line ed i reati di prostituzione³; il ricorso alla corruzione propria per colpire i casi dei funzionari “assunti a libro paga” prima dell’introduzione della corruzione per l’esercizio della funzione⁴; le condotte distrattive realizzate sui propri beni commesse dopo la notifica del pignoramento, ma prima della trascrizione del vincolo esecutivo⁵; le testate giornalistiche on line di fronte alla disciplina generale sulla responsabilità del direttore per i reati commessi a mezzo stampa⁶. Gli esempi potrebbero continuare e segnalano come nella maggior parte dei casi l’interprete si trovi dinanzi a casi che si collocano in una zona grigia, ossia nello spazio intercorrente tra ciò che certamente è coperto dalla norma e ciò che certamente non vi rientra.

Gli argomenti spesi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 98 del 2021 non aiutano a risolvere i casi della zona grigia, perché presuppongono una giurisprudenza valutativa, che si spiega con la combinazione di tre fattori di tipo storico: un’idea illuministica del giudice come bocca della legge; il persistente influsso del tecnicismo giuridico che aveva creato una cesura tra scienza giuridica e politica criminale; un’idea autoritaria della legalità penale.

Questi tre fattori sono entrati in crisi per effetto dell’evoluzione dell’ermeneutica, per l’emersione di una diversa sensibilità della dottrina sul ruolo del penalista rispetto al potere politico e come conseguenza della perdita di univocità della ratio sottostante al principio di legalità.

Anzitutto, l’ermeneutica ha evidenziato il ruolo ineliminabile della precomprensione nella lettura di un testo ed il carattere implicitamente analogico

¹ Cass., sez. III, 9 gennaio 2009, n. 15707.

² Cass., sez. I, 17 giugno 2010, n. 24510; Cass., sez. I, 7 giugno 2012, n. 24670.

³ Cass., sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464.

⁴ Cass., Sez. VI, 4 maggio 2006, in *Cass. pen.*, 2006, 3578.

⁵ Cass., sez. IV, 20 ottobre 2021, n. 5536.

⁶ Cass., Sez. V, 23 ottobre 2018 (dep. 11 gennaio 2019), n. 1275.

dell'interpretazione che muove dal costante confronto tra il testo ed il fatto, del quale va valutata la sussumibilità nel precetto.

In secondo luogo, il superamento della dicotomia tra scienza giuridica e politica criminale ha comportato la valorizzazione dei principi, prima costituzionali e poi sovranazionali, nell'adeguamento per via interpretativa delle norme di legislazione ordinaria. Si è trattato di uno snodo essenziale nel processo di ammodernamento di un sistema penale in molte sue parti collidente con il nuovo quadro delle garanzie e di sollecitazione ad avviare le riforme. Il riconoscimento della forza normativa dei principi, che si impongono al di là delle omissioni del legislatore, si è talvolta tradotto in tensioni istituzionali tra magistratura e potere politico (Consiglio ANM 1965 Gardone).

In terzo luogo, al superamento dell'idea autoritaria della legalità penale, propria del codice penale Rocco, non è seguito un parametro univoco di lettura della *ratio* di tale principio, tra garanzia individuale e ratio democratica. Nella prima accezione, la legalità riporta alla ratio di certezza sulle libere sfere d'azione che rimanda alle garanzie di accessibilità e prevedibilità delle norme penali, sulle quali la Corte europea ha fondato la lettura dell'art. 7 CEDU: diventa preminente l'interesse alla stabilità e uniformità delle decisioni giudiziarie. Nella seconda accezione, invece, la ratio di garanzia è di tipo istituzionale, in quanto della legalità si valorizza il profilo della riserva di legge, come espressione della divisione dei poteri: diventa essenziale recuperare la centralità del testo normativo, differenziandolo dall'apporto giurisprudenziale (Corte cost. 230/2012).

In questo contesto, la giurisprudenza sviluppa un ruolo creativo nella interpretazione delle norme, non di mera specificazione del testo scritto. Credo che questo ruolo sia ineliminabile, perché le fattispecie presentano per lo più una polisemia semantica aperta a letture tutte costituzionalmente compatibili, come conferma anche l'argomento del superamento delle rime obbligate e l'adozione di una delle interpretazioni tra le diverse compatibili con i principi costituzionali; i principi irrompono nella interpretazione delle norme con i loro più ampi margini di lettura; le norme si misurano con la complessità della vita sociale alla quale devono dare risposte. Basti pensare a quel che è accaduto a norme che apparivano così chiare come gli artt. 579 e 580 c.p. una volta immesse nel contesto dei principi costituzionali e poste di fronte agli sviluppi della medicina.

3. Cosa fare per rafforzare le due *rationes* alle quali si riporta il principio di legalità?

Considero necessario un recupero dei ruoli e di coraggio. Quanto al recupero dei ruoli, il legislatore deve sforzarsi di confezionare norme connotate da una maggiore precisione; dall'altro lato, però, anche la magistratura deve sviluppare, come ci ricorda il prof. Maiello, la cultura del limite, perché l'interpretazione teleologica costituzionalmente orientata non può diventare lo strumento per letture *contra legem*, soprattutto se in senso sfavorevole al reo. È necessario anche un maggior coraggio nel sollevare le questioni di legittimità costituzionale per violazione del principio di determinatezza, anche a costo di veder dichiarata l'inammissibilità della questione,

considerato il tradizionale contenimento della Consulta nell'accogliere le questioni di legittimità costituzionale fondate su questo profilo.

Porto due esempi di sentenze che hanno avanzato una soluzione ragionevole, ma con argomenti non convincenti, perché hanno forzato il testo normativo. Il primo è costituito dalla sentenza nella quale le Sezioni unite hanno ritenuto compatibile la corruzione in atti giudiziari con la corruzione susseguente, ancorandosi alla menzione dell'intero art. 319 c.p. nell'art. 319-ter c.p.: si è trattato solo apparentemente del rispetto del principio di riserva di legge, in quanto per configurare la corruzione susseguente in atti giudiziari ha dovuto infrangere il dettato normativo, collegando il dolo specifico del fine di avvantaggiare o danneggiare una parte processuale all'atto e non, come imporrebbe la costruzione della fattispecie, alla condotta della corruzione che è incentrata sul *pactum sceleris* e alla quale rimane estraneo l'atto contrario ai doveri d'ufficio⁷. Il secondo esempio è costituito dalla più lettura che è stata data del nuovo art. 590-sexies c.p.: sebbene la norma individui uno spazio di "non punibilità" dell'esercente la professione sanitaria in relazione agli artt. 589 e 590 c.p., le Sezioni unite hanno riempito di punibilità quello spazio ritenendo che una ragionevole lettura dei principi costituzionali imponga di affermare che in quello spazio il medico debba comunque rispondere per colpa grave⁸.

Quando, invece, la giurisprudenza interviene con operazioni di ortopedia interpretativa in favore dell'autore, l'operazione, pur traumatica, è accettabile. In tal senso si erano mosse le Sezioni unite in relazione alla fattispecie di inosservanza delle prescrizioni della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, espungendo dall'ambito di rilevanza penale della norma incriminatrice le prescrizioni di "vivere onestamente e rispettare le leggi", in quanto inficcate da indeterminatezza⁹.

Al fine di rafforzare la *ratio* di garanzia per i destinatari dei precetti, credo che dovrebbero essere valorizzate le norme di diritto penale sostanziale e processuale.

Sul piano sostanziale dovrebbero essere valorizzate due disposizioni: dare maggior corpo al riconoscimento dell'errore inevitabile ex art. 5 c.p. ed interpretare in senso estensivo la garanzia della irretroattività della legge penale in modo da includere anche l'interpretazione giurisprudenziale sfavorevole: non mi convince il fatto che la giurisprudenza della Corte di cassazione abbia aperto al riconoscimento di questo principio solo in relazione alle norme processuali e non a quelle sostanziali, perché non vedo la ragione che giustifichi questa differenziazione, in quanto il principio di affidamento incolpevole va garantito sempre.

Sul versante processuale è necessario consolidare il vincolo del precedente. L'art. 618, comma 1-bis c.p.p. ha introdotto un vincolo "debole" del precedente e l'importanza della norma si apprezza in termini di dialogo sul principio di diritto tra Sezioni semplici e Sezioni unite; è una sorta di procedimentalizzazione del dissenso, come ci ricorda il Consigliere Fidelbo. In questo contesto mi convincono le sentenze nelle quali la Corte di cassazione ha valorizzato l'art. 47-quater ord. giud. che attribuisce al Presidente di

⁷ Cass., sez. un., 21 aprile 2010, n. 15208.

⁸ Cass., sez. un., 21 dicembre 2017-22 febbraio 2018, n. 8770.

⁹ Cass., sez. un., 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076.

sezione il compito di curare lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione. Avere esplicitato nelle motivazioni di alcune sentenze¹⁰ che, di fronte ad incertezze di lettura di una disposizione, la lettura che si è data segue al confronto interno ai giudici della Sezione risponde alla *ratio* di garanzia del principio di legalità, perché limita i contrasti applicativi.

In questo contesto credo che sia fondamentale che nella formazione dei magistrati si dia particolare peso alle ragioni di garanzia che stanno alla base del principio di legalità. La deontologia giudiziaria avrebbe sicuramente un peso importante nella ridefinizione dei limiti dell'attività interpretativa.

4. Il terreno divenuto incerto della legalità della pena.

C'è infine il versante della legalità della pena, rispetto alla quale si è fatta sentire molto forte la pressione dei principi costituzionali che hanno operato sui due fronti delle pene edittali e del giudicato.

Quanto al primo fronte, la giurisprudenza della Corte costituzionale è sempre stata molto rigida nel ribadire l'assolutezza della riserva di legge, non aperta alla integrazione di fonti subordinate limitatamente ammesse in relazione alla costruzione del precetto, e il forte argine al suo intervento, ammesso solo in caso di manifesta irragionevolezza dei limiti edittali e ricorrendo al *tertium comparationis*. Il richiamo ai principi costituzionali (artt. 3 e 27, comma 3 Cost.) ha giustificato il superamento dell'argomento delle rime obbligate: a fronte di una pena determinata dal legislatore in termini contrastanti con il quadro dei valori costituzionali, è stata richiamata la necessità di tutelare gli interessi fondamentali della persona, che le pene coinvolgono, a giustificazione dell'intervento correttivo della Consulta, anche a fronte della pluralità di possibili opzioni. La via intrapresa apre a delicati bilanciamenti nella scelta tra intervento correttivo direttamente operato della Corte (quale poi?) e rimessione della scelta al decisore politico.

Il principio di legalità della pena ha operato anche sul versante del giudicato, reso cedevole di fronte alla necessità di assicurare, finché la pena è in corso di esecuzione, il rispetto del principio di legalità: questo ha avviato un percorso giurisprudenziale, non sempre lineare, verso l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del ruolo di guardiano della legalità della pena a fronte di un giudicato cristallizzato su una pena illegale e per questo diventato cedevole¹¹. Nelle argomentazioni sviluppate dalla Corte di cassazione la legalità della pena è supportata dai principi di colpevolezza, proporzione della sanzione e dall'art. 27 comma 3 Cost., in quanto l'esecuzione di una pena illegale si porrebbe in insanabile contrasto con la funzione rieducativa.

Più preoccupante sul terreno della legalità della pena è l'effetto del principio del *ne bis in idem* sulla disciplina interna in presenza di un doppio binario sanzionatorio. La

¹⁰ Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 17902; Cass., sez. VI, 22 novembre 2021-16 febbraio 2022, n. 5538.

¹¹ Cass. sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821; Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858; Cass., sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240; Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 47766.

Corte europea dei diritti dell'uomo nella vicenda *A. e B. contro Norvegia* ha statuito che, per accertare se c'è stata connessione temporale e sostanziale tra i procedimenti che applicano una pena e una sanzione formalmente amministrativa, così da escludere la violazione del *ne bis in idem*, debba essere considerata anche la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio che deriva dalla combinazione delle due sanzioni. Seguendo questo ragionamento, in relazione ai reati che offendono interessi che rientrano nell'ambito delle materie di competenza dell'Unione europea, il giudice potrebbe, applicando direttamente l'art. 49 CDFUE che prevede la proporzionalità delle pene, condannare ad una pena più bassa del limite minimo edittale, se questa pena, unitamente alla sanzione amministrativa, ma sostanzialmente punitiva, in precedenza applicata, sia da considerare una risposta sanzionatoria complessivamente proporzionata¹². L'applicazione diretta del principio di proporzione consente il giudice di applicare una pena che non rientra nei limiti legali, ma che è pur sempre legale in ragione della necessità di assicurare il rispetto del *ne bis in idem* che costituisce un diritto fondamentale della persona. L'effetto della garanzia convenzionale produce effetti dirompenti sulla tenuta del principio di legalità delle pene.

5. I limiti della “nuova” legalità.

Giunto al termine di queste mie brevi e cursorie riflessioni, mi pare che lo sviluppo del principio di legalità disveli percorsi che rendono più fluido il rapporto tra *lex scripta* e norma che si arricchisce della interpretazione giurisprudenziale, tanto più determinante quanto più il legislatore costruisce fattispecie aperte a diverse letture e quanto più fattispecie, che erano originariamente definite entro confini rigidi, sono state rese più incerte vuoi per l'ingresso per via ermeneutica dei principi costituzionale e sovranazionali vuoi per effetto dell'evoluzione sociale e tecnologica che ne hanno scomposto i limiti. In parte la “nuova” legalità è un prodotto inevitabile dell'evoluzione del sistema e sarebbe illusorio pensare di porvi argini attraverso l'irrigidimento dell'ermeneutica, imponendo per via normativa il divieto di interpretazione estensiva, accanto al divieto di analogia: la giurisprudenza troverebbe il modo di ridefinire la collocazione del confine, che oggi passa tra analogia e interpretazione estensiva e che un domani potrebbe passare tra interpretazione estensiva e interpretazione letterale. Il punto fondamentale è garantire la prevedibilità del contenuto della norma e la riforma sulla rimessione alle Sezioni unite della interpretazione difforme delle Sezioni semplici non fa che rafforzare la funzione di garanzia individuale che il principio di legalità assicura, anche in prospettiva sovranazionale; lo fa in termini non rigidi, attraverso l'imposizione del vincolo del precedente, ma in termini dialogico.

Quanto alla legalità come garanzia democratica, il rapporto tra magistratura e potere politico richiede anche un lavoro di forte assunzione di responsabilità da parte di entrambi gli attori del sistema: il legislatore non può continuare a rimettere alla

¹² Cass., sez. V, 16 luglio 2018, n. 45929.

12/2022

magistratura la soluzione di problemi che lo stesso legislatore mostra di essere incapace di affrontare (si pensi allo stallo della politica dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie di aiuto al suicidio); dall'altro lato, penso anche che la magistratura, invece di supplire con soluzioni creative, che talvolta, come ho ricordato, entrano in collisione con i principi costituzionali, debba mettere il legislatore di fronte alla violazione delle garanzie costituzionali, sollevando la questione di legittimità costituzionale. La centralità del ruolo della Corte costituzionale offre sempre una garanzia di stabilità e prevedibilità che, per quanto opinabile possa essere l'esito, è preferibile rispetto all'interpretazione diffusa della magistratura.