Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali

CICLO XXXVII

COORDINATORE Chiar.mo Prof. Giovanni De Cristofaro

L'AFFIDAMENTO COME GARANZIA DI EQUILIBRIO TRA PREVEDIBILITÀ DELLE DECISIONI GIUDIZIALI E DISAPPLICAZIONE DELLA REGOLA DI GIUDIZIO

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

Dottorando
Dott. Jacopo Della Valentina

Tutore
Chiar.mo Prof. Ciro Grandi

Anni 2021/2024

INDICE

CAPITOLO PRIMO

LA DECLINAZIONE NECESSARIAMENTE PLURALE
DELLA LEGALITÀ PENALE

1. Premessa 7

2. Il 'mito' della legalità nella moderna civiltà occidentale: ascesa e declino del paradigma legicentrico 14

2.1. La prima 'anima' della riserva di legge: la certezza (per il potere politico e per i consociati) (continua) 14

2.1.1. (segue) una precisazione: la permanente valenza del nesso legalità-sovranità, anche negli scenari attuali del *nullum crimen* (continua) 16

2.1.2. (segue) dall'età dei totalitarismi alla legalità costituzionale 18

2.2. La seconda 'anima' della riserva di legge: la tutela del principio democratico 20

3. L'avvento della legalità europea nell'età dei diritti 22

3.1. Crisi della riserva di legge e ascesa del diritto giurisprudenziale 23

3.2. La competenza penale (accessoria, ma) ingombrante del diritto Ue 26

3.2.1. L'affermazione di una nuova democraticità e il nuovo art. 83 TFUE (continua) 26

3.2.2. (segue) rinvio pregiudiziale, interpretazione conforme e disapplicazione 29

3.3. La legalità convenzionale 31

3.4. La legalità-prevedibilità come legalità "effettuale" 33

4. Un ordinamento a dimensione giurisprudenziale: perché oggi è necessario prendere in esame (anche) la prevedibilità 36

5. Prospetto del lavoro 39

CAPITOLO SECONDO

LE FORME DELLA LEGALITÀ:
PER UN 'RIORDINO CONCETTUALE' DI DETERMINATEZZA,
RICONOSCIBILITÀ E PREVEDIBILITÀ

1. Premessa: "ogni cosa a suo posto" 45

2. La critica al giuspositivismo nel pensiero dell'ermeneutica giuridica tedesca 48

2.1. Precomprensione ermeneutica del fatto tipico 50

2.1.1. …nella formulazione della disposizione (per il legislatore) 51

2.1.2. …nell'interazione tra fatto e fattispecie (per il giudice) 54

2.2. Dispiegamento della fattispecie sul fatto e del fatto sulla fattispecie 57
2.2.1. Il sillogismo ermeneutico 59
2.2.2. La spirale ermeneutica 61
3. Ermeneutica giuridica e legalità penale 63
4. La negletta, ma irrinunciabile, determinatezza 66
4.1. Determinatezza come precisione e intellegibilità (con uno sguardo al diritto penale dell'economia) 68
4.2. Determinatezza come verificabilità 72
4.3. La sopravvenuta eterogeneità concettuale del principio negli itinerari della giurisprudenza costituzionale 74
4.3.1. Ragionevolezza e tipicità come parametri di determinatezza (continua) 75
4.3.2. (segue) interpretazione tassativizzante e sufficiente 'determinabilità' 78
4.4. Recenti recuperi di una versione 'forte' della determinatezza e legami con il principio di prevedibilità 83
5. Polimorfismo dell'interpretazione, giurisprudenza 'sanante' e giurisprudenza 'proattiva', istanza di riconoscibilità del precetto 91
5.1. I referenti costituzionali della riconoscibilità nel prisma della sentenza n. 364 del 1988 (continua) 94
5.2. (segue) la riconoscibilità "sociale" del precetto 96
5.3. Doveri strumentali di conoscenza e parametri d'inevitabilità dell'*error iuris* 98
5.4. "Caotico atteggiamento degli organi giudiziari" come causa di irriconoscibilità del precetto (e di imprevedibilità della decisione) 100
6. La legalità convenzionale, tra prevedibilità delle decisioni giudiziali e *matière pénale* 103
6.1. Il primo pilastro: l'elaborazione della *matière pénale* nella giurisprudenza di Strasburgo 106
6.1.1. "*Behind the appearences*": il connubio tra prevedibilità e *matière pénale* nel segno di *Welch c. Regno Unito* 109
6.1.2. Un esempio (sicuramente) eversivo: *Galan e Miniscalco c. Italia* (continua) 111
6.1.2.1. (segue) confutazione delle argomentazioni circa la estraneità alla *matière pénale* (continua) 116
6.1.2.2. (segue) confutazione delle argomentazioni circa la prevedibilità delle misure 119
6.1.3. Un esempio (forse) eversivo: le misure di prevenzione dopo la sentenza *De Tommaso*, attendendo *Cavallotti c. Italia* 121
6.1.4. La declinazione della materia penale in chiave costituzionale 123
6.2. Il secondo pilastro: la prevedibilità delle decisioni giudiziali 128

6.2.1. L'andamento rapsodico della Corte EDU: 'imprevedibilità della prevedibilità' . 129

6.2.2. L'impiego del (solo) criterio oggettivo: diritto positivo retroattivo, mutamenti e contrasti giurisprudenziali 131

6.2.3. L'esperienza dell'agente e il *legal advice* come fattori di esclusione della imprevedibilità (nei *mala quia vetita*) 135

6.2.4. L'essenza del reato e le retrostanti esigenze di giustizia sostanziale come fattori di esclusione della imprevedibilità (nei *mala in se*) 138

6.2.5. Anatomia della prevedibilità: un principio forte, ma volubile, e dai troppi detrattori 142

7. La prevedibilità, questa sconosciuta (nella giurisprudenza italiana)..... 146

CAPITOLO TERZO

IMPREVEDIBILITÀ E CORRETTIVI: PROFILI DI DIRITTO COMPARATO
(UNO SGUARDO AL *COMMON LAW*,
CON ALCUNI RICHIAMI 'CONTINENTALI')

1. Prima premessa: il ruolo della comparazione 152

1.1. Seconda premessa: la probabile sopravvalutazione della dicotomia contrasti-mutamenti 155

1.2. 'Applicazione' e 'disapplicazione' come giustificazione dogmatica al problema dell'imprevedibilità: un preludio del Capitolo IV 158

2. Il *prospective overruling* come possibile antidoto alla intrinseca retroattività del diritto giurisprudenziale e la ritrosia verso il paradigma del giudice-fonte 160

2.1. Struttura e limiti applicativi di un rimedio prevalentemente teorico 163

2.2. Le proposte dottrinali di importazione del *prospective overruling* nell'ordinamento penale italiano 168

2.3. Ponti sullo stretto (della Manica): la introduzione del precedente 'verticale' nell'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p. 173

3. Il *mistake of law* e la tutela oggettiva della buona fede 178

3.1. Una possibile rivisitazione dell'art. 5 c.p. in chiave oggettiva? 182

3.2. Il *Verbotsirrtum* nel diritto penale tedesco 184

3.3. La positivizzazione dell'*erreur invincible* nel nuovo *Code pénal* belga 188

4. La *rule of lenity* nel diritto inglese e nordamericano 192

4.1. Le alterne fortune della *rule of lenity* tra *textualism* e *purposivism* 196

4.1.1. «*if lenity invariably comes in 'last', it should essentially come in never*» 197

4.1.2. *Textualism* e *lenity-second* sotto l'influsso di Justice Scalia 200

4.1.3. «*lenity may therefore block all broader readings - even if they, too, are plausible*»: emersioni giurisprudenziali della *lenity-first* 201
4.2. Le proposte di trasposizione della *rule of lenity* nella dottrina italiana 203
4.2.1. Possibili referenti costituzionali della *rule of lenity* 206
4.2.2. Scenari futuribili e prospettive di attuazione, tra *lenity-second* e *lenity-first* 208

CAPITOLO QUARTO

LA DISAPPLICAZIONE COME CHIAVE DI LETTURA DELLE OSCILLAZIONI GIURISPRUDENZIALI

1. Una proposta di metodo: la disapplicazione come paradigma di tutela dell'affidamento del singolo 215
2. Tre paradigmi a confronto: disposizione – atto – orientamento 218
3. Il paradigma 'europeo': la disapplicazione come "effetto riflesso" del diritto dell'Unione sul diritto interno 220
3.1. Le conseguenze della interazione tra diritto nazionale ed eurounitario: effetti diretti (e disapplicazione), interpretazione conforme e questione di legittimità costituzionale 222
3.2. Qualche distinzione: diretta applicabilità ed effetto diretto… (continua) 224
3.3. (segue) …effetto diretto sostitutivo ed effetto diretto oppositivo 225
3.4. Le peculiarità di tali distinzioni sul versante penale: la disapplicazione *in malam partem* 226
3.5. Un intermezzo: la disapplicazione *in bonam partem* 229
3.6. Le deroghe alla 'regola *Nijmegen*' nella giurisprudenza nazionale ed europea: i conflitti triadici tra disposizioni 232
3.6.1. Disapplicazione *in malam partem* senza imprevedibilità: i casi *Tombesi*, *Niselli* e *Berlusconi* 233
3.6.2. Disapplicazione *in malam partem* con imprevedibilità: i casi *Pennacchini*, *Trinca* e *Micheli* 236
3.7. La *querelle* delle concessioni balneari, tra proroghe nazionali e sollecitazioni europee 240
3.8. Le incursioni del diritto europeo nel sistema delle concessioni demaniali (continua) 242
3.9. (segue) perché la disapplicazione con effetti *in malam partem* non è sostenibile, ove confligga con la prevedibilità 244
4. Il paradigma 'amministrativo': la disapplicazione dell'atto elemento della fattispecie penale 248
4.1. Il fondamento della disapplicazione dell'atto amministrativo nell'art. 5 Allegato E.. 249

4.2. Prima questione preliminare: dove rinvenire, oggi, il fondamento della disapplicazione dell'atto amministrativo? 252

4.3. Seconda questione preliminare: sin dove si estende il potere di disapplicazione del giudice penale? (continua) 254

4.4. (segue) è ammessa la disapplicazione *in malam partem* in materia penale? La transizione verso il paradigma del sindacato dell'atto amministrativo nella giurisprudenza di legittimità 256

4.5. Settoriale attualità della nozione di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale 261

4.6. Profili di incostituzionalità della disapplicazione-sindacato dell'atto amministrativo da parte del giudice penale 264

4.6.1. Disapplicazione *in malam partem* dell'atto amministrativo e violazione della prevedibilità: nelle contravvenzioni edilizie… 267

4.6.2. …e nel diritto penale dell'ambiente 269

5. Un predicato e un complemento oggetto apparentemente distanti: disapplicare l'orientamento giurisprudenziale 272

6. Assimilabilità dei tre paradigmi nel segno di prevedibilità e disapplicazione 275

7. Una diversa prospettiva: l'affidamento come chiave di tutela del singolo contro le oscillazioni giurisprudenziali 278

BIBLIOGRAFIA……282

CAPITOLO PRIMO

LA DECLINAZIONE NECESSARIAMENTE PLURALE DELLA LEGALITÀ PENALE

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il 'mito' della legalità nella moderna civiltà occidentale: ascesa e declino del paradigma legicentrico. - 2.1. La prima 'anima' della riserva di legge: la certezza (per il potere politico e per i consociati) (continua). - 2.1.1. (segue) una precisazione: la permanente valenza del nesso legalità-sovranità, anche negli scenari attuali del *nullum crimen* (continua). - 2.1.2. (segue) dall'età dei totalitarismi alla legalità costituzionale. - 2.2. La seconda 'anima' della riserva di legge: la tutela del principio democratico. - 3. L'avvento della legalità europea nell'età dei diritti. - 3.1. Crisi della riserva di legge e ascesa del diritto giurisprudenziale. - 3.2. La competenza penale (accessoria, ma) ingombrante del diritto Ue. - 3.2.1. L'affermazione di una nuova democraticità e il nuovo art. 83 TFUE (continua). - 3.2.2. (segue) rinvio pregiudiziale, interpretazione conforme e disapplicazione. - 3.3. La legalità convenzionale. - 3.4. La legalità-prevedibilità come legalità "effettuale". - 4. Un ordinamento a dimensione giurisprudenziale: perché oggi è necessario prendere in esame (anche) la prevedibilità. - 5. Prospetto del lavoro.

1. Premessa

Trattare di prevedibilità e, prima ancora, di 'legalità'[1], affidandosi a metafore pirandelliane, non costituirebbe certo una scelta semantica originale. Tutt'altro: la crisi di identità[2] in cui la legalità

[1] 'Legalità' e 'legge' attengono, rispettivamente, al piano prescrittivo e al piano descrittivo del medesimo fenomeno (appunto, la legge come insieme di regole volte a orientare le condotte dei consociati). La legalità, pertanto, si propone di individuare gli scopi della legge, le finalità cui essa dovrebbe tendere, registrando la divaricazione tra il *Sollen* e il *Sein* di quest'ultima. Ciò comporta, in primo luogo, che 'crisi della legalità' e 'crisi della legge' costituiscano fenomeni ben distinti, specie nella portata delle rispettive conseguenze: la crisi della legalità mettendo in discussione, più radicalmente, la *concezione* della legge, prima che la legge – come prodotto normativo – in sé. In secondo luogo, la valenza prescrittiva della legalità ne denota il carattere relativo, potendo la stessa indirizzare la legge verso scopi affatto eterogenei, sebbene di regola ne esprima un connotato assiologico pur sempre positivo. Ancora, all'interno della 'legalità' ritaglia il proprio statuto privilegiato la 'legalità penale', dettato dalla peculiarità di attenere al cruciale equilibrio tra potere statuale e libertà dell'individuo: «[…] se è ancora più prosaicamente vero che la penalità, per la sua nonostante tutto perdurante capacità di annientamento connessa ai contenuti della sanzione criminale – non cessa di offrire al potere politico, titolare dunque anche di quello punitivo – la perenne tentazione di abusarne […]; se tutto ciò è vero, il diritto penale e più in generale punitivo non può più prescindere, almeno nel nostro mondo occidentale, della garanzia necessaria a tenere in equilibrio la 'contrapposizione' tra persona del reo e potere punitivo» (F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, II, 2007, 1284). Sulla portata 'relativa' della 'legalità', M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, *Annali VI*, Milano, 2013, 395 s.; ID., *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *www.sistemapenale.it*, 5 marzo 2020, 1 s. Sulle nozioni, rispettivamente, di 'legalità' e 'legge', G. PINO, voce *Poteri interpretativi e principio di legalità*, in *Enc. dir. – I tematici. Potere e Costituzione*, V, 2023, 961 ss.

[2] M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 371; sulla crisi della legalità come crisi di effettività ed efficienza, S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, 698 s. Definisce tale crisi «scotimento concettuale di un vero e proprio terremoto teorico e pratico» F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1280.

penale versa ha contribuito a rendere estremamente incerta l'unitarietà semantica del concetto stesso: una legalità, nessuna, o centomila?[3] Anzi, la stessa metafora veniva recentemente estesa a un corollario della legalità, tanto concreto in termini astratti, quanto astratto e impalpabile in termini concreti, quale è il principio di determinatezza[4].

E, ancora, il mutevole statuto della legalità – nelle sue plurime, profondamente distanti, componenti – bene è stato riassunto nella trama relativistica del 'così è (se vi pare)'[5].

In effetti, non potrebbe essere altrimenti, considerata la multidimensionalità di un principio[6] che, notoriamente, viene alimentato da due presupposti assiologici, riassumibili nelle fondamentali istanze di certezza e giustizia[7] che, ancor più a monte, proiettano sul piano della legalità differenti concezioni dello Stato di diritto[8]. Da un lato, la legalità incarna valori essenzialmente orientativi: legalità significa certezza e possibilità per i consociati di orientare di conseguenza le proprie azioni; in questa prospettiva, la legalità-certezza assicura quindi la esigenza di eguaglianza formale nel trattamento, giacché leggi chiare permetterebbero una uniforme applicazione del diritto. Da un altro lato, la legalità viene altresì concepita in un'accezione teleologica, quale istanza di realizzazione della giustizia in concreto, anche – e qui si innesta l'origine di ogni conseguente tensione[9] – eventualmente affidata a valutazioni

---

[3] M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 371.

[4] A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 275 ss.

[5] F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *www.sistemapenale.it*, 10 aprile 2020, 1 ss. (versione cui faremo riferimento nelle note successive) quindi in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 1, 45 ss.

[6] Sulla 'normalità' del carattere contenutisticamente eterogeneo della legalità, in quanto principio – e non regola – come tale esposto a plurime modalità applicative e altrettante concretizzazioni, nonché animato da differenti (se non contrastanti) fondamenti assiologici, G. PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2014, 172 s. Analogamente, C. DE MAGLIE, *Nota introduttiva. Tavola rotonda "Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?"*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2013, 205, la quale ben descrive il rapporto esistente tra l'art. 25, comma 2, Cost. e l'art. 7 CEDU come oscillante tra il *bis in idem* precettivo, derivante dall'evidente somiglianza delle due disposizioni sovralegislative, e la marcata alterità funzionale, culminante nella contrapposizione tra centralità della legge parlamentare e metodo casistico.

[7] Sulla costante dialettica tra le due istanze L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1996, 371 ss. Ancora, con riferimento alla dicotomia tra certezza e diritto come *nomos* e *dike*, nonché ai recenti tentativi di recupero di quest'ultima nella 'sacralizzazione' dei diritti fondamentali, M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 395 ss.

[8] Sulle connessioni esistenti tra i diversi fondamenti assiologici della legalità e il concetto di 'stato di diritto', N. BOBBIO, *Legalità*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (diretto da), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, 554 ss.; B. CELANO, *Stato di diritto*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, 402 ss.

[9] Si allude al paradigma della 'supplenza' da parte del formante giurisprudenziale che, ormai da tempo, ha assunto un ruolo con-formativo, capace di sopperire alle inefficienze originarie del legislatore, eventualmente intercettando "a valle", per tramite dello strumento della interpretazione, le istanze sociali di penalizzazione rimaste insoddisfatte: altro non è se non quella forma di "autoritarismo benintenzionato" (D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 29 ss.) la quale costituisce il fattore fondamentale per l'evoluzione del sistema penale ma che, talora, sembra porre in secondo piano la tutela dell'individuo coinvolto in prima persona nel circuito processuale. Sulla tendenza della giurisprudenza a farsi portatrice delle «esigenze di scopo che percorrono variamente il corpo sociale», al punto da costituire una nuova

discrezionali in sede applicativa che permettano di raggiungere un accettabile livello di equità nella decisione.

Si tratta di una duplice anima in costante fibrillazione – quando non in conflitto – che necessariamente chiama in causa la dialettica esistente tra ruolo della legge e ruolo del giudice. La ragione è sin troppo nota e fa capo al mito illuministico della monolitica legalità legislativa[10] – come stretto prodotto di origine sovrana, prima, parlamentare, poi – e del giudice mero applicatore di una legge ambivalente, capace di assicurare a un tempo i valori di certezza e giustizia.

Nonostante la presa di coscienza della illusorietà di tale paradigma sia ormai risalente[11], la stessa è stata avvertita come autentica criticità soltanto nel momento in cui – specie a partire dal secondo Dopoguerra – si sono altresì percepiti i plurimi fattori di crisi della *legge*. Anzi, la sfiducia espressa a più voci nei confronti di un prodotto legislativo rivelatosi non autosufficiente non ha mancato di incoraggiare orientamenti di segno opposto ispirati ad una iper-valorizzazione del ruolo del giudice quale custode dei valori di certezza e giustizia, così accettabilmente (ma altrettanto irrealizzabilmente) ricomposti[12]. Orbene, la disgregazione della fiducia nel prodotto legislativo appare, a propria volta, riconducibile a una pluralità di matrici, isolabili – ma ci si affida a inevitabili generalizzazioni – quantomeno in tre macro-categorie[13].

---

e anomala forma di generalprevenzionismo, M. RONCO, *La legalità stratificata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1402 s.

[10] Sul carattere 'mitologico' della legalità v., in particolare, P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

[11] La illusorietà dell'autosufficienza della legge veniva messa in evidenza già all'inizio dell'Ottocento dalla Scuola Storica, e, in particolare, nel pensiero del Savigny, sublimato nella teoria della evoluzione del diritto, fondata sulla presa di coscienza della ineliminabile connotazione dinamica di un sistema giuridico.

[12] Ci si riferisce alle correnti del giusliberismo e del realismo giuridico che, nate entrambe come progressioni del pensiero kelseniano sul valore del momento interpretativo, individuano 'correttivi' ispirati al comune intento di attenuare le inefficienze della legge scritta. Il giusliberismo, in particolare, affidandosi all'intuito del giudice, chiamato a risolvere le incertezze della legge facendo uso in sede applicativa di parametri extralegali. Il realismo giuridico, invece – al netto delle distinzioni interne al movimento che permettono, quantomeno, di distinguere tra un orientamento radicale, incarnato nel pensiero di Jerome Frank, e un orientamento più moderato, riconducibile in particolare alla teorica di Oliver Wendell Holmes (sul tema, si rinvia, per tutti, a G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1976, 202 ss.) –, muove dalla divaricazione che esisterebbe tra i concetti di validità ed efficacia della legge, tra piano astratto e piano concreto (di qui la distinzione tra *law in the books* e *law in action*, divenuta celebre anche in seno alla penalistica attuale), postulando la imprescindibilità dell'attività interpretativa come momento a partire dal quale effettivamente il diritto vede la luce.

[13] F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1286 ss., individua una triplice aggettivazione della crisi della legalità, definendola anzitutto 'filosofica', quale sintesi della più generale crisi del pensiero occidentale, contrapposto al «dirompente vitalismo che viene dall'Oriente». Crisi 'giuridica', essendo oggi venuta meno – complice il tramonto della illusione vetero-illuministica – la fiducia nei valori di volontà e certezza; tale aspetto sarebbe, in particolare, rispecchiato dalla paradossale quintessenza del codice penale italiano: un testo quasi secolare e, come tale, espressione del volontarismo prescrittivo che, tuttavia, per trovare oggi concreta applicazione non può che essere reinterpretato (non più alla luce di quel volontarismo bensì) in chiave 'teleologica', conformemente alle mutate concezioni socio-culturali ed economiche. Infine, la crisi sarebbe 'istituzionale', considerato il momento di difficoltà che sta vivendo il principio democratico, considerato componente ispiratrice più autentica della legalità intesa quale garanzia della riserva di legge.

Matrici di carattere strettamente 'tecnico', per cui la legge parlamentare non è la sola fonte di produzione né tantomeno è fonte abbastanza efficiente, sul piano qualitativo del *drafting*[14]. Matrici di carattere 'dogmatico', nella misura in cui si prende atto della ingenuità di una concezione strettamente dichiarativa della interpretazione, guadagnando progressivo terreno le teorie volte a promuovere una dimensione ermeneutica della stessa[15]. Matrici, infine, radicate negli eventi storici e politici del pensiero occidentale, che oltre ad aver determinato – specie all'esito degli eccessi dei totalitarismi – il ripensamento della struttura piramidale delle fonti *à la Kelsen*[16], hanno rimodellato il concetto stesso di sovranità penale[17], spostandone il baricentro da una prospettiva strettamente nazionale a una più marcatamente europeistica[18].

L'operare congiunto di questa congerie di fattori, oltre a sancire la crisi della *legge* ha inciso altresì sulla *legalità*. Non tanto segnandone il tramonto, quanto 'ridisegnandola'[19], a partire da una mutata concezione dei rapporti tra legge e giudice, senza tuttavia rinnegarne la *ratio* più

---

[14] Cfr. *infra*, par. 3.1.

[15] Cfr. *infra*, Cap. II, parr. 2.-3.

[16] Gli avventi della Costituzione e, successivamente, delle Carte dei diritti hanno innovato e rivoluzionato il panorama delle fonti del diritto penale, determinando il passaggio dalla classica (e, per certi versi, confortante) struttura piramidale all'abusata, ma realistica, immagine della rete, in cui il giudice si fa 'rapsodo': sul tema v., variamente, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, spec. 19 ss.; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au reseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002; B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Napoli, 2009, 257-279; G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, XVI, 19 ss.; G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Politica del Diritto*, 1987, 1, 149-159; M. VOGLIOTTI, *La "rhapsodie": féconditè d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pur le champ pénal*, in *Rev. inter. étud. jur.*, 2001, 141 ss.; G. ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion pratica*, 2004, 93-120.

[17] Sulla evoluzione del concetto di 'sovranità', nel contesto giuridico attuale, cfr. *infra*, par. 2.2.

[18] Come si vedrà, tanto nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea, quanto nella prospettiva della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sul concetto di 'europeizzazione' del diritto, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. in particolare, nella letteratura penalistica, A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009; S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea: problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

[19] 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.*, 2013, 1, 163 s.

risalente[20]. È bene infatti rammentare che il ricorrente riferimento a una 'nuova' legalità[21] non sottende tanto un paradigma *diverso* da quello di ascendenza illuministica bensì, semmai, una forma di legalità contenutisticamente ancor più ricco rispetto alla primigenia concezione, nella quale la frontiera originaria della riserva di legge e quella postmoderna[22] della prevedibilità devono (forzatamente?) convivere. Una legalità, dunque, all'esito degli sviluppi succedutisi nel corso dell'ultimo secolo non soltanto *ontologicamente*, quanto *diacronicamente* multidimensionale, composta di plurime anime, le quali non si cancellano, ma si accavallano[23]. Da tale angolazione, sembra allora che la legalità, nella odierna conformazione, più che ratificare il definitivo commiato da un paradigma – quello della supremazia della *lex scripta* – si mostri più che in altre epoche nella sua autentica struttura di entità composita e in perenne divenire: plasmata da un incessante – e ad oggi tutt'altro che cessato – accumulo di fattori che ha conosciuto una indubbia accelerazione a cavaliere tra Ventesimo e Ventunesimo secolo, ma di cui è arduo intravedere l'origine e, ancor più, la fine e, in quanto tale, impossibile da incasellare entro un numero chiuso di rigide categorie (nonostante la trattazione della stessa imponga una inevitabile schematizzazione, pena la dispersività delle riflessioni). La legalità si atteggia, insomma, a concetto eterogeneo, suscettibile di ricomprendere plurime declinazioni,

---

[20] Che, tuttavia, la dimensione originaria della legalità penale appaia, da sola, insoddisfacente ad assicurare adeguati livelli di tutela in favore del singolo appare fuor di discussione («cincischiare ancora con formule svuotate dai fatti rischia solo di rendere definitivamente irrecuperabili i valori sostanziali e profondi della legalità»: F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1281), nonostante le strenue riaffermazioni della centralità del paradigma legicentrico che talora riaffiorano in seno alla giurisprudenza (emblematica, come noto, Corte cost., n. 230 del 2012, sovente additata in dottrina come sentenza ancora profondamente ostile verso i nuovi paradigmi del diritto penale europeo).

[21] Cfr., *ex plurimis*, R. BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *www.sistemapenale.it*, 28 giugno 2022; R. ORLANDI, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di cassazione*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 133 ss.; M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione*, cit., 1; G. ZACCARIA, *Una "nuova" legalità penale tra testo e interpretazione*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 11 ss.

[22] Cfr., in particolare, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, *passim*. Nella letteratura penalistica e processualpenalistica, cfr. G. CARUSO, *Post-modernità e legalità penale. A proposito di 'legalismo' interno e 'creazione giurisprudenziale' sovranazionale*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, 2019, 71 ss.; R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della post-modernità*, Bologna, 2016, con particolare riguardo agli scritti contenuti nella Parte prima (*Scenari*).

[23] Precisiamo che tale sovrapposizione – ben descritta dall'ormai diffusa metafora della 'fusione di orizzonti' (V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 34) – non equivale, quantomeno nella nostra ricerca, ad ammettere la percorribilità di un acritico confronto tra legalità interna e legalità europea sul piano meramente quantitativo: come osservato da autorevole dottrina, «una criteriologia puramente quantitativa – che fa trascorrere una medesima legalità fra due poli, uno 'più' formale ed uno 'più' sostanziale, collocando su un'unica linea contenuti disposti secondo un gradiente di rigidità – non ha capacità realmente esplicative, perché non sa rendere adeguata ragione del fatto che, nella prospettiva della Convenzione e della Corte che la applica, non si potrebbe fare a meno di adottare una prospettiva sostanziale, nella quale le classificazioni formali degradano a mero indizio, punto di partenza del sindacato sul rispetto dei diritti» (A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2014, 117).

anche alquanto distanti[24] – per origine e contenuto – con la duplice conseguenza che, sovente, le stesse non risultano comparabili in termini strettamente 'quantitativi' e le relative implicazioni garantiste non acriticamente 'trapiantabili' dal contesto di origine a quello di destinazione[25].

In uno scenario così frastagliato, va rimarcato il distacco – ancor oggi importante, nonostante la più recente opera di mediazione messa in atto da parte della Corte costituzionale[26] – esistente tra il paradigma interno della legalità penale, ancora poggiante sulla garanzia della riserva di legge[27], e quello di matrice convenzionale, elaborato dalla Corte EDU[28] (e recepito in sede eurounitaria[29]) nel segno della prevedibilità delle decisioni giudiziali. Alla luce della tendenza

---

[24] Sull'ambiguità – fino all'equivocità – del concetto di 'legalità', talora suscettibile persino di sovrapporsi alla 'legge', F. GIUNTA, Jus legibus solutum. *Ovvero, la legge del giudice penale*, in *www.DisCrimen.it*, 12 novembre 2020, 1, il quale riprende P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, 22.

[25] Cfr. A. DI MARTINO, op. cit., spec. 106.

[26] Invero, a seguito delle posizioni di ferma chiusura espresse nella sentenza n. 230 del 2012 e, in un certo senso, ribadite da quel filone di pronunce (inaugurato dalla sentenza n. 49 del 2015 sulla nozione di 'diritto consolidato', idealmente proseguito nelle decisioni nn. 269 del 2017, 20 63 e 117 del 2019 in tema di 'doppia pregiudizialità' nonché nella sentenza n. 115/2018, che ha chiuso la 'saga' Taricco) accomunate dall'intento di riservare alla Consulta l'ultima parola in tema di diritti fondamentali e rapporti tra Corti, la Corte costituzionale sembra aver recentemente intrapreso un cambio di rotta che, seppur con cautela, dischiude una possibilità di virtuosa compenetrazione tra categorie interne e sovranazionali. In particolare, confluiscono in tale orientamento la sentenza n. 32 del 2020 in cui, come noto, è stata riconosciuta la natura penale delle misure alternative alla detenzione, sulla scorta degli insegnamenti della giurisprudenza della Corte EDU; la sentenza n. 149 del 2022 che, dopo lunghe tribolazioni, fissa finalmente un punto di riferimento per orientare la giurisprudenza in tema di *ne bis in idem*. Più chiaroscurali, come vedremo, le motivazioni tracciate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2019 in materia di misure di prevenzione di cui al codice antimafia che, pur segnando il significativo ingresso del principio di prevedibilità nell'ordinamento nazionale – indubbio *novum* della decisione – tuttavia ne limita l'operatività soltanto alle zone più 'remote' della materia penale, escludendolo invece dal 'nucleo forte' della stessa e, per l'effetto, celando una certa ambiguità di fondo (sul punto, v. nello stesso senso M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale*, cit., 61, nt. 49). Di altrettanto incerta lettura appare infine la sentenza n. 98 del 2021 che, ritornando su temi classici come la riserva assoluta di legge in materia penale e il complementare divieto di interpretazione analogica, non ha mancato di suscitare reazioni differenziate in dottrina, ivi comprese quelle che vi hanno scorto un «rigore, a tratti illuministico, dei passaggi argomentativi dedicati all'analogia [che nasconde] la complessità dei problemi»: così M. PELISSERO, *Prospettive della legalità penale*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 149. Sulla diversità di toni che traspare dalle più recenti decisioni della Corte costituzionale v. *amplius infra*, Cap. II, parr 4.-5.4., *passim*. Per un'autorevole opinione tesa a intravedere tra le maglie delle sentenze sopra menzionate un'auspicabile riaffermazione della legalità legislativa virtualmente combinata ad un interprete concepito come 'giudice-garante' e non, come sovente (e autoreferenzialmente) avviene, nelle vesti di 'giudice-scopo', anche in rapporto a recenti orientamenti di legittimità, V. MAIELLO, Legalità della legge *e dintorni: tra consulta, cassazione e auspici riformistici*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 121 ss.

[27] Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98: «è evidente infatti che la *ratio* della riserva assoluta di legge in materia penale, che assegna alla sola legge e agli atti aventi forza di legge il compito di stabilire quali siano le condotte costituenti reato, sul presupposto che una simile decisione – destinata potenzialmente a ripercuotersi in maniera drammatica sul diritto "inviolabile" (art. 13 Cost.) alla libertà personale dei destinatari della norma penale – spetti soltanto ai rappresentanti eletti a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 230 del 2012, n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), verrebbe nella sostanza svuotata ove ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti dalla legge».

[28] A partire da Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. n. 6538/74, in cui pur veniva assunto a parametro l'art. 10 CEDU.

[29] Sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di legalità e sulla recezione delle formule della Corte EDU cfr. l'ampia ricostruzione di A. BERNARDI, *"Riserva di legge" e fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara, Nuova Serie, Scienze Giuridiche*, 2006, spec. 31 ss.

– manifestata e avvertita soltanto negli ultimi anni[30] – di quest'ultimo principio ad emergere quale garantistica alternativa[31] al rimedio 'spompato' della riserva di legge – specie in una prospettiva di efficace contenimento delle derive *contra reum* derivanti dal fenomeno dei contrasti e, ancor prima, dei mutamenti di giurisprudenza –, ad assumere rilievo è anzitutto una riflessione circa la possibile sintesi dei due formanti del *nullum crimen*, polarizzati su presupposti antitetici. Cionondimeno, proprio la distanza concettuale che separa le due legalità impone – prima di intraprenderne un confronto – un adeguato approfondimento sulla *ratio*, sul contesto di elaborazione, sulle forme di attuazione nell'ordinamento nazionale nonché, in definitiva, sull'autentico statuto della legalità-prevedibilità, tematiche ancor oggi quanto mai dibattute in seno alla dottrina[32] e non ancora adeguatamente approfondite da parte della giurisprudenza italiana[33].

Altrimenti, il rischio è quello di calare nell'ordinamento interno una categoria che, invece di innalzare il livello delle garanzie fondamentali dell'individuo, acuisca il senso di smarrimento dello studioso: la prevedibilità, insomma, rivelerebbe il suo "codice genetico"[34] di legalità spuria e mal tollerata dai sistemi nazionali. Una legalità che – per riprendere le metafore iniziali – molto si avvicinerebbe a quell'Adriano Meis in cui molti non riescono più a riconoscere il (fu) Mattia Pascal.

---

[30] Come noto, la legalità europea-prevedibilità ha ineludibilmente posto l'ordinamento italiano dinnanzi alla questione focale – e ancora oggi irrisolta – di come e se coniugare le categorie interne con quelle sovranazionali, di fatto, all'esito del caso *Contrada c. Italia*, al netto delle problematiche ulteriori che la vicenda ha sollevato, tanto sul piano processuale, quanto con riguardo al tema dei cc.dd. "fratelli minori".

[31] F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, 941 ss. Per una valutazione positiva della legalità convenzionale – come elaborata in seno alla giurisprudenza della Corte EDU – quale garanzia idonea ad elevare gli *standard* garantistici previsti a livello interno in favore dei consociati, già A. BERNARDI, *"Riserva di legge"*, cit., 51; precedentemente, per una lungimirante confutazione delle concezioni riduttivistiche della giurisprudenza di Strasburgo in materia di legalità penale, F. PALAZZO-A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1988, 35.

[32] F. PALAZZO, *Considerazioni minime*, cit., 946-949, mette in luce l'incertezza della struttura, del parametro nonché dello stesso oggetto del giudizio di prevedibilità. In termini simili, cfr. altresì F. CONSULICH, *Così è (se vi pare)*, cit., 14 ss. nonché S. DE BLASIS, *L'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità della norma penale*, Napoli, 2023, 132 ss.

[33] Invero, ad oggi, sporadiche sono le sentenze di legittimità che si sono seriamente soffermate sulla rilevanza di cui il principio di prevedibilità gode all'interno del nostro ordinamento: allo stato, tra le poche decisioni in materia di diritto penale sostanziale dedicate alla tematica – e che comunque assumono un atteggiamento di chiusura (per una significativa e recetne eccezione, v. però *infra*, Cap. III, par. 2.2.) – emergono quelle attinenti i temi del concorso esterno in associazione mafiosa, dei confini applicativi dei delitti di accesso abusivo a sistema informatico (art. 615 *ter* c.p.) e di pornografia minorile (art. 600 *ter*, co. 1 n. 1 c.p.). Va, peraltro, evidenziato che in relazione a queste due fattispecie pendono attualmente davanti alla Corte EDU altrettanti ricorsi concernenti la lamentata violazione dell'art. 7 CEDU, in ordine al tema dell'applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale sfavorevole: su tali questioni si tornerà *infra*, Cap. II, parr. 6. ss. Per un complessivo inquadramento della problematica, anche in relazione al funzionamento interno della Corte di cassazione, G. FIDELBO, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, spec. 44 ss.

[34] M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 385, 411.

2. Il 'mito' della legalità nella moderna civiltà occidentale: ascesa e declino del paradigma legicentrico

Movendo dalla prospettiva che registra una tensione tra 'legalità legalistica'[35] e legalità-prevedibilità – conseguentemente, tra diritto 'scritto' e diritto 'giurisprudenziale' –, la matrice concettuale alla base del primo modello teorico trova radici risalenti nel tempo. Nonostante tale *species* di legalità poggi sugli ideali di ascendenza illuministica[36] e, dunque, sulla ferma volontà di rigetto degli assolutismi seicenteschi, essa rappresenta, a ben vedere, l'esito[37] di prolungate dinamiche antropologiche, socio-economiche, financo estetiche[38] che già in epoche anteriori individuavano nella supremazia della legge un approdo fondamentale, ergendolo a valore (mutevole e tuttavia) senza tempo[39].

2.1. La prima 'anima' della riserva di legge: la certezza (per il potere politico e per i consociati) (continua)

La valorizzazione della legalità penale – a partire dal corollario della riserva di legge – appare evidente sin dal Cinquecento, epoca in cui comincia ad accentuarsi la divaricazione tra produzione e applicazione del diritto, là dove quest'ultima – la *iurisdictio* medioevale – non appare più idonea a costituire cifra essenziale dell'emanazione del potere politico. Nondimeno, soltanto in epoca illuministica si assiste alla nascita della riserva di legge in senso moderno, quale cruciale punto di equilibrio a garanzia della classe borghese contro gli eccessi del monarca. È in tale frangente storico, infatti, che la riserva di legge – e, con essa, i conseguenti

---

[35] F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 29 gennaio 2016, 10; R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, *passim*.

[36] Per un recente 'affresco' della legalità penale, della sua *ratio* e dei suoi corollari, G. COCCO, *Introduzione ai rapporti tra legislazione e giurisdizione in materia penale nello stato di diritto. Contributo a un riordino dei principi*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2023, 5, 1398 ss.; precedentemente, v. altresì ID., *L'eredità illuministico-liberale: Principi forti per affrontare la realtà contemporanea*, in ID., (a cura di) *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, 1 ss.

[37] G. CARUSO, *Post-modernità e legalità penale*, cit., 77 ss., dissuade dall'intravedere negli approdi dell'illuminismo giuridico un 'anno zero' del paradigma moderno di legalità, attentamente rilevando come, a ben vedere, «sarebbe irrealistico […] immaginare l'antico diritto penale come interamente lasciato alla incertezza e all'arbitrio», là dove, per converso, i prodromi della legalità penale illuminista possono già intuirsi, per esempio, nella "*legalité coutumière*" dei responsi dei giureconsulti (l'Autore porta, in particolare, l'esempio del trattato *De Praesumptionibus* di Giacomo Menochio, relativamente al passo dedicato all'applicazione della pena *in criminalibus*).

[38] In relazione a tali dinamiche, v. M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 383.

[39] *Ibidem*.

corollari del principio di irretroattività e del divieto di analogia – acquisisce la sua primigenia funzione di assolvere ad una basilare istanza di certezza, incarnando quello che diverrà il mito tradito della legge. Matura, cioè, la convinzione (poi sfiorita in illusione) che l'affidamento della produzione legislativa a un organo accentrato possa assicurare, da un lato, un riparo dai possibili arbitrii di poteri terzi (su tutti il giudice, espressione di una obsoleta *aequitas* medioevale); da un altro lato, e in via complementare, un efficiente criterio orientativo per le scelte d'azione dei consociati, dovendo risultare netta la demarcazione tra lecito e illecito: insomma, un'appagante risposta alle esigenze di eguaglianza formale di trattamento del corpo sociale[40]. Di qui, dunque, all'affermazione del ruolo nomopoietico del sovrano prima, dei corpi legislativi, poi, fa da contraltare un fermo rigetto di ogni forma di attività interpretativa da parte del giudice, notoriamente 'declassato' a subalterno applicatore della legge[41].

Non va, peraltro, sottaciuto come tale primigenia matrice della riserva di legge sia da sempre animata da una forte cifra politica, rinvenibile nella consapevolezza della imprescindibilità della legge nel processo di accentramento del potere politico (a partire, peraltro, dal diritto processuale)[42], sì da scalzare il ceto giudiziario e le autonomie territoriali: la certezza per il singolo non ne costituisce che un positivo – ma collaterale – risvolto. La descritta connotazione traspare già all'interno delle più mature ideologie giusnaturaliste[43], per venire poi definitivamente consacrata nel pensiero illuminista. Solo a partire da tale fase – e, in particolare, dalle fondamentali pagine di Cesare Beccaria – a detta componente strettamente politica della 'prima' riserva di legge si affianca la versione maggiormente incentrata sul singolo e, in definitiva, 'moderna' che ancor oggi anima i fondamentali corollari del *nullum crimen*.

---

[40] Si tratta dell'ambivalente assioma 'legge-potenza' e 'legge-garanzia' individuato in P. COSTA, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, I, 2007, 13 ss. e spec. 17.

[41] P. COSTA, op. cit., 7 s.: «il rifiuto del diritto giurisprudenziale non è una scelta accademica: è una strategia di attacco a un ordine gerarchico cetuale che aveva trovato nella discrezionalità dell'interpretazione giudiziale e nel recondito sapere del giurista uno specchio nel quale riflettersi e un sostegno del quale avvalersi. Attaccare il diritto giurisprudenziale è una mossa di una partita la cui posta in gioco è una profonda trasformazione degli esistenti equilibri di potere; una trasformazione di cui la legge è insieme oggetto e strumento. *Lex* contro *ius*: la legge come l'espressione e il baluardo dell'eguaglianza dei soggetti di contro a un diritto giurisprudenziale intimamente collegato alla logica oligarchica dei ceti privilegiati». Sottolinea, a riguardo, la 'sterilizzazione politica' della magistratura M. VOGLIOTTI, op. ult. cit., 382, riprendendo G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura, del giurista-interprete e della dottrina sulla funzione politica*, in *Pol. dir.*, 1972, 461.

[42] M. RONCO, *Il principio di legalità*, in M. RONCO, E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2006, 9 s.; sulla tendenza del potere politico a porsi quale sovrano del processo di produzione giuridica e non come mero produttore di regole processuali serventi al diritto comune preesistente F. GENTILE, *Politica* aut/et *statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003, *passim*.

[43] Sulla necessità tipicamente giusnaturalista di affidare al potere statuale le scelte di criminalizzazione, presente già nel pensiero di Thomas Hobbes, nelle cui pagine può intravedersi in filigrana «il nesso fra sovranità, individuo e principio di legalità» v. P. COSTA, op. cit., 5 ss.

Il paradigma della riserva di legge come garanzia di certezza si sarebbe rivelato duraturo, trovando positivizzazione in tutte le principali codificazioni ottocentesche[44]. Anzi, esso si radicava, seppur con varietà di sfumature, nel pensiero giuridico coevo alla cruciale transizione tra Diciannovesimo e Ventesimo secolo, al punto da essere condiviso anche dalla penalistica tecnico-giuridica[45] della prima metà del Novecento. Quest'ultima, attaccata a una visione del diritto ancora fortemente statocentrica, riconosceva che proprio grazie alla produzione accentrata della legge penale «[i] soggetti rimangono così legislativamente avvertiti circa i limiti della loro libertà, e conseguentemente sono posti in grado di agire, da un lato, con sicurezza, dall'altro, con il senso della propria responsabilità. Ed in tal modo si consegue pure lo scopo di soddisfare il sentimento di giustizia e di eguaglianza, perché colui che ha incontrato una responsabilità sa che questa fu stabilita preventivamente, in modo eguale per tutti, senza che la sua persona potesse venire in alcuna considerazione»[46].

2.1.1. (segue) una precisazione: la permanente valenza del nesso legalità-sovranità, anche negli scenari attuali del *nullum crimen* (continua)

Se tra Settecento e Ottocento la legge conosce una fase di supremazia assiologica nei confronti del giudice, il moto pendolare – che dall'Illuminismo ad oggi scandisce la costante tensione tra *lex scripta* e diritto giurisprudenziale, intervallando al prevalere dell'uno la riaffermazione dell'altro – pone in evidenza lo stretto nesso tra la legalità (in qualunque accezione essa venga intesa) con la sovranità, quale titolarità in capo al potere costituito delle fondamentali decisioni di un sistema giuridico statuale. Si è detto che la legalità «ha sempre parlato il "linguaggio del potere"»[47] e, in effetti, sin dai primi tentativi di concretizzazione del pensiero hobbesiano il nesso legalità-legge-sovranità è stato sempre riproposto quale strumento fondamentale di

[44] Per una ricca disamina delle principali codificazioni del principio di legalità intervenute a cavaliere tra XVIII e XIX secolo, a partire dall'*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* (c.d. *Josephina*), M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., 12 ss.

[45] Deve richiamarsi, emblematicamente, il pensiero di Vincenzo Manzini che, complici altresì le innegabili 'contaminazioni' del periodo autoritario dell'epoca, riconosceva allo Stato il duplice compito di assicurare mediante la riserva di legge il corretto funzionamento della giustizia e la libertà dei consociati.

[46] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, *La scienza del diritto penale; Relazioni e fonti del diritto penale; Diritto transitorio; Diritto penale internazionale; I soggetti; Il reato; L'imputabilità*, V ed., Torino, 1981, 229.

[47] B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (Atti del LIII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Va renna, 20-22 settembre 2007)*, Milano, 2008, 58

controllo del potere politico, al più rinvenendo una legittimazione nelle note teorie dell'autolimitazione di uno Stato altrimenti onnipotente[48].

Nondimeno, il menzionato nesso pare trovare permanente validità anche se 'falsificato' all'interno degli scenari giuridici contemporanei, notoriamente sottoposti agli influssi del diritto sovranazionale e alla ingravescente riaffermazione del controllo accentrato di costituzionalità[49] e caratterizzati da una rivisitazione delle categorie. In un sistema che postula infatti una 'legge' rielaborata nell'accezione 'convenzionale' di *droit*, comprensiva tanto del prodotto di origine legislativa, quanto di quello giurisprudenziale, conseguenza è che la sovranità venga percepita come contesa[50], tanto 'in verticale' tra Stato, Unione europea e Consiglio d'Europa, quanto 'in orizzontale', tra Parlamento, Corte costituzionale[51] e giudice comune[52]. Altrimenti detto, limitandoci qui a tratteggiare un paradigma che emergerà con ricorrenza nel corso della trattazione, la sovranità penale parrebbe oggi raccordarsi quasi più al formante giurisprudenziale che – suscettibile di incidere sui limiti di applicazione di una fattispecie e, in tal modo, adempiendo in luogo di una inefficienza originaria del legislatore o, persino, rimodulando gli obiettivi di politica legislativa – oggi si sarebbe dichiaratamente (auto)investito della propria funzione creatrice. Tale scenario si complica ulteriormente nel momento in cui si crea una tensione altresì all'interno dello stesso vettore giurisprudenziale, culminata negli

---

[48] Il riferimento è al diffuso paradigma di lettura dello Stato di diritto ottocentesco sublimato, in particolare, nel pensiero di Jhering e Jellinek: sul tema, v. diffusamente P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 89 ss.

[49] Sulle trasformazioni del concetto di 'sovranità penale' nell'attuale ordinamento *multilevel* v., per tutti, A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Napoli, 2019; sulle implicazioni macroeconomiche, legate a doppio filo a quelle giuridiche, del concetto di 'sovranità' statuale – e della relativa dissoluzione – v. M. RONCO, *La legalità stratificata*, cit., 1392 ss.

[50] Sulle 'erosioni' della sovranità penale 'contesa' all'interno del sistema CEDU A. BERNARDI, *La sovranità penale*, cit., 49 ss.

[51] Parla, in proposito, di «naturale 'concorrenza'» tra Corte costituzionale e legislatore F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1302.

[52] Riteniamo doveroso ripensare questa partizione (concezione verticale e orizzontale delle 'contese' di sovranità) rispetto a un precedente lavoro (sia consentito qui richiamarlo: J. DELLA VALENTINA, *Sovranità penale e rapporti tra Corti nell'epoca del costituzionalismo multilivello, in www.lalegislazionepenale.eu*, 15 marzo 2023, 3 ss.), in cui – con una prospettiva forse eccessivamente riduttiva – ci eravamo limitati a individuare la dimensione 'verticale' della sovranità nei rapporti tra i tre fondamentali poteri dello Stato e la dimensione 'orizzontale' nelle relazioni intercorrenti tra gli attori, ai vari livelli, all'interno del vettore giurisprudenziale. Nonostante il lavoro prendesse in esame, nelle pagine successive, soprattutto le influenze che sul concetto classico di sovranità sono determinate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU, la suddivisione siccome richiamata non appare del tutto soddisfacente, considerando la dimensione 'europea' del diritto penale esclusivamente sul piano 'orizzontale' e, pertanto, dei rapporti tra le Corti. Per converso, ci sembra senz'altro più esaustivo estendere il concetto di sovranità agli orizzonti sovranazionali latamente intesi, suscettibili di ricomprendere, per esempio, le influenze derivanti da fattori ulteriori rispetto a quello meramente giurisprudenziale (che, peraltro, rimane il principale): su tutti, la dimensione più strettamente normativa del diritto Ue. Come conseguenza, la dimensione 'verticale' di sovranità viene intesa come insieme dei rapporti tra ordinamenti (nazionale *versus* sovranazionale, come europeo e 'convenzionale'), a prescindere dai soggetti che in essi operano (giudici, legislatore nazionale, legislatore europeo); la dimensione 'orizzontale' come insieme dei rapporti tra legislatore, giudici e Corte costituzionale *all'interno* della sola prospettiva nazionale.

ultimi anni in reciproche reazioni di diffidenza tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia, da un lato; Corte costituzionale e Corte EDU, dall'altro lato; nonché una crescente incidenza di un giudice comune sempre più autoreferenziale, con la conseguenza che il nesso legalità-legge-sovranità – un tempo monoliticamente in capo al legislatore – appare oggi deflagrato in plurimi centri di tensione.

2.1.2. (segue) dall'età dei totalitarismi alla legalità costituzionale

È stato sottolineato come lo stretto legame che da sempre avvince legalità, sovranità e legge denoti l'ambivalenza di quest'ultima[53], a un tempo basilare baluardo di garanzia verso i consociati e pericoloso strumento di manipolazione del potere pubblico. Nel momento in cui le vicende storiche vedevano prevalere questa seconda dimensione, il fragile equilibrio veniva meno, degenerando nella "catastrofe"[54] dei totalitarismi che, con varietà di accenti[55], avrebbe segnato una fase di radicale assenza di legalità. O, meglio, una parvenza solo formale (in fondo, «nello stampo della legalità si può calare oro e piombo»[56]), tutta imperniata su un paradigma 'potestativo'[57] che, a propria volta, affonderebbe le radici teoriche nel dilagare del volontarismo e della diffusione delle scienze teoretiche[58]. Emerge così «il potere allo stato puro e fluido, antecedente e superiore a qualsiasi precipitazione istituzionale»[59], in funzione del quale viene piegato un diritto – anche e soprattutto penale – che si fa servente al regime e, per l'effetto, ostile. Così, il lato oscuro della legalità, denunciato già sul finire del Diciannovesimo secolo

---

[53] Cfr. *supra*, nt. 40.
[54] G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in ID., *Opere*, V, Milano, 1959, 175.
[55] Sui diversi risvolti dei totalitarismi tra regime sovietico, nazista e fascista – pur nella consapevolezza di tutte le difficoltà connesse ad una riconduzione degli stessi ad un paradigma unitario – v. P. COSTA, *Pagina introduttiva*, cit., 16 ss.; con precipuo riguardo alla situazione italiana, v. G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e diritto penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno.*, XXXVI, 2007, 983 ss.
[56] P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Firenze, 1945, 92.
[57] M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 387.
[58] Da un lato, il volontarismo determina il graduale abbandono di una concezione 'naturale' del diritto, in favore, di una dimensione strettamente dipendente dall'ordine dell'autorità, prendendo le mosse dal pensiero di Guglielmo di Occam – incentrato sulla figura dell'individuo, umano e divino – per poi maturare in un accentramento della legge (a scapito del diritto e dei diritti naturali) e, quindi, in una dimensione strettamente potestativa del diritto con – seppur per diversi itinerari – la Scuola dell'esegesi in Francia e la Scuola storica in Germania. Da un altro lato, su una concezione pratica del sapere giuridico, come scienza orientata all'*eupraxía* e, per l'effetto, volta a ricercare l'*aequitas* nella soluzione raggiunta dall'interprete, è prevalsa l'affermazione – *recte*: riduzione – dell'attività interpretativa come mera recezione di un sapere esterno e già compiutamente formato, secondo un paradigma di certo più rassicurante per un giurista calato in una dimensione strettamente giuspositiva dell'ordinamento, venuta definitivamente meno, a cavallo delle due guerre mondiali, «la fiducia nel progetto cognitivistico, coltivato dai giusnaturalisti moderni, di conoscere razionalmente i valori». Sul tema, e per opportuni riferimenti bibliografici, M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 387 ss.
[59] P. COSTA, *Pagina introduttiva*, cit., 16.

come proprio di uno Stato monoclasse[60], si rivela in tutti i suoi paradossi anche in Italia, trovando l'adesione di un ceto di giuristi che, sintetizzato nelle celebre prolusione di Biagio Petrocelli, riconosce nella certezza del diritto una frangia della suprema autorità dello Stato, rovesciando in tal modo la secolare prospettiva dei rapporti tra legge e sovranità in favore di una certezza del diritto 'malata'.

Con gli eccessi dei totalitarismi tramontava un assioma ormai fiaccato – quello della modernità giuridica, fondata sui presupposti del primato assoluto della legge e del connubio riserva di legge-certezza – dalle cui ceneri sarebbe sorta una nuova legalità. Proprio la presa di coscienza della insufficienza del primato della legge a costituire – da solo – un efficace presidio contro i totalitarismi (per assurdo, la legge, tradita nella sua funzione, ne aveva costituito uno dei principali punti di forza) incoraggiava un vero e proprio mutamento di orizzonti. Un nucleo ancor più inscalfibile della stessa legge veniva rinvenuto nei diritti fondamentali, presidiati da testi costituzionali rigidi[61].

Si preannunciava, così, una legalità superiore che – nella fase di transizione dal paradigma della legge al paradigma costituzionale – per liberarsi definitivamente delle atrocità dei totalitarismi sarebbe dovuta passare per un ultimo, estremo, paradosso, culminato nella rottura del nesso[62], sino a quel momento mai spezzato, tra legalità, legge e irretroattività, e consumato nel processo di Norimberga[63]. Un'ultima 'rivincita' della giustizia sulla certezza – che in alcune fasi storiche la giurisprudenza benintenzionata[64] pare voler recuperare, legittimando deroghe più o meno evidenti della legalità formale e dei suoi corollari[65] – la quale avrebbe persino legittimato l'inserimento, per quanto più con finalità simboliche, della formula di Radbruch nel secondo paragrafo dell'art. 7 CEDU[66].

---

[60] M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo. Lo Stato monoclasse: riflessione della scienza*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1988.

[61] M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale*, cit., 54 s.: «Occorreva, cioè, vedere la Costituzione repubblicana non come una mera *lex superior*, ma come la reincarnazione, nell'unica forma allora possibile, della seconda dimensione del diritto, del fine di giustizia (ora rappresentato dalla *concordia discors* dei principi e dei valori della Costituzione) cui doveva tendere l'agire giuridico secondo l'insegnamento di Aristotele».

[62] P. COSTA, op. cit., 33.

[63] Di recente, sul tema, v. G. PUGLISI, *La clausola di Norimberga*, Torino, 2021.

[64] Cfr. *supra*, nt. 9.

[65] Si pensi, questa volta con riferimento alla giurisprudenza tedesca, ai noti casi degli omicidi del muro di Berlino da parte della polizia della DDR (sul tema, v. *amplius* E.M. AMBROSETTI, *In margine alle c.d. sentenze del muro di Berlino: note sul problema del «diritto ingiusto»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 596 ss.) e dei c.d. *Promille-Fälle*, relativamente al caos giurisprudenziale creatosi in ordine al tasso minimo di concentrazione alcolica nel sangue rilevante per il reato di guida in stato di ebbrezza di cui al § 316 StGB.

[66] E.M. AMBROSETTI, *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della formula di Radbruch*, in ID. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 18 ss.; G. CARUSO, *Simbolicità e Legalità nel Processo di Norimberga. Ancora a proposito della c.d. formula di Radbruch*, in *L'Ircocervo*, 2016, 1, 64 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Per una critica della cosiddetta Formula di Radbruch. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale – Rivista*

In una tale fase storica, l'avvento dei diritti fondamentali – già promosso da alcune tesi neo-giusnaturalistiche[67], che tuttavia non avrebbero attecchito in Italia – si profilava come alternativa necessaria, imponendo una radicale rilettura della struttura piramidale delle fonti – cuore pulsante del pensiero giuspositivista –, a seguito della quale la legge di produzione parlamentare diventava sindacabile davanti a una legalità superiore. Una tale scelta di campo segnava l'origine di una nuova legalità costituzionale[68], tracciando l'avvio di un percorso – in Italia scandito dalla istituzione della Corte costituzionale nel 1956 – oggi cruciale nella continua evoluzione del sistema penale[69]: venivano così gettati i presupposti per una visione 'reticolare'[70] della struttura delle fonti e, ancor prima, per un recupero del valore del momento interpretativo[71].

2.2. La seconda 'anima' della riserva di legge: la tutela del principio democratico

Alla affermazione di una legalità costituzionale – da cui sarebbe notoriamente derivato il «tentativo, ambizioso quanto affascinante, di costruire […] una selezione dei beni giuridici penalmente tutelabili circoscritta al novero dei beni di rilevanza costituzionale (esplicita o

Quadrimestrale on-line, 2011, 13-14, 109 ss.; S. SGROI, *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2003, III, 313 ss.; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania post-nazista e nella Germania post-comunista*, Milano, 2001, I-XIII, 1- 319. Sulla «colpa originale» dell'art. 7, par. 2 CEDU v. M. RONCO, *Le legalità stratificata*, cit., 1400.

[67] Cfr., in particolare, R. ANGELONI e a., *Diritto naturale vigente*, Roma, 1951. Per opportuni rimandi, M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 395, nt. 171; sulla necessità di una riscoperta del ruolo del giudice, in un sistema che relativizza l'assolutezza della legge, nella dottrina del secondo Dopoguerra, v. R. MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat: Recht als Mass der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat*, Vienna, 1957.

[68] Trattasi della dimensione sostanziale della legalità penale che, per uno statuto garantistico del singolo, postula necessariamente il rispetto della precisione descrittiva e della pregnanza del fatto tradotto in fattispecie incriminatrice, così saldandosi la legalità con le altre basilari istanze costituzionali di colpevolezza, offensività e diritto di difesa dell'imputato: sul tema, v. *amplius* M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., 54 ss.

[69] Per alcuni recenti esempi relativamente al ruolo svolto dalla Corte nel processo di 'aggiornamento' del sistema penale, valorizzando e facendo propri orientamenti giurisprudenziali in grado di mettere a fuoco la *ratio* e le finalità sottese a una disposizione cfr. F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 19 gennaio 2021, 7 ss.

[70] F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di*), Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, 29 ss.

[71] G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale*, in *Criminalia*, 2011, 83 s.: «l'inclusione della materia penale in un orizzonte costituzionale ha prodotto come effetto, tutt'altro che secondario, di promuovere nella stessa dottrina un progressivo superamento della tradizionale dogmatica legalistica, con un conseguente incoraggiamento della tendenza ad argomentare in modo 'creativo' sulla base di valori e principi sovra-ordinati alla legge ordinaria. Come sappiamo, è grazie allo sviluppo di questo stile argomentativo, che nel corso degli anni ha finito altresì col prendere piede nella giurisprudenza (non solo costituzionale) più evoluta, che sono andati via via definendosi i lineamenti di un modello teorico di diritto penale costituzionalmente orientato, trascendente il penale contenutisticamente conforme alla mera legalità legislativa (ordinaria)». Analizza la Costituzione dalla angolazione di (ulteriore) fattore di crisi della legalità N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 19 ss.

implicita)»[72] – non rimaneva indifferente il corollario della riserva di legge in materia penale. Più in particolare, all'accantonamento della concezione della riserva di legge come sinonimo di certezza, tanto quale garanzia del singolo, quanto quale garanzia di stabilità del potere politico – oggi dai più ritenuta estranea alla *ratio* che tale corollario esprime[73] – fa da contrappunto la progressiva affermazione di una rinnovata dimensione 'storica'[74], conforme all'accentramento del Parlamento nel ruolo di produzione della legge, tipico dell'età dei suffragi. In tale prospettiva, la riserva di legge esprime l'istanza – da cui, almeno in parte[75], ancor oggi è animata – di affidare le scelte di criminalizzazione al corpo sociale (ovvero, più realisticamente, a una sua rappresentanza)[76] che alle stesse dovrà sottostare. Più specificamente, al di là della immediata ricaduta garantistica del conferimento delle scelte di incriminazione all'organo più rappresentativo dell'intera comunità, la cifra valoriale di siffatta concezione si estrinseca, da un lato, nella stimolazione del proficuo (perlomeno in via teorica, s'intende) dibattito parlamentare fondato sulla dialettica tra maggioranza e opposizione; dall'altro lato, assicura la pubblicità dei lavori parlamentari, incoraggiando altresì il dibattito extraparlamentare, specie all'interno del ceto dei giuristi[77]. Non a caso, la riserva di legge è stata definita come una garanzia a carattere eminentemente procedurale[78], capace di assicurare

---

[72] Così G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, II, 2007, 1263.

[73] Il prevalere della dimensione democratica su quella di certezza, sottese alla riserva di legge, fonda sulla nota critica per cui quest'ultima esigenza potrebbe ben essere assicurata tramite norme di rango meramente sublegislativo, purché non retroattive e, quindi, conoscibili dai consociati, senza necessità di scomodare il necessario utilizzo della legge parlamentare per disporre le scelte di criminalizzazione: sul tema, fondamentale M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale. Volume primo*, Torino, 2021, III ed., 34 ss. e 48 ss. Cfr. altresì, anche per opportuni rimandi, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 11 s.; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2011, 125 ss.

[74] Sulla dicotomia tra versante 'storico' e 'astorico' della legalità penale, C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., 7 ss.; con precipuo riguardo a tale distinzione in una prospettiva europeistica A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 1-2, 9 ss. e, precedentemente, ID., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 673 ss.

[75] Come si vedrà, l'istanza democratica ha subìto un'evoluzione rispetto alla valenza originaria in ragione dell'avvento del diritto dell'Unione europea anche sul versante penale, specie a seguito del Trattato di Lisbona. Più specificamente, i tentativi di colmare il deficit democratico a lungo criticato alle istituzioni europee hanno determinato un rinnovato interesse per il ruolo del Parlamento europeo che, unitamente al progressivo allungamento dell'elenco di materie affidate alle politiche dell'Unione, ha imposto un ripensamento della istanza democratica della riserva di legge come fondata su due sfere, una nazionale e una, appunto, eurounitaria.

[76] Anzi, la rappresentatività appare una componente fondamentale per l'attuazione dell'anima democratica della riserva di legge: viceversa, una inattuabile istanza di democrazia diretta rischierebbe di sfociare in un'affannata ricerca di consenso sociale e, per l'effetto, in distopici episodi (e prodotti normativi) di populismo penale: effetto che peraltro appare concretizzarsi già là dove legiferi il Governo sull'onda delle spinte mediatiche, tendenza di cui sempre più di frequente si ha testimonianza nella legislazione penale attuale. Su tale distorta (ma arrembante) componente della legalità penale, v. F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni*, cit., 11 ss.

[77] M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., 5.

[78] C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., 14; F. PALAZZO, *La legalità penale*, cit., 1294.

la "giustizia generale"[79], mediante la riaffermazione, ancora una volta, della sostanziale diversificazione di ruolo tra giudice e legislatore.

In definitiva, un paradigma teorico che raccoglieva diffusi consensi soprattutto a partire dagli anni Settanta, cavalcando l'onda di una perfetta coniugazione finalistica con la coeva teoria dei beni giuridici costituzionali[80], e che ancor oggi sembra costituire la più convincente esplicazione della cifra valoriale della riserva di legge, seppur intaccata dalla contestuale emersione di una nuova «realtà istituzionale di un europeismo giudiziario»[81].

3. L'avvento della legalità europea nell'età dei diritti

L'avvento delle Carte europee – CEDU prima, Carta di Nizza successivamente – assume una valenza decisiva nel processo di affermazione della nuova "anima"[82] della legalità, incentrata sulla tutela del singolo e sul presidio dei diritti fondamentali, verso la quale già la Costituzione aveva segnato la direzione. Si assiste così ad un vero e proprio «movimento evolutivo che va dalla democrazia verso i diritti fondamentali [e] che trae alimento dal crescente e tormentato disincanto nei confronti del "mito" della democrazia parlamentare-rappresentativa, messa a dura prova dalla società globalizzata e massmediatica. Così che si ricerca la salvaguardia della persona direttamente nell'affermazione dei diritti, saltando la mediazione costituita dalla (ormai inadeguata) mediazione della legge democratica»[83]. Una nuova – qualitativamente diversa – legalità che, sin dal suo 'ufficiale' ingresso all'interno dell'ordinamento italiano nel 2007[84] – ha ricevuto giudizi contrastanti, da spinti entusiasmi che vi leggono una panacea a tutti i mali del creazionismo a serrate critiche che le addebitano il bieco intento di obnubilare, sino a

---

[79] M. RONCO, *La legalità stratificata*, cit., 1389.

[80] F. PALAZZO, op. ult. cit., 1294 s., segnala come «mai matrimonio fu più felice ma anche più breve», rilevando come, a ben vedere, la principale critica alla teoria costituzionale dei beni giuridici, che addebitava a questa una sostanziale incapacità selettiva, nella misura in cui, venendo altresì valorizzati i beni a rilevanza c.d. implicita, potenzialmente ogni istanza di penalizzazione potrebbe trovare legittimazione nella Carta costituzionale, tradiva la stessa istanza democratica della riserva di legge e, su tutto, la sua più intima valenza garantistica 'procedurale'. D'altro canto, non può non rilevarsi come la teoria della rilevanza costituzionale implicita dei beni giuridici fosse legittimata dalla esigenza di non imbrigliare i beni rilevanti in un catalogo chiuso e ristretto, pena un sistema anacronistico e incapace di adattarsi alle esigenze sociali in continua evoluzione: oltretutto, tale opposta tendenza porterebbe comunque a una sterilizzazione del dibattito democratico, in ragione di una illusoria autosufficienza dei valori contenuti all'interno della Costituzione: sul punto, cfr. *amplius* G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 64 s.

[81] M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2010, 165.

[82] Così F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni*, cit., *passim*.

[83] F. PALAZZO, *Il principio di legalità fra* law in the books *e* law in action in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 3, 7.

[84] Si allude, evidentemente, al riconoscimento del valore sub-costituzionale della CEDU a seguito delle sentenze 'gemelle' nn. 348 e 349 del 2007 e, al contempo, alla approvazione del Trattato di Lisbona, in sede eurounitaria (cfr. *infra*, par. 3.2. e 3.3.).

cancellarla, la originaria matrice democratica della legalità fondata sul paradigma della riserva di legge.

Come sempre, la verità sta nel mezzo: vero che la riserva di legge – siccome intesa a tutela del principio democratico, a seguito della catarsi del secondo Dopoguerra – ha conosciuto un indubbio 'aggiornamento' concettuale, inutile dire che l'affermazione di una nuova legalità, che presuppone meccanismi di formazione del diritto lontani dal nostro – incardinato sul monopolio del bicameralismo – scuote il solido tronco del *nullum crimen sine lege parlamentaria*.

Ciononostante, la convergenza tra "i due mondi"[85] può ben essere letta come un *incontro*, più che come *scontro* frontale. Da un lato, va infatti rammentato che la legalità europea, espressa nei paradigmi di accessibilità e prevedibilità, fa il suo ingresso nell'ordinamento interno nella prospettiva di integrare, innalzandole, le tutele del singolo, secondo la logica più tipica delle Carte dei diritti fondamentali[86]. Dall'altro lato, il paradigma democratico non può dirsi abbandonato quanto, al più, rimodellato dall'irrompere dei sistemi sovranazionali – e, in particolare, di quello eurounitario – sulla scena nazionale. Si delinea così, conformemente a quanto osservato in apertura, un modello 'complesso' di legalità, composto di più 'anime', di matrici e con finalità eterogenee, ma non per questo inconciliabili.

3.1. Crisi della riserva di legge e ascesa del diritto giurisprudenziale

In un certo senso, la legalità europea deve molto alla legalità legislativa: è noto infatti che il diffuso accoglimento del rinnovato paradigma trovi la sua fortuna nella strisciante insoddisfazione nei confronti di un rimedio ormai (quasi) unanimemente riconosciuto come esausto. La legalità-prevedibilità viene percepita come possibile antidoto contro il dilagare del diritto giurisprudenziale, vieppiù chiamato a supplire alle carenze di un prodotto legislativo inefficiente. Le ragioni sono conclamate e non occorre che richiamarle cursoriamente.

---

[85] F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni*, cit., 9; ID., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 9, 1061 ss.

[86] Si tratta della tesi del *maximum standard*, che incontra in seno alla dottrina diffuse adesioni, affidandosi al rassicurante appiglio normativo dell'art. 53 CEDU – ai sensi del quale «[n]essuna delle disposizioni della [...] Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni parte contraente» – come sostenuto da F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 19 dicembre 2016, 13 ss.; ID., *Il* nullum crimen *conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità convenzionale"?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 5 aprile 2017, *passim*. In termini simili, G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1426 ss.

Quanto ai fattori di matrice 'endogena'[87], rileva anzitutto la perdita di centralità della legge parlamentare come esclusiva fonte di produzione del diritto penale. Si registra, in altre parole, un ammorbidimento della riserva assoluta di legge in senso formale, già intuito sul finire degli anni Settanta da Franco Bricola[88]. In primo luogo, in ragione di un ingombrante 'ritorno' dell'esecutivo nel ruolo di co-legislatore, determinato tanto dalla abdicazione del Parlamento a disciplinare gli aspetti complessi di una normativa sempre più tecnica[89], figlia della crescente penalizzazione nella società del rischio[90], quanto – e, se possibile, ancor più – dal crescente (auto)coinvolgimento dell'esecutivo nelle scelte di criminalizzazione attraverso il ricorso alla decretazione d'urgenza, sulle ben note spinte populistiche. In secondo luogo, a seguito dell'inflazione delle fonti sub-legislative[91], quando non del *soft-law*[92], la cui funzione sostanzialmente incriminatrice trova la sempreverde giustificazione nel richiamo ai "saperi esperti"[93], presuntivamente ritenuti più idonei a una coerente valutazione del rischio e all'individuazione delle leggi scientifiche.

Al contempo, viene da ogni dove denunciata la scarsa qualità della legislazione[94], che sovente non riesce a intercettare le esigenze di penalizzazione promananti nel corpo sociale e che, se anche lo fa, si atteggia a prodotto compilato affrettatamente, irrobustito con pene draconiane ma pur sempre lacunoso e, per l'effetto, di difficile applicazione. Con la conseguenza che, sul versante opposto, viene favorito «lo spostamento del baricentro punitivo verso l'arena processuale»[95], in cui il giudice si fa portatore di istanze sociali, perseguendo la giustizia là dove il *nomos* non arriva. Lo scopo della incriminazione di un comportamento coincide con la possibilità di ottenere una efficiente risposta al disvalore che lo stesso esprime e al danno che

---

[87] Per una ricca catalogazione dei fattori 'endogeni' ed 'esogeni' di crisi della riserva di legge, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 27 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., 23 ss.

[88] F. BRICOLA, *Art. 25, co. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 227 ss.

[89] Con riferimento al sempre più frequente ricorso all'utilizzo dello strumento del decreto legislativo in materia penale, nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, 53; per un'ampia disamina circa le cause di tale tendenza, v. per tutti C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., *passim*.

[90] Con precipuo riferimento alla legalità penale, M. RONCO, *La legalità stratificata*, cit., 1400 ss.; *amplius*, in relazione alla transizione epistemologica della struttura del reato, da fattispecie incardinata sul «fatto» a fattispecie vieppiù influenzata dal rischio derivante dalle attività sociali, ID., *Il reato come rischio sociale*, in ID., *Scritti patavini*, II, Torino, 2017, 1358 ss.

[91] V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1, 84 ss.

[92] A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e* soft law, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 536 ss.

[93] Così F. PALAZZO, *La legalità penale*, cit., 6.

[94] Sul valore ormai «sperimentale» della legge penale F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 4, spec. 1194 ss.

[95] A. GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e* vis expansiva *del processo*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2016, 307.

esso è suscettibile di arrecare. Per esigenze minime di convivenza sociale, tale funzione non può che essere affidata all'unico soggetto deputato all'uso della coercizione, quale è lo Stato. Ciò posto, affinché lo Stato possa legittimamente privare un consociato della libertà personale, è necessario che la legge di cui si accerta la violazione, prima di tutto, riesca a 'catturare' la dimensione concreta di 'penalità' sottesa a un determinato comportamento, traducendola in enunciato normativo[96]. In tale prospettiva, il momento della formulazione legislativa assume dunque valenza cruciale, costituendo la sintesi – meglio, la transizione – dalla dimensione fattuale alla dimensione giuridica, cosicché poi una disposizione possa essere ripetutamente applicata a una serie omogenea di casistiche analoghe. Altrimenti detto, il legislatore deve adeguatamente pre-comprendere la dimensione ermeneutica del fatto tipico, intesa come giuridicità – bisogno di pena in relazione ad un evento della vita umana – al fine di redigere efficacemente il precetto (nonché, proporzionalmente, fissarne la cornice edittale). Sul punto si tornerà diffusamente; è tuttavia bene evidenziare sin da subito come tali riflessioni bene spieghino la genesi della supplenza giurisprudenziale. Risulta, cioè, un semplicismo spiegare l'interpretazione creatrice con la metafora della magistratura 'politica' portatrice di ideologismi vari: molto più spesso, la creazione ermeneutica risponde al bisogno del corpo sociale di ottenere una risposta che il testo di legge non è capace di offrire. Ebbene, il prodotto normativo si fa vieppiù scadente in quanto difetta di questa primigenia indagine 'sociale': il dibattito parlamentare è quasi azzerato e, all'evidenza, viene direttamente 'scavalcato' quando è il Governo a formulare nuove fattispecie incriminatrici. Ben altre rispetto alla pre-comprensione ermeneutica del fatto tipico sono le logiche che attualmente dominano la redazione del testo di legge. E così interviene il giudice che, anche giustificando equilibrismi interpretativi che per lo più non trovano censura – rifugiandosi nei porti sicuri della interpretazione estensiva, evolutiva o teleologica –, molto più efficacemente del legislatore individua dove debba assestarsi il bisogno di tutela penale[97].

[96] Così, magistralmente, M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in ID., *Scritti patavini*, II, Torino, 2017, 1114: «la certezza non può essere ritrovata nella formalizzazione del discorso normativo, bensì nel rapporto dialettico tra la scarna fissità dell'enunciato prescrittivo e la complessità e flessibilità della "cosa", la situazione di vita che sta al di fuori della norma. Situazione di vita che la norma vuole bensì regolare, ma che non può non prendere previamente in considerazione nel suo immanente significato di contrarierà al valore della pacifica convivenza giuridica».
[97] *Ibidem*, 1124.

3.2. La competenza penale (accessoria, ma) ingombrante del diritto Ue

Venendo ai fattori 'esogeni', un ruolo cruciale nel processo di affermazione di una nuova legalità è rivestito dalla vocazione europeistica che il diritto penale assume soprattutto a partire dai primi anni Duemila – con uno spartiacque decisivo nel 2007[98] – tanto con riferimento alle influenze del diritto (un tempo) comunitario, quanto con riferimento alla centralità assunta dalle Carte dei diritti. Si approfondiscono, e si confermano, tutte le incertezze già sollevate sul piano interno intorno al paradigma legicentrico, con la definitiva messa in discussione anche del fondamento democratico della riserva di legge – almeno nella sua accezione più classica, relativa al monopolio del Parlamento nazionale nelle scelte di criminalizzazione – e, al contempo, con la contestuale valorizzazione della figura del giudice.

3.2.1. L'affermazione di una nuova democraticità e il nuovo art. 83 TFUE (continua)

Uno dei più evidenti segnali di obsolescenza del modello monolitico della legalità nazionale si rileva senz'altro nel ridimensionamento[99] della *ratio* 'procedurale' della riserva di legge, seppur ancora a tutti gli effetti vigente nell'immutato spettro dell'art. 25, co. 2, in combinato disposto con gli artt. 70 ss. Cost. Il legislatore nazionale vede, infatti, conteso il proprio monopolio nelle scelte di criminalizzazione con le istituzioni europee e, su tutte, con il Parlamento Ue: e, ciò, specie all'indomani del Trattato di Lisbona, il quale, da un lato, ha permesso una sensibile riduzione del denunciato deficit democratico[100]; da un altro lato, ha ufficialmente inaugurato una competenza penale indiretta dell'Unione attraverso il definitivo commiato dalla struttura a pilastri, propria del precedente sistema comunitario.

In primo luogo, è immediato cogliere la progressiva perdita di centralità del Parlamento nazionale a seguito dell'affiancamento del Parlamento europeo, il cui ruolo viene sensibilmente

---

[98] A. MASSARO, *Legalità penale e diritto europeo:* c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 84.

[99] F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., 6: «Nella prospettiva penalistica contemporanea, l'ingenua fiducia che la particolare qualità della fonte – la legge parlamentare, o comunque gli atti aventi forza di legge (con il connesso intervento preventivo o successivo del Parlamento) – costituisca di per sé sufficiente garanzia di prevedibilità della decisione giudiziaria è del tutto svanita: non meno che le antiche grida manzoniane, anche la legge adottata nel pieno rispetto delle procedure democratiche previste dalla Costituzione può essere – e sovente è – oscura, complessa, difficile da decifrare non solo per il profano, ma anche per l'esperto di diritto; ed abbisogna dunque di un'intensa opera di interpretazione da parte della giurisprudenza, assistita dalla dottrina. D'altra parte, in queste condizioni la chiarezza della norma – assente in fase genetica – non riesce spesso ad essere assicurata, 'a valle', dalla stessa opera di interpretazione, i cui risultati finiscono così per risultare tutt'altro che prevedibili. Il problema diviene, insomma, quello della qualità della norma, più che quello della sua origine».

[100] C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., 71 ss., 114 ss. e bibliografia ivi segnalata; ID., *Le «qualità» della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 386.

rinvigorito dalla marcata "democraticizzazione" del *law-making process* eurounitario[101]. Non si tratta, dunque, di un accantonamento della democraticità nazionale, quanto dell'affermarsi, in margine a questa, di una *diversa* democraticità, perché attinente ad un'altra istituzione (appunto, il Parlamento Ue). La quale, tuttavia, inevitabilmente offusca il monopolio dei Parlamenti nazionali: e, ciò, non solo – come evidente – in ragione della valorizzazione del Parlamento Ue[102] bensì, a ben vedere, anche indirettamente accentuando il ruolo dei Governi degli Stati membri. Tanto nella fase ascendente, quanto – e ancor di più – nella fase discendente di formazione del diritto Ue[103], l'esecutivo gode ormai storicamente di un canale privilegiato di interlocuzione con le istituzioni comunitarie, a differenza del Parlamento. Con precipuo riguardo all'ordinamento italiano, tale circostanza è stata solo parzialmente ripianata all'esito della riforma del 2012[104], tant'è che, ancor oggi[105], il Governo appare il principale destinatario dell'obbligo di recepimento delle fonti europee, attraverso il massiccio ricorso allo strumento della delega legislativa.

In secondo luogo, il descritto processo di 'traslazione' delle scelte di politica legislativa dal piano nazionale a quello comunitario è tanto più evidente proprio sul versante penale, dove il Trattato di Lisbona, sancendo l'abbandono delle logiche intergovernative del Terzo Pilastro, ha

---

[101] Sul tema, si rinvia a C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2012, 535 ss.; ID., *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'U.E.*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 4, 411 ss.; C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 2, 43 ss. In quest'ultimo lavoro, l'Autore non manca di rimarcare come, perlomeno in astratto, le innovazioni apportate al *law-making process* europeo avrebbero potuto sortire effetti benefici – al di là del consolidamento del coefficiente di rappresentatività dell'organo elettivo europeo – anche con riguardo al livello di coinvolgimento dei Parlamenti nazionali, venendo 'potenziate' le fasi ascendente e discendente dell'*iter* di produzione normativa: cionondimeno, vengono messe in luce le criticità che affliggono soprattutto la summenzionata fase discendente, all'esito della l. 234/2012, da ciò derivandone un ulteriore impoverimento del ruolo del Parlamento italiano.

[102] Si tratta della c.d. fase "centralizzata" del processo di formazione del diritto Ue, regolata ai sensi degli artt. 288 ss. TFUE: sul tema, v. *amplius* C. GRANDI, *Processo decisionale europeo*, cit., 46 ss.

[103] F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni*, cit., 5: «protagonista rimane il governo anche nella fase discendente, visto e considerato che la recezione e attuazione delle direttive avviene per la maggior parte mediante delegazione legislativa al governo: una delegazione che, per essere generale e indifferenziata, non può che essere per così dire "cieca", cioè priva di specifici criteri di delega modellati sulle particolari materie su cui deve intervenire la disciplina punitiva. Ma il dato più significativo non sta tanto nel (maggiore) coinvolgimento dei parlamenti nelle procedure di formazione del diritto europeo, quanto piuttosto nella sostanza del loro potere di controllo e di indirizzo. A ben vedere, i parlamenti non sono titolari di poteri positivi di iniziativa e di indirizzo delle scelte politiche europee, ma piuttosto di poteri negativi idonei a bloccare l'iniziativa legislativa europea sull'esclusiva base di una violazione, da parte degli organi europei, dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. E opera solo in negativo, e solo in rapporto a quei principi-limiti, anche il più efficace strumento di controllo rimesso nelle mani dei parlamenti nazionali: il famoso "freno di emergenza"».

[104] Legge 24 dicembre 2012, n. 234 ("*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*").

[105] Circostanza già da tempo rilevata da C. DE FIORES, *Trasformazione della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova, 2001, 150.

'codificato' una tendenza che trova origini lontane nel tempo[106]. Che almeno sin dagli anni Ottanta del secolo scorso le istituzioni comunitarie esercitino una importante influenza sulle scelte di criminalizzazione del legislatore nazionale – quasi al punto, è stato detto, di determinarne l'azzeramento della discrezionalità[107] – è cosa nota. In origine, per via prevalentemente giurisprudenziale, grazie all'opera persuasiva della Corte di Giustizia – che trova la sua origine nella celebre pronuncia sul mais greco[108] – nell'indurre gli Stati membri alla introduzione di "sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive" a tutela degli interessi dell'Unione[109]. Tendenza che, dopo alcuni decenni, avrebbe conosciuto un salto di qualità – transitando dal piano della *moral suasion* giurisprudenziale a quello della concreta produzione legislativa – nella sentenza della Corte Giustizia del 2005[110], in cui viene per la prima volta affermata una competenza penale indiretta del legislatore comunitario nella redazione di direttive in funzione di armonizzazione[111]. Così formalmente riconosciuto il ruolo del diritto Ue in materia penale – concretizzato dall'approvazione di talune direttive già in epoca anteriore al varo del Trattato di Lisbona[112] – lo stesso trovava definitiva positivizzazione all'interno

---

[106] E, ciò, nonostante il principio di democraticità non trovi esplicitazione all'interno delle due disposizioni fondamentali (art. 7 CEDU e art. 49 Carta di Nizza) che, a livello europeo, sanciscono il principio di legalità: si rammenti, infatti, che lo stesso principio trova piena vigenza nel sistema eurounitario in quanto all'interno del diritto Ue vengono ricompresi altresì i principii di diritto non scritto ricavati dalle Costituzioni degli Stati membri: sul punto, v. *amplius* A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 1, 58.

[107] C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., 48.

[108] Corte Giust. Ue, 21 settembre 1989, *Commissione c. Repubblica ellenica*, causa C-68/88.

[109] Rileva A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., 48, come «[v]alorizzando l'attitudine armonizzante dei principi generali, tale giurisprudenza [quella inaugurata a partire dalla decisione indicata alla nota che precede, n.d.s.] implicava dunque un ravvicinamento delle risposte sanzionatorie nazionali applicabili alle violazioni del diritto UE; ravvicinamento che poteva in alcuni casi realizzarsi attraverso veri e propri obblighi di incriminazione di origine europea, e che dunque precorreva quelle forme di armonizzazione penale oggi fondate sull'art. 83.2 TUE».

[110] Corte Giust. Ue, 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, in materia di tutela penale dell'ambiente, sulla quale v., per tutti, G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 899 ss.; analogamente, due anni dopo, Corte Giust. Ue, 23 ottobre 2007, *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, sulla repressione penale dell'inquinamento provocato dalle navi, con nota di L. SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo "tassello" della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1, 241 ss.

[111] Sul tema, oltre ai contributi citati alla nota precedente, v. altresì F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1433 ss.; S. MANACORDA, *"Judicial activism" dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de securité de l'Union européenne (Chronique Droits de la Communauté et de l'Union européennes)*, in *Rev. sc. crim.*, 2005, 940 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 202 ss.; L. SIRACUSA, *Tutela ambientale: Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 773 ss.; ID., *Il transito del diritto penale di fonte europea dalla «vecchia» alla «nuova» Unione post-Lisbona. Considerazioni a partire dalla nuova direttiva in materia di inquinamento cagionato da navi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 4, 779 ss.

[112] In particolare: direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente; direttiva 2009/48/CE del 18 giugno 2009, sulla sicurezza dei giocattoli; direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; direttiva 2009/123/CE del Parlamento

dell'art. 83 TFUE[113], garantendo alle istituzioni Ue una diretta influenza in settori potenzialmente amplissimi del diritto penale[114], con tutte le perplessità correlate, ivi compresa quella – a noi cara – di un indebolimento della legalità nazionale.

3.2.2. (segue) rinvio pregiudiziale, interpretazione conforme e disapplicazione

Da ultimo, il diritto Ue contribuisce a scalfire ulteriormente la solidità del modello legicentrico valorizzando il ruolo della interpretazione, come strumento essenziale di comunicazione tra diritto nazionale ed eurounitario.

La consapevolezza della funzione evolutiva della giurisdizione viene avvalorata tanto dalla estensione degli ambiti di influsso del diritto Ue sul diritto interno – donde la imprescindibilità di un raccordo sistemico da parte dell'interprete –, quanto da istituti del sistema eurounitario tipicamente ispirati ad un dialogo tra giurisdizioni. Concentrandosi su questo secondo profilo, e inevitabilmente banalizzando un tema densissimo, si possono individuare perlomeno tre fattori di accentramento della figura del giudice comune come attore capace di far interagire diritto interno e diritto dell'Unione.

In primo luogo, viene in rilievo l'onere di interpretazione conforme del diritto interno al diritto Ue, immediato 'precipitato' del principio del primato[115]. Orbene, la cifra caratterizzante dell'interpretazione conforme, oltre a presupporre la subordinazione della legge interna al diritto dell'Unione (tanto basterebbe a sancire l'erosione della centralità della riserva di legge nazionale), va rinvenuta nel necessario affidamento al giudice comune del ruolo di 'mediatore culturale', cui è attribuito il difficile compito di conciliare fonti apparentemente poste in conflitto. Il che non può che rafforzare la centralità del momento interpretativo, nella misura in

---

europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni.

[113] *Ex plurimis*, v.; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea*, cit.; G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011; G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, IV, 2307 ss.; C. PAONESSA, *L'avanzamento del "diritto penale europeo" dopo il Trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, 8-9, 307 ss.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 3, 1146 ss.

[114] Sulle plausibili ragioni della diffidenza mostrata dagli Stati membri verso la competenza penale accessoria dell'Unione, siccome perimetrata dall'art. 83, par. 2 TFUE, cfr. ancora A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., 49 ss.

[115] Per una esaustiva panoramica sull'istituto della interpretazione conforme al diritto Ue, v. i vari contributi in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015. Di recente, v. altresì A. BERNARDI, *Sull'interpretazione conforme al diritto Ue con effetti penali* in malam partem, in *www.sistemapenale.it*, 3 febbraio 2023. Nella manualistica, V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, 6 ss.; A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2023, II ed., 36 ss.

cui la soluzione più auspicabile non è certo l'incidente di costituzionalità, quanto il rinvenimento nella legge interna di un significato che renda la stessa conforme al diritto Ue, così sconfessando – non diversamente dalla interpretazione conforme a Costituzione – l'immagine 'notarile' del giudice-applicatore della legge.

Quanto osservato trova altresì conferma nella possibilità, per l'interprete, di disapplicare[116] il diritto interno là dove il contrasto con una normativa eurounitaria dotata di effetti diretti non sia meramente apparente, ma insanabile. Il che, a ben vedere, costituisce una valorizzazione ancor più accentuata della figura del giudice, al quale viene attribuita la facoltà di decidere di *non applicare* la legge interna nel caso sottoposto alla sua attenzione. Che, poi, tale istituto – come del resto quello della interpretazione conforme – possa esporsi a critiche, nel momento in cui generi inaspettati effetti *in malam partem* a carico dei consociati, è indubbio: vedremo che la disapplicazione, attingendo il complesso tema dei conflitti triadici di disposizioni[117], rischia di porsi in conflitto – oltre che con la riserva di legge e, più in generale, con la visione legicentrica della legalità – con i corollari afferenti alla dimensione "astorica"[118] del principio, quali l'accessibilità-conoscibilità e la prevedibilità delle decisioni giudiziali.

Ancora, la rilevanza del momento interpretativo all'interno dei due istituti menzionati viene completata dalla possibilità di raccordare gli stessi alla figura del rinvio pregiudiziale[119]. E, ciò, non solo in quanto il giudice nazionale instaura un canale privilegiato di comunicazione con l'autorevole posizione della Corte di Giustizia[120] ma, ancor prima, poiché l'autorevolezza di quest'ultima influisce marcatamente sull'applicazione del diritto interno. Se è infatti innegabile che il giudizio della Corte del Lussemburgo si focalizzi – almeno in via formale[121] – sulla sola interpretazione del diritto dell'Unione, è parimenti inevitabile che lo stesso indirizzi, a valle, la decisione del giudice nazionale nell'applicazione – o nella non applicazione – della legge

---

[116] Con riguardo alla disapplicazione in materia penale, V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 10 ss.

[117] Sui conflitti triangolari, o triadici, di disposizioni, in relazione ai rapporti tra diritto interno e diritto Ue, e sulla relativa bibliografia v. *infra*, Cap. IV, parr. 3. ss.

[118] Per tale nozione si rinvia, oltre ai contributi segnalati alla nt. 74, ad A. BERNARDI, *«Riserva di legge» e fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 2006, 19 ss.

[119] V., per tutti, A. BERNARDI, *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale e i problemi posti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2023, 1, 172 ss.

[120] Tenendo presente, peraltro, che lo strumento del rinvio pregiudiziale viene con maggior frequenza impiegato dalla stessa Corte costituzionale, a riprova di un rinnovato atteggiamento 'collaborativo' nei confronti della Corte di Giustizia: per esempi recenti in tal senso, si vedano, in particolare, Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117, in materia di diritto al silenzio; Corte cost., 18 novembre 2021, nn. 216 e 217, in materia di mandato d'arresto europeo, sulle quali v. C. AMALFITANO-M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *www.sistemapenale.it*, 25 gennaio 2022.

[121] Sulla 'abilità' della Corte di Giustizia di occuparsi, pur non frontalmente, del diritto nazionale, a seguito di rinvio pregiudiziale, v. già M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, 5, 222 ss.

interna. Il che – ci sembra – segna un chiaro distacco rispetto alle illusioni figlie dell'illuminismo giuridico, al contrario sancendo non soltanto il primato della interpretazione bensì, ancor più, un confronto delle opinioni di più giudici sul medesimo testo di legge, con la conseguenza che la regola in concreto applicata sarà un 'derivato' ben lontano, e assai più ragionato, dell'enunciato normativo iniziale[122].

3.3. La legalità convenzionale

Fattore decisivo per l'affermazione di un paradigma di legalità alternativo a quello tipicamente legicentrico è l'irrompere della giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento interno.

Anzitutto, in ragione del fatto che la legge ordinaria, una volta di più, viene superata da un formante gerarchicamente preminente, ancorché di livello sub-costituzionale, da ciò derivando un'ulteriore riconfigurazione della struttura delle fonti in materia penale. Le sentenze 'gemelle' del 2007[123] segnano un autentico momento di transizione e – sebbene negli anni successivi la Corte costituzionale cerchi, con diversità di toni, di riaffermare il predominio assiologico (proprio e) della Costituzione sulla CEDU – i principii contenuti all'interno di quest'ultima, «così come interpretat[i] dalle decisioni della stessa Corte»[124], divengono parte integrante dell'ordinamento, contribuendo a plasmarlo. Immediata – e subito evidente – conseguenza si registra, una volta di più, nella valorizzazione del ruolo del giudice. Nella misura in cui la CEDU – e la giurisprudenza su di essa costruita – *costituiscono* diritto interno, il giudice è tenuto ad orientare la legge ordinaria alla luce di tali, sovraordinati, parametri valorizzando lo strumento della interpretazione 'convenzionalmente' conforme[125] e, nei casi di inconciliabilità

---

[122] Secondo un approccio tipicamente ermeneutico, O. DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2012, 267: «Parole e proposizioni […] vanno saturate e disambiguate dall'interprete».

[123] Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, per le quali rinviamo, nell'ambito di un'ampia bibliografia, a E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, 138 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3565 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 201 ss.; A. RUGGERI, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2008, 1, 215 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte subordinata a fonte "subcostituzionale" del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008, 1, 133 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle sentenze gemelle*, in *Diritto e società*, 2009, 213 ss.

[124] Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, cit., par. 5.7.

[125] Nella manualistica, oltre ai contributi citati alla nt. 116, R.E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2022, 50 ss. e 113 ss.

assoluta, dell'incidente di costituzionalità mediante il parametro interposto dell'art. 117 Cost.[126].

Ma soprattutto, la centralità del momento interpretativo si apprezza nel *modus procedendi* della Corte EDU, la quale – a partire da una carta di diritti umani che, per evidenti ragioni di compromesso[127], ne delinea esclusivamente i tratti fondamentali[128] – ha tessuto una fitta rete di garanzie, movendo dalla giurisprudenza dei casi ad essa sottoposti, con un costante richiamo ai

---

[126] Nella medesima direzione muove, almeno potenzialmente (lo Stato italiano non ha ancora provveduto alla ratifica), l'istituto del Protocollo 16, nella misura in cui lo stesso consente alle "più alte giurisdizioni" di una Parte contraente di "presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi [non vincolanti!, n.d.s.] su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli". Come noto, la ratifica del Protocollo 16 da parte dell'Italia è sfumata nell'estate del 2020 e, allo stato, non 'pendono' disegni di legge volti a promuoverne l'entrata in vigore. Si rammenti che la ratifica del Prot. 16 era inizialmente accorpata a quella del Prot. 15 in un unico d.d.l. (C. 1124); sennonché, la difficoltà di sciogliere alcuni nodi interpretativi in merito al primo, unitamente alla necessità di velocizzare la procedura con riguardo al Prot. 15, la cui ratifica era obbligatoria, determinavano lo stralcio dell'art. 3 (relativo, appunto, al Prot. 16) con momentaneo (ancorché perdurante) accantonamento della tematica. Numerosi gli studi che, in dottrina, hanno preso in esame i connotati e i potenziali effetti derivanti dall'eventuale adesione dello Stato italiano al Prot. 16, nonché le problematiche successive allo stralcio del medesimo. Tra questi, si segnalano R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16 – e perché?*, in *www.sistemapenale.it*, 27 dicembre 2019; E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Rivista AIC 2021*, 2, 50 ss.; M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 6 febbraio 2019, 5; M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU, Appunti per l'audizione innanzi la 2^ Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in *www.sistemapenale.it*, 27 novembre 2019; M.S. MORI, *Il bivio dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: alcune riflessioni*, in *www.dirittticomparati.it*, 4 ottobre 2021; O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU* ex *Protocollo 16?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2 aprile 2014; A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2021, 1, 213 ss.; F. VITARELLI, *Il nuovo meccanismo del Protocollo 16: un "rinvio pregiudiziale convenzionale" per rafforzare il dialogo con la Corte EDU?*, in *www.sistemapenale.it*, 18 novembre 2019. Più di recente e con specifico riguardo alle criticità derivanti dalla sinora mancata ratifica del Protocollo 16 da parte dell'Italia, v. altresì E. CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Torino, 2022; C. GRIECO, *Il Protocollo n. 16 Allegato alla CEDU e la funzione consultiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo anche alla luce della futura e ancora incerta ratifica italiana*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2022, 14, 1; E. LAMARQUE, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, in *www.giustiziainsieme.it*, 18 novembre 2020.

[127] Si allude, evidentemente, alla tradizionale differenziazione tra sistemi di *civil law* e *common law*. La bipartizione – unanimemente accettata e, entro certi limiti, ancora oggi valida – sconta tuttavia una certa superficialità, nella misura in cui si è condivisibilmente rilevato come «per quanto gli ordinamenti anglosassoni mantengano un atteggiamento tuttora equivoco sul punto della legittimazione della fonte, si riconosce che l'evoluzione verso la *statutory law* in materia penale costituisca ormai un *trend* stabilizzato che riduce sensibilmente le differenze. Insomma, sembra di poter affermare che, anche a voler vedere nel "social consensus" uno dei principi generali che sorreggono la fonte legittimata ad esser tale in materia penale, anche nel contesto anglosassone si esclude che istituzione sociale legittimata a produrre consenso ("*to forge consensus*") possa essere il giudice»: A. DI MARTINO, op. cit., 116.

[128] Con particolare riferimento al principio 'convenzionale' di legalità, A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 37 ss.: «l'assoluto silenzio dell'art. 7.1 CEDU in merito ai corollari "storici" della legalità penale (quelli cioè deputati a selezionare gli organi legittimati a produrre norme penali) è stato, per così dire, amplificato dal parallelo, inevitabile silenzio sul punto della Corte EDU. In definitiva, nessun vincolo (sia a carico degli Stati del Consiglio d'Europa sia a carico dell'Unione europea) in merito agli organi deputati a varare le norme penali può discendere dall'art. 7.1 CEDU così come interpretato dagli organi di Strasburgo».

propri precedenti. Non è in discussione la natura creativa dell'attività della Corte. Al contrario, l'interpretazione *deve* necessariamente essere creatrice: a differenza degli ordinamenti degli Stati membri e della stessa Unione europea, quello del Consiglio d'Europa non ha delegato a un organo istituzionale la formazione di atti normativi, strutturandosi a modello di una organizzazione internazionale (con la conseguenza, ulteriore, che l'interpretazione della Corte può essere dichiaratamente nomopoietica, non venendo in gioco il principio di separazione dei poteri). Altrimenti detto: il sistema CEDU si sorregge e si sviluppa sugli stessi casi che la Corte è chiamata a decidere.

La densa casistica al vaglio della Corte ha, dunque, permesso ai giudici di Strasburgo di dettagliare gradualmente il perimetro delle garanzie previste dalla CEDU, all'uopo elaborando – anche con riguardo alla materia penale – delle nozioni autonome, suscettibili di costituire un parametro interpretativo trasversale, applicabile agli ordinamenti di ciascuna Parte contraente. Queste ultime – con un andamento prossimo a quello descritto con l'immagine della spirale ermeneutica[129] – vanno progressivamente arricchendosi di significato ogniqualvolta la Corte affronti nuove ipotesi di ricorso le quali, al contempo, trovano la base della risoluzione nei riferimenti alla giurisprudenza precedente. È da siffatto procedimento – il quale, v'è da dire, risulta talora rapsodico[130], casuale e, perché no, imprevedibile – che, nel corso del tempo, è stata perfezionata (ma, come detto, si tratta di un processo perennemente *in fieri*) altresì una peculiare accezione di legalità, a partire dall'ampio perimetro dell'art. 7, par. 1 CEDU, incentrata sui corollari di accessibilità e prevedibilità.

3.4. La legalità-prevedibilità come legalità "effettuale"

La peculiare formulazione dello statuto della legalità a livello convenzionale denota, a ben vedere, la eterogeneità teleologica della medesima rispetto alla concezione di legalità che tradizionalmente permea l'ordinamento interno. Non potrebbe essere altrimenti: a una legalità che fonda il proprio baricentro sul valore del procedimento legislativo, ergendo a primo corollario la riserva di legge, se ne contrappone un'altra affidata, all'opposto, all'opera 'tessitrice' della giurisprudenza. La preferenza per il *droit* sulla *loi* – confermata dal testo

[129] Si tratta della nota metafora di W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (trad. it. a cura di G. Carlizzi), Napoli, 2007.

[130] Tendenza ben descritta dalla metafora, forse abusata in dottrina, della logica *floue* o *fuzzy* del diritto penale, notoriamente coniata da M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986 [nella versione italiana F. PALAZZO (a cura di)-A. BERNARDI (tradotto da), *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992].

dell'art. 7, par. 1 CEDU, che si limita a statuire il corollario della irretroattività in materia penale – può senz'altro ricondursi alla necessità per il sistema del Consiglio d'Europa di ricomprendere sotto il cappello della CEDU tradizioni giuridiche distanti, a partire dalla risalente – benché forse semplicistica[131] – partizione tra sistemi di *civil* e *common law*.

Tuttavia, detta declinazione plurale di legalità sottende, più a fondo, una differenza di prospettive, oltre che di presupposti. La prevedibilità della decisione rappresenta un valore – per così dire – tutto protratto in avanti, che mira a verificare (con prognosi postuma *ex ante*!) a posteriori se il ricorrente potesse ragionevolmente prevedere il contenuto di una pronuncia. Una valutazione che tiene conto dell'attività della giurisprudenza – sul piano generale e oggettivo – e delle condizioni del singolo – sul piano soggettivo. Come tale, la legalità convenzionale appare intrinsecamente dinamica e, ciò che più rileva, individualizzata rispetto al caso di cui la Corte risulta di volta in volta investita. Una tale connotazione, come evidente, diverge profondamente da quella propria della legalità legicentrica, imperniata su di una valutazione statica e generale della legge movendo dalla garanzia – spesso disattesa – del dibattito parlamentare.

Tali considerazioni non vanno mal interpretate come un'aprioristica preferenza verso la legalità-prevedibilità rispetto al paradigma 'nostrano': ci si limita a porre in luce la distanza concettuale che separa i due modelli teorici. Del resto, trattasi di legalità calate in contesti affatto differenti: il circuito della Convenzione viene attivato, come *extrema ratio*, a seguito del ricorso di un individuo il quale pretende una trattazione della propria posizione che consideri le peculiarità del caso concreto. Quanto osservato non viene inficiato neppure là dove si obiettasse che, negli ultimi anni, la Corte EDU si sarebbe sempre più autoproclamata Corte *costituzionale* dei diritti umani, attraverso l'emanazione di corpose decisioni che, trascendendo il caso concreto, riscontrano carenze sistemiche nei confronti dello Stato convenuto[132]. Nonostante

---

[131] Cfr., A. DI MARTINO, op. cit., 116. Sulla necessità della scelta compromissoria di non ricomprendere il corollario della riserva di legge all'interno dell'art. 7 CEDU A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (diretto da), *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, 249 ss.; M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 86 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 58.

[132] La Corte di Strasburgo ha assunto crescente consapevolezza della idoneità delle proprie pronunce ad assicurare la miglior tutela dei diritti fondamentali. Sull'onda del carattere naturalmente evolutivo della propria giurisprudenza, i giudici alsaziani hanno conferito valenza 'universale' al tenore delle proprie decisioni, spesso predicandone l'efficacia *erga omnes* anche nei confronti di Stati non direttamente coinvolti nelle vicende oggetto delle medesime. Parallelamente, all'ampliamento della platea dei destinatari ha fatto da contrappunto una tendenza generalizzatrice dei contenuti stessi della decisione, poi teorizzata – financo espressamente positivizzata all'art. 61 Reg. proc. Corte EDU – nelle note sentenze pilota. Il consolidamento di tali aspetti strutturali delle decisioni avrebbe dunque permesso alla Corte EDU di assumere i tratti di una 'Corte costituzionale europea', provocando in non pochi Stati membri (e nelle relative Corti costituzionali) reazioni di insofferenza, sovente sfociate in aperta

l'indubbia portata generalizzante di simili pronunce – le quali, non a caso, sono state avvertite quali sottrazioni di sovranità alle (vere) Corti costituzionali – resta invariata la connotazione marcatamente teleologica[133] della legalità, siccome intesa dalla Corte EDU.

Più chiaramente, la differenza di fondo tra le due legalità sta nella natura delle medesime: la prevedibilità (legalità in versione CEDU) nasce e viene vagliata come *diritto umano*, prima che alla stregua di un principio, non perdendo mai il contatto visivo con la posizione del ricorrente. Fine della legalità convenzionale è il singolo; fine della legalità interna è *anche* il singolo, la cui copertura garantistica deriva quale (positivo) effetto collaterale della realizzazione di istanze di ordine generale, quali la stabilità del potere politico, la separazione dei poteri, l'equilibrio del dibattito parlamentare. Insomma, una legalità convenzionale, come autorevolmente proposto, "effettuale", strutturalmente diversa dalla riserva di legge che, «quale norma sulla fonte, ha la funzione di definire il soggetto che per l'ordinamento interno è deputato istituzionalmente ad operare la selezione primaria fra lecito ed illecito; ad effettuare, dunque, scelte di criminalizzazione e definizione dei criteri di imputazione penale». La prevedibilità appare, pertanto, estranea alla prospettiva 'genetica' delle norme astratte, in quanto ciò che conta «è che l'atto normativo produca un effetto sul diritto previsto dalla Convenzione: la legalità convenzionale è parametro di controllo sugli effetti prodotti dalla scelta nazionale sui diritti tutelati dalla stessa Convenzione»[134].

La prospettiva qui delineata – del tutto convincente, seppur condivisa da non molte posizioni dottrinali[135] – ha tuttavia condotto, come si vedrà, a conclusioni profondamente contrastanti. A quanti, con toni entusiasti, leggono nella legalità-prevedibilità un salvifico antidoto di sistema, idoneo a liberare l'ordinamento interno dei falsi miti che da tempo si rivelano in tutta la loro irrealizzabilità, si contrappongono posizioni scettiche che, valorizzando l'eterogeneità

---

resistenza giurisdizionale. Sul punto, v. *amplius* A. BERNARDI, *La sovranità penale*, cit., *passim*; A. OSTI, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 2017, 4, 858 ss.; volendo, J. DELLA VALENTINA, *Sovranità penale*, cit., 8 ss.

[133] M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale*, cit., 60.

[134] A. DI MARTINO, op. cit., 117. In termini simili, v. anche V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale:* bio-technological strengthening *o manipolazione autodistruttiva?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 20 giugno 2016, 16 s., il quale riprende, fra l'altro, l'utile metafora di P. ROLLAND, *Sub art. 7*, in L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, 293 ss., per cui la legalità penale non sarebbe altro che una "obbligazione generale di prevedibilità".

[135] Oltre alle voci citate alla nota precedente, v. altresì G. AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in *www.criminaljusticenetwork.eu*, 16 novembre 2018, spec. par. 4; F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni*, cit., 7; M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale*, cit., 59 ss., il quale estende in generale all'opera delle tre Corti (costituzionale, di Strasburgo e di Giustizia) un comune concetto di legalità «non più descrittiva e veritativa, ma teleologica e progettuale», orientata all'effettività, dovendo – più a monte – la stessa idea di diritto essere (ri)concepita, secondo il pensiero aristotelico, come un sapere pratico orientato alla giustizia, una forma di *eupraxía*.

strutturale delle due legalità, negano la 'trapiantabilità' di quella convenzionale all'interno del sistema nazionale.

Precisiamo sin d'ora che la nostra prospettiva intravede nella prevedibilità un potenziale coefficiente di maggiore governabilità – o, perlomeno, di più elevata garanzia per il singolo – del diritto giurisprudenziale. Cionondimeno, se «non pare dubbio che il principio di prevedibilità abbia assunto una posizione tendenzialmente soverchiante rispetto a quello della riserva di legge»[136], l'introduzione di nuovi paradigmi va pur sempre adattata al contesto di destinazione, permanendo altrimenti il rischio di una sostanziale ineffettività[137].

4. Un ordinamento a dimensione giurisprudenziale: perché oggi è necessario prendere in esame (anche) la prevedibilità

Quand'anche non si voglia riconoscere un'autentica redistribuzione della sovranità in materia penale, non può tuttavia negarsi che nel quadro ripercorso nei paragrafi precedenti lo *ius dicere* occupi una posizione di assoluta centralità. L'accentramento della figura del giudice va ricondotta a una congerie di fattori eterogenei il cui operare – talora anche casualmente – congiunto ha determinato un autentico mutamento khuniano degli orizzonti del penalista. Altrimenti detto: l'eclissarsi del paradigma legicentrico appare intimamente correlato alla contestuale ascesa del diritto giurisprudenziale, quasi in un rapporto di causa-effetto[138].

Volendo riepilogare: in primo luogo, il prodotto normativo appare più scadente, in ragione della fuga dal dibattito parlamentare nonché, più in generale, di una sostanziale incapacità del legislatore a intercettare nel tessuto sociale le istanze da tradurre nel prodotto normativo.

In secondo luogo, il ruolo dell'interpretazione viene incoraggiato dall'incidenza delle Carte dei diritti e dalla conseguente riconfigurazione del paradigma strutturale delle fonti. A partire, com'è evidente, dalla Costituzione e dal lavorio della Corte costituzionale che, affidando al giudice l'onere dell'interpretazione costituzionalmente conforme[139], gli consegna il gomitolo

---

[136] F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità*, cit., 942.

[137] F. PALAZZO, op. ult. cit., 943.

[138] G. PINO, *L'insostenibile leggerezza*, cit., 168.

[139] Un tale attivismo è senz'altro incoraggiato dall'affermarsi del paradigma dell'interpretazione conforme a Costituzione e al diritto europeo (latamente inteso) che, anzi, realizza «una sorta di rivoluzione copernicana sul piano della metodologia interpretativa […]; l'interpretazione conforme scardina la stessa impostazione metodologica sottesa all'art. 12 disp. prel. e ancora in larga parte dominante. Invero, interpretare in conformità ad altra norma prevalente, per di più essendo obbligati a muoversi in tale direzione, significa che il procedimento interpretativo non è più incanalato, guidato, disciplinato e limitato da regole modali interpretative […]. Significa, invece, che il procedimento interpretativo deve essere orientato al raggiungimento di un risultato interpretativo, che diviene la bussola dell'attività ermeneutica a prescindere dalle regole, dagli strumenti, dagli "argomenti" tradizionalmente facenti parte dell'armamentario tecnico dell'interprete»: F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica*

di Arianna nel labirinto delle fonti, dove le regole lasciano spazio sempre maggiore ai principii[140]. È evidente infatti che se la declaratoria di incostituzionalità rappresenta la *extrema ratio*, prima il giudice deve tentare di percorrere tutte le strade idonee ad adattare il precetto al dettato costituzionale. Nel postulare il rinvenimento di una lettura conforme a Costituzione, tale tecnica interpretativa sposta il fuoco dal *testo* della legge alla *lettura* del testo medesimo da parte dell'interprete.

Ma lo scenario non cambia avuto riguardo alla incidenza del diritto sovranazionale, tanto dal versante eurounitario, quanto da quello convenzionale. La centralità del momento interpretativo si coglie infatti negli istituti della interpretazione conforme – sia alla CEDU, sia al diritto Ue – e della disapplicazione. A ben vedere, entrambe le figure presuppongono in capo al giudice un'attività tutt'altro che dichiarativa, nella misura in cui questi – al fine di risolvere un ipotetico conflitto tra diritto nazionale e sovranazionale – è tenuto ad attribuire al dettato normativo un significato ermeneuticamente accettabile. A ciò si aggiunga, peraltro, la pretesa che il giudice sappia gestire il dialogo fra le tre Corti, veicolando – per il tramite della propria attività – l'interpretazione della legge e dei rapporti tra le leggi che scaturisce dall'attività delle stesse. Si tratta di un'opera di ricucitura sistemica forse ancor più incisiva rispetto agli strumenti che si trovano nella diretta disponibilità del giudice, sopra citati, e che culmina (nei confronti, rispettivamente, di Corte costituzionale, Corte di Giustizia Ue e Corte EDU) nell'incidente di costituzionalità[141], nel rinvio pregiudiziale di interpretazione[142], nell'auspicabile attivazione del

---

e armonizzazione europea, in *Ars interpretandi*, 2016, 2, 87 s. Sulla interpretazione conforme a Costituzione v., in particolare, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Annali IX*, Milano, 2016, 391 ss.; con specifico riguardo alla materia penale, per tutti, V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES-V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 49 ss.

[140] Sull'attuale tendenza del sistema a riposare su principii, più che su regole, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992, *passim*, ripreso in chiave critica, con riferimento al principio di legalità, da M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello Stato - epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 2, 25 ss.

[141] Con riguardo all'attività svolta dalla Corte costituzionale, ulteriore conferma della funzione propulsiva che la stessa persegue attraverso la propria giurisprudenza si rinviene, da ultimo, nel nuovo modello di ordinanza di incostituzionalità differita, inaugurata a partire dalla questione di legittimità relativamente all'art. 582 c.p. Come evidente, tale tecnica decisoria permette alla Corte di instaurare un canale di diretta comunicazione con il legislatore, esortandolo ad intervenire al fine di rendere conforme a Costituzione la disciplina interessata, pena la declaratoria d'illegittimità: insomma, l'ennesima conferma della centralità dell'interpretazione che, là dove la norma non trova spazi di lettura costituzionalmente accettabili, impone il cambiamento della disposizione. Sul tema, v., senza pretesa di esaustività, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *www.questionegiustizia.it*, 19 novembre 2018; R. D'ANDREA, *La pena della vita*, in *Arch. pen.*, 2021, 2; A. RUGGERI, *Venuta alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta on line*, 20 novembre 2018; F. VIGANÒ, *The Italian Constitutional Court on assisted suicide*, in *www.criminaljusticenetwork.eu*, 27 novembre 2018.

[142] Sul quale, di recente, si vedano i contributi raccolti in J. ALBERTI-G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale come strumento di sviluppo degli ordinamenti*, Napoli, 2023; nella dottrina penalistica v., da ultimo, A. BERNARDI, *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale e i problemi posti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, cit.

Protocollo 16[143]. Insomma, l'interprete assume le vesti di un *medium*[144], al crocevia di istituti e, a un livello più elevato, di ordinamenti, chiamato a distillare il dialogo tra le Corti e tra Corti e giudice nazionale, a partire dal prodotto normativo che, sebbene imprescindibile, costituisce e resterà soltanto la tela bianca da riempire con una fitta trama di interpretazioni.

In terzo luogo, il tema della giurisprudenza-fonte[145] trova solide premesse concettuali nelle teorie ermeneutiche che, a partire dall'insegnamento di Hans Georg Gadamer[146], hanno da tempo demistificato il dogma della teoria dichiarativa dell'interpretazione. Invero, che il fenomeno interpretativo costituisca sinonimo di creazione e non di disvelamento da lungo tempo traspare, ma soltanto a partire dagli anni Ottanta[147] la dogmatica inizia ad accettarlo come attività ineliminabile e, perché no, necessaria allo sviluppo di un ordinamento. Si prende atto della funzione inevitabilmente 'creativa' del giudicante, «non per voluta infedeltà al suo ruolo, non perché animato da una perversa intenzione di manipolare o eludere la legge scritta: ma perché […] la visione (cara soprattutto al penalista tradizionale) dell'interprete fedele e passivo servitore del legislatore-padrone assoluto del diritto non è altro che pura ideologia»[148]. L'interpretazione diviene dinamico momento di interazione tra fatto concreto e disposizione, in una spirale ermeneutica nella quale i due elementi si alimentano e arricchiscono reciprocamente. Ciò postula il carattere sempre analogico dell'interpretazione, condotta per il tramite di continue associazioni tra casi più o meno simili, con la conseguenza che la differenza tra interpretazione estensiva e analogia in materia penale si attenua, sino a sbiadire. Altrimenti detto, le microanalogie[149] dell'interpretazione – indispensabili affinché il diritto positivo, di per sé, statico, tenga il passo dell'evoluzione sociale (non potendosi ragionevolmente pretendere

---

[143] Cfr. *supra*, nt. 126.

[144] V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., *passim*.

[145] Su genesi ed evoluzione storiche del fenomeno della supplenza giurisprudenziale, nonché sulle relative implicazioni politiche, G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, 16 ss.

[146] H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960.

[147] Cfr. M. VOGLIOTTI, *Indipendenza del giudice e rispetto del precedente*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 19 ottobre 2020, 37 ss., il quale, nel sottolineare il graduale passaggio di interesse dal tema della indipendenza del giudice a quello delle garanzie del singolo, in particolare con riguardo alla prevedibilità delle decisioni giudiziali, cita un fondamentale testo di Vladimiro Zagrebelsky che, con grande sensibilità, già nel 1988 sottolineava come le oscillazioni giurisprudenziali, pur espressione di una sana indipendenza del giudice, trovassero un inaccettabile nella disuguaglianza dell'applicazione del diritto tra i cittadini, prendendo già all'epoca cognizione della pericolosità della retroattività occulta del diritto penale giurisprudenziale (V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1988, 1576 ss.; successivamente, cfr. anche F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Lettera del 13 giugno 1994*, in A. ESPOSITO-G. ROMEO (a cura di), *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Padova, 1995, 44 ss. In termini simili, v. anche M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., 92 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge*, cit., 92 ss.;

[148] G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge*, cit., 93.

[149] M. DONINI, *Fattispecie o* case law*? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 2018, 4, 93 ss.

un intervento del legislatore "ad ogni stormir di fronde"[150] né, tantomeno, una legge in grado di prevedere tutta la casistica che la realtà dei fatti può proporre) – possono tollerarsi a patto che appaiano sufficientemente bilanciate con le istanze di legalità da assicurare al singolo, che sul piano individuale non può essere punito per una "situazione di vita"[151] non 'estraibile' dalle maglie della disposizione; sul piano generale e prognostico deve poter conoscere il confine tra lecito e illecito. In questo scenario, l'analogia (intesa, come visto, in termini 'ermeneutici') ammissibile è soltanto quella che riconduce un caso concreto al 'tipo' ermeneutico individuato dalla fattispecie, per converso non potendosi accettare – poiché imprevedibile – il ragionamento che «spezz[i] il "tipo", lo scio[lga] in un *continuum* che è l'esatto contrario della conformazione "tipologica" dell'illecito penale: questa è in effetti la vera analogia, cioè non quella che resta all'interno del "tipo" espresso dal testo legislativo riportando alla fattispecie i fatti "analoghi" perché riconducibili allo stesso contenuto specifico di disvalore, bensì quella che estende la disciplina legislativa ad un "tipo" caratterizzato da similitudini naturalistiche ma valutativamente eterogeneo»[152].

5. Prospetto del lavoro

Simili presupposti non possono che contribuire a sancire la preminenza della norma sulla disposizione e attribuire al giudice il ruolo di vero fulcro del sistema. Come conseguenza, una indagine attuale sulla legalità non può che soffermarsi sulla governabilità del momento interpretativo. La possibilità di calcolare le conseguenze delle proprie azioni dipende strettamente dalla versione che la giurisprudenza intende offrire di un testo di legge. Beninteso, ciò non significa abbandonare la disposizione, per incentrarsi esclusivamente sulla norma: anzi, come si cercherà di evidenziare nelle pagine che seguono, le istanze di tutela del consociato vengono tradite, prima che da un'interpretazione imprevedibile, da una disposizione scritta male. Se il precetto è "irrimediabilmente oscuro"[153] – nel senso che appare indeterminato o non intellegibile – l'interpretazione dello stesso passa in secondo piano: là dove la mancanza di riconoscibilità del confine tra lecito e illecito sia attribuibile originariamente al legislatore – con

[150] G. CARUSO, voce *Prevedibilità e legalità (nel diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IX, 2021, Torino, 541.
[151] Così M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del fatto tipico*, cit., 1114.
[152] F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, 271.
[153] Corte cost., 5 giugno 2023, n. 110, in cui riecheggia la "assoluta oscurità del testo legislativo" di cui alla sentenza n. 364/1988.

tutte le conseguenze che derivano, com'è ovvio, in termini di imprevedibilità *a fortiori* delle successive interpretazioni – allora è la disposizione, non la norma, che va a monte censurata[154]. Lo statuto garantistico del singolo – sul piano della legalità – va pertanto ricostruito secondo un'analisi bifasica – che verrà meglio esplicitata nelle pagine che seguono – per cui al primo, imprescindibile, vaglio qualitativo della disposizione, alla luce dei corollari più 'classici' del *nullum crimen*, segue un secondo vaglio circa la possibilità di prevedere il contenuto delle decisioni giudiziali, costituito, come vedremo, da componenti oggettive e soggettive. Insomma, riuscire ad assicurare il rispetto di tali corollari (in ultima sede, del principio di prevedibilità) permetterebbe concretamente di realizzare il proposito – ariosamente auspicato dalla sentenza n. 364/1988, quantomeno di facciata – di un dinamico giunto tra legalità e colpevolezza, effettivamente contribuendo a orientare le libere scelte d'azione dei consociati.

Prima di cercare di comprendere come la imprevedibilità – e i problemi di prevedibilità – si manifesti all'interno del sistema nazionale e, conseguentemente, quali argini possano essere eretti a presidio del singolo, dovrà prendersi in esame che cosa, esattamente, debba intendersi per 'prevedibilità', tematica rispetto alla quale sembra registrarsi, in seno alla dottrina, ancora un certo disagio concettuale. Si procederà, dunque, con una indagine sulla reale estensione del principio di prevedibilità, avendo cura di distinguerlo da altri corollari che, troppo spesso, tendono ad essere a questo sovrapposti. A riguardo, si vedrà come il binomio garantistico legalità-colpevolezza – che sintetizza il difficile passaggio tra dimensione oggettiva e dimensione individualizzata del *nullum crimen* – debba essere ricostruito valorizzando alcuni corollari fondamentali che, in epoche diverse, hanno trovato i favori di dottrina e giurisprudenza. Più specificamente, si tenterà di considerare gli stessi come anelli di una catena, che si snodano nella sequenza determinatezza-intellegibilità-riconoscibilità-prevedibilità, per cui la sussistenza dell'antecedente non per forza assicura il rispetto del conseguente. In particolare, la 'ragionevole prevedibilità', oltre a venire necessariamente meno là dove difettino i corollari logicamente anteposti, può essere intesa alla stregua di una *extrema ratio*, attivabile per i casi più striscianti in cui gli altri corollari non riescono a offrire autonoma copertura garantistica nei confronti del singolo. In altre parole, laddove sussista, originariamente, un difetto di determinatezza, intelligibilità o riconoscibilità, che pur potrebbe essere autonomamente censurato secondo i rispettivi strumenti di tutela, *a fortiori* sussisterà un problema di imprevedibilità; cionondimeno, tali difetti non esauriscono l'elenco delle ipotesi

[154] Sulla indispensabilità del mantenimento (anche) di uno statuto 'classico' della legalità penale, G. CIVELLO, *La legalità come inconveniente: la "dimenticanza della legge" e le sue conseguenze nella teoria del reato*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 1 ss.

di insufficiente prevedibilità della decisione giudiziale che, per converso, può ben scaturire anche là dove i precedenti corollari appaiano rispettati. Nel corso di tale *actio finum regundorum*, si procederà con una ricognizione dell'atteggiamento mostrato dalla giurisprudenza interna rispetto a vicende in cui, concretamente, si sono manifestati problemi di prevedibilità, avendo cura di distinguere diverse tipologie 'genetiche' di imprevedibilità. (Cap. II).

Gli scenari che verranno delineati permetteranno di fare luce su una certa indifferenza mostrata dalla giurisprudenza di legittimità nei confronti del principio di prevedibilità; più precisamente, anche a fronte di decisioni che ne declamano la portata garantistica, si vedrà come, nel concreto, lo stesso trovi una scarsissima applicazione pratica. La ricerca, quindi, proseguirà con una riflessione circa i possibili rimedi per una più efficace spendita del principio di prevedibilità all'interno delle aule di giustizia, valutando se la elevatissima carica in termini garantistici che un tale principio in potenza pare esplicare[155] possa tradursi anche sul piano pratico-applicativo, a differenza di quanto avviene nella fase attuale. Verranno presi in esame diversi correttivi apprestati nei sistemi di *common law*, al fine di saggiarne le prospettive di adattamento all'ordinamento interno. Al contempo, non mancheranno i riferimenti ad altre esperienze continentali che hanno positivizzato (come nello *Strafgesetzbuch*) o che si stanno attrezzando a positivizzare (è il caso del *Code pénal* belga) dei possibili rimedi alle oscillazioni interpretative *in malam partem* (Cap. III).

Si procederà, in chiusura, ad avanzare una proposta di metodo per una fruttuosa gestione dei correttivi che l'ordinamento intenderà introdurre, per via legislativa o interpretativa. Verrà, più specificamente, analizzato l'istituto della disapplicazione, a partire dai contesti di elezione del diritto dell'Unione europea e del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo, al fine di verificare se, con i dovuti accorgimenti, lo stesso possa applicarsi all'attività interpretativa. L'ipotesi di lavoro è che il giudice, nella scelta tra più orientamenti interpretativi, ne applichi uno disapplicando l'altro che, nondimeno, rimane perfettamente vigente e, pertanto, validamente invocabile dal consociato. La disapplicazione dell'orientamento interpretativo non fa che imporre all'osservatore la visione del fenomeno dell'applicazione del diritto dalla prospettiva opposta: proprio tale inversione di orizzonte potrebbe rivelarsi proficua nel consolidare, in seno alla giurisprudenza, una maggior attenzione verso la tutela dell'affidamento del singolo, cristallizzata nella voce della prevedibilità (Cap. IV). Altrimenti,

[155] F. PALAZZO, *Considerazioni minime*, cit., 945: «La prevedibilità è un principio tanto *forte* nella sua idealità finalistica quanto è uno strumento *debole* e difficile da maneggiare quale criterio di valutazione di una norma specifica».

è verosimile che la stessa – per quanto annunciata come nuovo volto della legalità penale – finisca per ridursi «ad un vero e proprio artificio dialettico, una sorta di illusorio "paravento" di modernità»[156].

[156] Seppur con riferimento al destino dell'errore di diritto a seguito della sentenza costituzionale n. 364/1988, riprendiamo A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 288.

CAPITOLO SECONDO

LE FORME DELLA LEGALITÀ PENALE: PER UN 'RIORDINO CONCETTUALE' DI DETERMINATEZZA, RICONOSCIBILITÀ E PREVEDIBILITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa: "ogni cosa a suo posto" - 2. La critica al giuspositivismo nel pensiero dell'ermeneutica giuridica tedesca. - 2.1. Precomprensione ermeneutica del fatto tipico. - 2.1.1. …nella formulazione della disposizione (per il legislatore). - 2.1.2. …nell'interazione tra fatto e fattispecie (per il giudice). - 2.2. Dispiegamento della fattispecie sul fatto e del fatto sulla fattispecie. - 2.2.1. Il sillogismo ermeneutico. - 2.2.2. La spirale ermeneutica. - 3. Ermeneutica giuridica e legalità penale. - 4. La negletta, ma irrinunciabile, determinatezza. - 4.1. Determinatezza come precisione e intellegibilità (con uno sguardo al diritto penale dell'economia). - 4.2. Determinatezza come verificabilità. - 4.3. La sopravvenuta eterogeneità concettuale del principio negli itinerari della giurisprudenza costituzionale. - 4.3.1. Ragionevolezza e tipicità come parametri di determinatezza (continua). - 4.3.2. (segue) interpretazione tassativizzante e sufficiente 'determinabilità'. - 4.4. Recenti recuperi di una versione 'forte' della determinatezza e legami con il principio di prevedibilità. - 5. Polimorfismo dell'interpretazione, giurisprudenza 'sanante' e giurisprudenza 'proattiva', istanza di riconoscibilità del precetto. - 5.1. I referenti costituzionali della riconoscibilità nel prisma della sentenza n. 364 del 1988 (continua). - 5.2. (segue) la riconoscibilità "sociale" del precetto. - 5.3. Doveri strumentali di conoscenza e parametri d'inevitabilità dell'*error iuris*. - 5.4. "Caotico atteggiamento degli organi giudiziari" come causa di irriconoscibilità del precetto (e di imprevedibilità della decisione). - 6. La legalità convenzionale, tra prevedibilità delle decisioni giudiziali e *matière pénale*. - 6.1. Il primo pilastro: l'elaborazione della *matière pénale* nella giurisprudenza di Strasburgo. - 6.1.1. "*Behind the appearences*": il connubio tra prevedibilità e *matière pénale* nel segno di *Welch c. Regno Unito*. - 6.1.2. Un esempio (sicuramente) eversivo: *Galan e Miniscalco c. Italia* (continua). - 6.1.2.1. (segue) confutazione delle argomentazioni circa la estraneità alla *matière pénale* (continua). - 6.1.2.2. (segue) confutazione delle argomentazioni circa la prevedibilità delle misure. - 6.1.3. Un esempio (forse) eversivo: le misure di prevenzione dopo la sentenza *De Tommaso*, attendendo *Cavallotti c. Italia*. - 6.1.4. La declinazione della materia penale in chiave costituzionale. - 6.2. Il secondo pilastro: la prevedibilità delle decisioni giudiziali. - 6.2.1. L'andamento rapsodico della Corte EDU: 'imprevedibilità della prevedibilità'. - 6.2.2. L'impiego del (solo) criterio oggettivo: diritto positivo retroattivo, mutamenti e contrasti giurisprudenziali. - 6.2.3. L'esperienza dell'agente e il *legal advice* come fattori di esclusione della imprevedibilità (nei *mala quia vetita*). - 6.2.4. L'essenza del reato e le retrostanti esigenze di giustizia sostanziale come fattori di esclusione della imprevedibilità (nei *mala in se*). - 6.2.5. Anatomia della prevedibilità: un principio forte, ma volubile, e dai troppi detrattori. - 7. La prevedibilità, questa sconosciuta (nella giurisprudenza italiana).

1. Premessa: "ogni cosa a suo posto"

La contrapposizione tra modelli teorici di legalità – rumoreggiante sottotraccia sin dall'anticipazione storica della sentenza n. 364/1988[1] e deflagrata con l'ingresso delle fonti sovranazionali nel sistema interno nella prima decade di questo secolo – riflette la corrispondente divaricazione dello statuto del *nullum crimen* – per quanto attiene alle garanzie più strettamente afferenti alla persona dell'individuo – tra paradigma nazionale e paradigma 'europeo'. Oggi, corollari nati per gemmazione da contesti e presupposti alquanto eterogenei vengono acriticamente ricondotti sotto il confortante cappello della legalità penale, sovente derivandone una certa 'promiscuità' d'uso[2], là dove, per converso, ciascuno di essi conserva un autonomo nucleo teorico. La sensazione è di un certo disagio concettuale di fronte a categorie che, di frequente, vengono richiamate congiuntamente, nell'illusione che ciò possa assicurare una miglior tutela nel caso concreto, quando il solo effetto di un caotico rinvio a una conglobante 'legalità' è l'indebolimento dell'afflato garantistico delle medesime. Come tanti cerchi nell'acqua: increspature concentriche, e per qualche istante ben visibili, ma che presto si dissolvono nello specchio che ritorna uniforme. Quante volte nell'esame della giurisprudenza capita di imbattersi in formule che legittimano l'interpretazione fornita nel caso di specie in quanto rispettosa – indistintamente – dei "principii di legalità e prevedibilità", "di determinatezza e intellegibilità"?

Binomi e accoppiamenti spesso composti affrettatamente, che rimandano a corollari i quali, magari, nemmeno attengono al caso concreto. Peraltro, va annotato come detta sovrapposizione concettuale non soltanto si esplichi tra categorie interne e sovranazionali – la cui eterogeneità strutturale si è cercato di evidenziare nel corso del precedente Capitolo[3] – ma altresì tra corollari che condividono il medesimo orizzonte teorico.

Invece, ogni categoria merita il proprio posto[4].

Al fine di individuare compiutamente l'*ubi consistam* della prevedibilità, vanno allora necessariamente affrontati i corollari che l'affiancano sul piano dogmatico nonché, di frequente, nella parte motiva e negli *obiter* delle decisioni più propense ad esplorare un sottobosco concettuale che è

---

[1] Nonostante la modernità di numerosi passaggi della storica decisione della Corte costituzionale, è stato scritto come già la stessa concretizzasse un "caso clamoroso di ritardo storico", rilevandosi come sin dagli inizi del Novecento Giovanni Battista Impallomeni avesse suggerito l'introduzione nelle pieghe della disposizione del Codice penale Zanardelli corrispondente all'odierno art. 5 c.p. di una clausola omologa a quella dettata dalla Consulta nel 1988, al precipuo scopo di scusare le ipotesi di ignoranza inevitabile in cui l'imputato dovesse incorrere: sul punto, v. M. DONINI, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull'*ignorantia legis, in L. FOFFANI-M.C. FREGNI-R. LAMBERTINI (a cura di), Liber amicorum *per Massimo Bione*, Milano, 2011, 190.

[2] Mutuiamo l'espressione utilizzata per riflessioni parallele, sia pur con riferimento ai principii di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale, da M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS-E. GROSSO-J. LUTHER, *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, 463 ss.

[3] Cfr. *supra*, Cap. I, par. 3.

[4] M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 149 ss.

ancora troppo spesso – e vedremo come in ciò risieda il limite principale della 'spendibilità' pratica del principio in esame[5] – appannaggio esclusivo del formante dottrinale[6].

La stesura del presente Capitolo è dettata dalla esigenza di un 'riordino concettuale' di principii che – a fronte di un pregevole e autorevole approfondimento dogmatico – non hanno trovato altrettanta 'risonanza' sul piano pratico, venendone l'aura garantistica spesso accantonata in favore di istanze di prevenzione generale[7].

Più specificamente, ci si soffermerà, nell'ordine, sui principii di determinatezza, intellegibilità, riconoscibilità e prevedibilità[8]. A ben vedere, lungo gli stessi si dipana il vero statuto garantistico della legalità, in quanto ciascuno di detti corollari si sofferma su un distinto momento che cade tra l'estremo iniziale della compilazione del testo normativo e l'estremo finale dell'applicazione del precetto. Sulla linea teorica che dalla disposizione muove sino alla norma, per il tramite del giunto dell'interpretazione[9], si innestano valutazioni nettamente distinguibili che si snodano come anelli di una catena, la mancanza dell'antecedente determinando necessariamente il venir meno dei successivi. Così, la *determinatezza* impone una valutazione circa l'operato del legislatore, avendo a oggetto la qualità della disposizione astratta[10]; al contempo, la disposizione deve conoscere un vaglio di *intellegibilità*, idoneo a rivelare se la stessa possa essere compresa nel suo nucleo essenziale di

---

[5] Tuttavia, il distacco tra approfondimento teorico-dottrinale e applicazione pratica non appare estraneo neppure agli altri corollari della legalità penale su cui ci proponiamo di ritornare. Basti rammentare che la determinatezza solo in un'occasione ha determinato l'annullamento di una disposizione incriminatrice (con Corte cost. n. 96 del 1981, in materia del delitto di plagio, di cui all'art. 603 c.p.). Analogamente, l'intelligibilità soltanto di rado emerge nelle pieghe delle decisioni di legittimità e costituzionali: peraltro, con riguardo a queste ultime, non certo come parametro in grado di determinare la censura costituzionale di una disposizione (in proposito, si veda Corte cost. n. 98 del 2021, in materia di divieto di analogia, nell'ambito dei rapporti tra le fattispecie di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p.). Ancor più evidente appare detta tendenza con riferimento alle implicazioni pratiche dell'*error iuris*, per come declinato all'esito della sentenza n. 364 del 1988, il quale ha registrato una scarsissima applicazione pratica: sul punto si tornerà *infra*, par. 5.3.

[6] Sulla difficoltà di comunicazione tra dottrina e giurisprudenza nonché sul fatto che esistano tematiche tipicamente dottrinali, che faticano a penetrare nel patrimonio conoscitivo – e, conseguentemente, nell'apparato decisionale – del giudice penale, nonché sull'opportunità di una feconda interazione tra teoria e prassi v. N. AMORE, *L'interpretazione praticabile. Appunti verso un'ermeneutica penale spendibile nel processo*, in *Arch. pen.*, 2022, 3, spec. 52 ss.

[7] M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, *passim*.

[8] Alcuni dei corollari succitati hanno trovato diffusa attenzione in dottrina: su tutti, la determinatezza (gli opportuni rimandi bibliografici saranno indicati al par. 4.). La riconoscibilità (par. 5.) del precetto, per contro, ha costituito oggetto di numerose trattazioni immediatamente dopo la sentenza costituzionale del 1988, per poi gradualmente ritirarsi, complici, da un lato, la disapplicazione giurisprudenziale del nuovo art. 5 c.p., dall'altro lato, la eterogeneità del principio, a cavallo tra legalità e colpevolezza, come diremo nel prosieguo, pur non mancando odierne prese di posizione volte a riabilitarne la validità. Quasi inedito, in dottrina, appare invece il principio di intellegibilità, a lungo concepito come mera 'costola' della determinatezza – e, come tale, considerato alla stregua di una endiadi con la stessa – e solo di recente oggetto di autonoma trattazione in un lavoro monografico (cfr. nt. 105). L'accostamento, forse non così frequente, dei tre corollari (cui si aggiunge la prevedibilità) ne impone la previa, separata, ricognizione, allo scopo di evitare le sovrapposizioni cui di frequente essi sono andati soggetti. Per un accostamento, recente, dei diversi corollari citati, A.M. MAUGERI, *"uso alternativo del diritto" quale lettura costituzionalmente orientata del diritto penale e il ruolo della giurisprudenza*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 12 novembre 2024, spec. 66 ss.

[9] N. AMORE, *L'interpretazione praticabile*, cit., 1 ss.

[10] Alla determinatezza si salda il divieto di analogia, che non facciamo ricadere nella struttura adottata (i c.d. anelli della catena della legalità penale) proprio perché costituente una diretta ramificazione del primo corollario.

disvalore da parte dell'uomo medio, posto che da disposizioni determinate non sempre possono distillarsi imperativi parimenti intellegibili. Ma la valutazione di legalità deve altresì interessare il 'semilavorato' della disposizione, ossia la norma – *rectius*: stratificazione normativa – che la giurisprudenza ricava per via interpretativa dal testo legislativo. Tale scrutinio, che evidenzia la *riconoscibilità* – o meno – del precetto, appare necessariamente più complesso rispetto ai precedenti, dovendo intercettare le fluttuanti dinamiche degli orientamenti giurisprudenziali[11]. Vedremo, peraltro, come la riconoscibilità non possa giocoforza costituire una valutazione 'esatta', realizzando giudizi di valore mutevoli a seconda delle peculiarità del caso concreto[12]. Come noto, la potenzialità sottesa alla più matura enucleazione di detto corollario nel prisma della sentenza n. 364/1988 è rimasta pressoché inespressa nella giurisprudenza successiva, al netto di poche, felici, eccezioni. Proprio la difficoltà di tale principio ad affermarsi sul piano pratico ha incoraggiato importanti approfondimenti in seno alla dottrina (anche in quella più recente, propensa ad esaltare il nesso che avvince riconoscibilità a prevedibilità[13]), pur con diversità di posizioni: nella riconoscibilità si è intravisto talora un 'salto di qualità' della legalità, finalmente rispondente alle implicazioni costituzionali che pongono il singolo al riparo dagli eccessi del Leviatano, talora la effettiva esplicazione della «superiore istanza di colpevolezza»[14] che permetterebbe al sistema di valorizzare il momento soggettivo sulle valutazioni di sistema oggettivizzanti.

L'ultimo anello della catena si individua nella prevedibilità, la quale, a nostro modo di vedere, conserva una carica garantistica (potenzialmente) rilevantissima, non solo catalizzando (e fornendo una possibile soluzione a) tutte le problematiche sottese ai precedenti corollari, ma altresì ricomprendendo a sua volta – lo vedremo – una casistica autonoma di ipotesi.

E ciò discende necessariamente dal diverso oggetto del principio di prevedibilità: focalizzandosi sulle *decisioni giudiziali*, la stessa si pone a valle di qualsiasi altra valutazione avente a oggetto i momenti antecedenti all'applicazione della *regula juris* al caso concreto. Appare infatti evidente che, là dove difettino originariamente determinatezza o intellegibilità di una disposizione, la decisione che adotta

[11] Dall'imperativo di riconoscibilità discende il divieto di interpretazioni retroattive *in malam partem*, nel senso che una nuova soluzione interpretativa non risulta conoscibile dal consociato, non potendo, come tale, retroagire. Al pari del divieto di analogia, si è ritenuto di non inserire detta garanzia – che, peraltro, nell'ordinamento attuale non trova alcun rimedio istituzionalizzato, a patto di estendere l'art. 2 c.p., come certa dottrina propone, ai mutamenti giurisprudenziali – all'interno del modello sopra delineato, attenendo la stessa al piano degli *effetti* (di una mancata riconoscibilità) più che delle *dinamiche*, diversamente dai corollati richiamati nel testo.

[12] Sull'incertezza derivante dalla futura evoluzione del diritto rispetto alla legislazione, per tutti, M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 69 ss.

[13] A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 161 ss.; A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, 64 ss.; P. SCEVI, *La prevedibilità della norma penale tra* legislatio *e* iurisdictio, Torino, 2022, 65 ss.

[14] Per una concezione della legalità quale corollario di una pervadente colpevolezza, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, spec. 220.

tale disposizione quale parametro non potrà che risultare imprevedibile, al netto di sanatorie *in itinere* derivanti da processi di 'tassativizzazione'[15] giurisprudenziale che, nondimeno, possono colmare il deficit di prevedibilità soltanto nel lungo periodo[16]. Allo stesso modo, qualora su una disposizione astrattamente chiara il formante giurisprudenziale costruisca – intercettando le istanze di precomprensione ermeneutica del *Typus* che originariamente il legislatore non è stato in grado di isolare adeguatamente – una norma non 'derivabile' dal mero testo di legge, la conseguente decisione non sarà prevedibile, almeno fino a un apprezzabile consolidamento della opzione imposta in via interpretativa. Infine, da disposizioni determinate e da norme altrettanto riconoscibili, ragioni ulteriori, riconducibili a una distonica scelta ermeneutica del decisore nel caso concreto[17], potrebbero comunque generare decisioni imprevedibili.

In altre parole, ognuno dei summenzionati corollari comporta *anche* un problema di prevedibilità, in quanto la stessa interessa gli *effetti*, e non le *dinamiche*, del processo di produzione del diritto (volutamente comprensivo di disposizioni e norme).

Insomma, è l'*oggetto* della prevedibilità che rende la medesima una garanzia ad ampio, amplissimo, raggio suscettibile di ricomprendere tanto le istanze di legalità, quanto quelle di colpevolezza.

Un riordino della 'catena' dei corollari può giovare alla prevedibilità stessa, contribuendo ad accantonare, una volta per tutte, le letture che la riducono a mera garanzia di riserva, debole e sensibile agli 'umori' della giurisprudenza, di ascendenza soltanto europea e, come tale, meno efficiente rispetto ai rassicuranti paradigmi legicentrici del diritto continentale.

2. La critica al giuspositivismo nel pensiero dell'ermeneutica giuridica tedesca

Al fondo di ogni riflessione che si proponga di far luce sulle dinamiche mediante le quali l'interpretazione ricava da un testo legislativo la regola per la soluzione del caso risiede necessariamente l'adesione alla idea di dicotomia tra disposizione e norma[18]. Deve ammettersi, in

[15] Sull'evoluzione del concetto di 'tassativizzazione' da parte della giurisprudenza di legittimità, v., in particolare, Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24. In dottrina, di recente, N. PISANI, *Riflessioni sulla cd. interpretazione tassativizzante nella giurisprudenza in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2024, 7-8, 2410 ss.

[16] Prima, si creerà inevitabilmente uno stato di fibrillazione, di contrasto giurisprudenziale rispetto al quale, a nostro modo di vedere, entro certi limiti il consociato merita tutela, alla luce di una proiezione garantistica – e, soprattutto, a base costituzionale – della legalità penale che tenga effettivamente conto dell'affidamento che egli deve poter riporre nella ragionevole stabilità delle scelte dell'ordinamento. Una disposizione indeterminata meriterebbe censura – come evidente – alla luce di un'adeguata valorizzazione del principio di determinatezza; cionondimeno, laddove, come di consueto, la corrispondente censura di costituzionalità non venga accolta, occorre trovare un'adeguata contromisura – individuabile nel principio di prevedibilità – almeno sin quando un'interpretazione (per quanto, eventualmente, scorretta) non possa ritenersi stabilizzata nell'ordinamento.

[17] Per esempio, *infra*, Cap. IV, par. 3.7.

[18] V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali sull'interpretazione e applicazione della legge*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, 1940, 663 ss.; ID., voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, 1964, 195 ss. Nella dottrina penalistica

altre parole, che il prodotto dell'attività giurisdizionale determini un autonomo apporto, arricchendo la regola sul piano concreto.

Un'analisi dei corollari della legalità – ricompresi tra i poli opposti di determinatezza e prevedibilità – deve necessariamente presupporre una concezione 'costitutiva' dell'attività interpretativa. La dialettica tra determinatezza-intellegibilità e riconoscibilità-prevedibilità non fa che riprodurre, sul piano dei principii, la tensione tra legislatore e giudice. Se è vero che l'enunciato normativo non può ragionevolmente contemplare ogni singola casistica che la realtà può offrire; se è vero che il diritto prende forma grazie ai casi che si presentano agli occhi dell'interprete; se è vero che, sebbene questi casi presentino un grado di dettaglio inevitabilmente maggiore rispetto alla fredda lettera della legge, che comunque viene agli stessi applicata dall'interprete; tutto ciò sta a significare che il giudice individua una regola che, nutrendosi dell'esperienza del caso concreto, ineluttabilmente trascende l'enunciato normativo.

L'illusorietà del sillogismo giuspositivista risiede tutta nella pretesa autosufficienza della lettera della legge che, per contro, se non si affida alla preziosa sedimentazione dei casi concreti, rimane povera di significato[19]. La critica al positivismo – coincisa con la caduta dei totalitarismi, di cui in certo senso il pensiero positivista costituiva traduzione sul piano giuridico – viene 'elevata' dall'avvento di nuove teorie che delineano un paradigma alternativo in grado di descrivere il processo di formazione del diritto, dalla enunciazione del legislatore all'applicazione da parte del giudice. Sulle numerose[20] correnti che demistificano l'astrattezza del sillogismo positivista spicca l'ermeneutica giuridica tedesca, la quale più di tutte incarna il «tentativo di elevazione della critica al giuspositivismo tradizionale maturata in Germania nell'immediato secondo dopoguerra»[21]. D'altronde, il pensiero ermeneutico segna la definitiva rottura – sul piano teoretico – con i postulati dell'Illuminismo

---

italiana, tra i primi, M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1, 27 ss.; ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 11 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 161 s.; ancora più compiutamente, ID., *Disposizione e norma*, cit., 69 ss.; tra i filosofi del diritto v., in particolare, G. CARLIZZI, in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010, 98 ss.

[19] Sulle motivazioni del positivismo a ridurre la teoria della interpretazione giuridica allo studio del diritto positivo v., in particolare, U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, 1965, anche sintetizzato in U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Padova, 1998, 2 ss.

[20] M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. – Annali IX*, 2016, 393: «Sul continente europeo il colpo più forte è battuto dalla *Freirechtsbewegung* e dalla *libre recherche scientifique* di Gény, ma rapidamente si susseguono e si intrecciano l'*Interessenjurisprudenz*, il realismo scandinavo e il successo del realismo americano, la perelmaniana teoria dell'argomentazione, l'ermeneutica contemporanea, la dottrina della precomprensione, alcuni indirizzi analitici: dopo sommovimenti culturali di questa portata nessuno ha più potuto dar credito all'illusione positivistico-ottocentesca (non, dunque, positivistica tout court) dell'interpreta zione "unica" dei testi normativi. Né l'acquisita consapevolezza dell'inconsistenza della pretesa della legge all'autosufficienza e della disponibilità di un ampio spazio ermeneutico consegnato alla giurisprudenza si è arrestata alla critica negativa alle certezze della dottrina classica, ma si è estesa al ripensamento in positivo del ruolo del giurista e in particolare del giudice, con la sottolineatura della natura creativa della loro attività».

[21] G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, 127.

beccariano. Ciononostante, si tratta di simulacri che portano con sé secoli di elaborazione giuridica (quantomeno, nella loro più matura enucleazione, sin dal Settecento) e che faticano a essere superati da un pensiero così dirompente, se non eversivo, propenso a intravedere nel momento interpretativo il processo di perfezionamento della legge[22].

Pur senza accettarne le derive 'panermeneutiche'[23], tale teorica inquadra uno scenario tanto graffiante e "scandaloso"[24], quanto realistico: la legge diviene tanto più efficiente quanti più casi essa conosce nell'esperienza della sua stessa applicazione. La vicenda concreta permette di disvelare percorsi e dinamiche che la lettera della legge non potrebbe lontanamente prevedere né che, ancor prima, il legislatore concreto aveva in mente, considerata l'irriducibilità delle infinite sfumature del reale all'interno di pochi segni linguistici. Si comprende allora l'intuizione gadameriana secondo cui il fatto non soltanto arricchisce la legge ma, ancor più, la *perfeziona*, da ciò derivando – come immediato effetto – la concrezione della disposizione nella norma.

2.1. Precomprensione ermeneutica del fatto tipico

Il richiamo ai postulati fondamentali dell'ermeneutica consente di mettere a fuoco il frastagliato scenario in cui i corollari della legalità dovrebbero erigere presidi garantistici a tutela del singolo.

L'ermeneutica vanta l'indiscusso merito di sdoganare il mito dell'operatore scevro da ogni pulsione tipicamente umana, sia nel momento di formulazione della disposizione (legislatore), sia nel momento di ricerca della norma più adatta alla disciplina del caso concreto (giudice). La precomprensione ermeneutica pervade ogni fenomeno di avvicinamento a un fatto, non solo giuridico, ma della esistenza umana[25]. Trattare un argomento, un'idea, un concetto presuppone nella

---

[22] H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, trad. it. a cura di G. Vattimo, Milano, 1972, 382: «Il compito dell'interpretazione è la concretizzazione della legge nel caso particolare, cioè l'applicazione. Certo si verifica così un perfezionamento creativo della legge, che è riservato al giudice, il quale però è sottomesso alla legge esattamente come ogni altro membro della comunità giuridica» e analogamente il passaggio della medesima opera riportato da M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in ID., *Scritti patavini*, II, Torino, 2017, 1115: «il giudizio del caso concreto non si limita ad applicare la regola a cui si conforma, ma contribuisce a determinarla, completarla e correggerla».

[23] Per una critica, cfr. G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 2, 373.

[24] M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, Milano, 2015, *passim*: l'Autore individua nell'ermeneutica due postulati concettuali "scandalosi". Da un lato, rileva la capacità del caso di arricchire la portanza semantica della norma: di qui, l'interprete appare l'attore principale di un costante processo di positivizzazione; dall'altro lato, e ancor più "scandalosamente", l'interprete opera un perfezionamento creativo della norma, certo più 'completa' all'esito del processo abduttivo messo in atto dal giudice in ciascun caso concreto.

[25] F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1966, trad. it. a cura di V. Omaggio, ora in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, 2016, 100 s.: «Non vi è fondamentalmente alcuna conoscenza libera da presupposizioni. Conoscenza e decisione, conoscenza e applicazione, come atto unico del conoscere, si tengono per mano nello svolgimento dell'esistenza. […] La precomprensione appare

mente di chi vi si cimenti «un'anticipazione di senso»[26]: astrazione che il soggetto trae – volontariamente o meno – dal patrimonio delle conoscenze ed esperienze di vita pregresse. Un tale approccio appare ineliminabile nel funzionamento della mente umana, naturalmente indotta a istituire delle associazioni di pensiero tra le informazioni di cui già il singolo dispone e le esperienze che è in procinto di conoscere concretamente: creandosi, per l'effetto, una sorta di 'aspettativa' di ciò con cui si entrerà in contatto o con cui si interloquirà.

2.1.1. …nella formulazione della disposizione (per il legislatore)

Quanto osservato diviene ancora più evidente se calato in un contesto giuridico, là dove costituisce un fattore decisivo nel processo di produzione legislativa. In proposito, acquista rilievo la 'giuridicità' di un fenomeno criminoso, la quale descrive l'esigenza, avvertita in seno al corpo sociale, di un intervento da parte del legislatore al fine di disciplinare un fatto che non trova ancora regolamentazione sul piano penale e che, tuttavia, appare carico di disvalore.

Trattasi, a ben vedere, di un processo in costante divenire, il quale evolve contestualmente all'evolversi del contesto sociale, in cui l'emersione di nuove iniziative economiche e sociali[27],

---

come il rapporto vitale del comprendente con l'oggetto da comprendere, fonda cioè la possibilità del conoscere in generale. […] La concretizzazione del diritto, che non è possibile al di fuori del linguaggio, è sempre influenzata dall'orizzonte generale, pregiuridico della conoscenza».

[26] J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, ed. it. a cura di R. De Giorgi, Napoli, 1983, ora in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., 93.

[27] Tra gli esempi più recenti può menzionarsi l'introduzione, ad opera del d.l. 23/2020 (c.d. Decreto liquidità, convertito con modifiche in l. 40/2020), di due modelli di erogazione di denaro da parte di istituti di credito, entrambi fondati sulla concessione di una garanzia pubblica al precipuo scopo di incoraggiare la ripresa economica delle attività imprenditoriali colpite dagli effetti devastanti del Covid-19. Il primo, previsto dall'art. 1, individua quale garante SACE s.p.a., società interamente controllata da Cassa Depositi e prestiti e dunque, in ultima istanza, dal Ministero dell'economia e delle finanze. Il secondo, previsto dall'art. 13, mira a rilanciare il già esistente meccanismo contenuto nella legge n. 662 del 1996, relativo al Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese, ente posto sotto il controllo del Ministero dello sviluppo economico mediante un raggruppamento temporaneo di imprese individuate in cinque diverse banche. In relazione a entrambe le ipotesi, il meccanismo inserito nel c.d. Decreto liquidità non prevede finanziamenti 'diretti' da parte del 'pubblico', e cioè erogazioni di denaro o liquidità a beneficio di professionisti od imprese da parte dello Stato, contemplandosi, piuttosto, un'assistenza solo indiretta da parte di quest'ultimo, mediante un sistema di garanzia 'pubblica' prestata agli istituti di credito privati che, direttamente ed esclusivamente, avrebbero 'erogato' i prestiti, i finanziamenti, i mutui, *etc*. In relazione a tali forme di sostegno economico, appunto, si sono presto manifestate 'innovative' forme di criminalità, talora consistite in false dichiarazioni, mediante autocertificazione, circa il pregiudizio economico subito da una realtà imprenditoriale, contando sulla sostanziale mancanza di valutazione di 'merito creditizio' da parte dell'erogatore, e alla luce della snellezza dell'istruttoria svolta dall'istituto di credito; talora consistite, nei casi in cui quali fosse stato correttamente auto-certificato dal richiedente il pregiudizio subìto in conseguenza della pandemia, in indebite malversazioni del finanziamento, ossia nelle destinazioni degli importi percepiti distoniche rispetto a quelle prescritte normativamente dal Decreto liquidità. I due 'schemi' criminosi, almeno in un primo momento, non hanno indotto il legislatore a un intervento *ad hoc* anche sul piano penale: come conseguenza, della corrispondente qualificazione giuridica si occupava la giurisprudenza, pervenendo, tuttavia, a soluzioni che, una volta di più, mettono in discussione l'esistenza di un confine tra interpretazione estensiva e analogica. Per approfondimenti sul punto, sia consentito il rinvio a G. CARUSO-J. DELLA VALENTINA, *La repressione degli abusi nelle sovvenzioni pubbliche dopo il c.d. Decreto liquidità. tra esigenze di giustizia 'sostanziale' e divieto di cripto-analogia* in malam partem, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 26 gennaio 2024.

l'avvicendarsi storico di eventi[28] e il progresso tecnologico[29] aprono a nuove forme di criminalità. Sta, poi, al legislatore intercettare nel corpo sociale e nell'opinione pubblica – circostanza, all'evidenza, mutevole a seconda dei colori dominanti sulla scena politica – le istanze di giuridicità che ritiene più meritevoli di accoglimento[30]. 'Raccogliendo' attentamente i tratti caratterizzanti del fenomeno sarà dunque possibile confezionare una disposizione che condensi in pochi segni linguistici il tipo criminoso, nelle sue sfumature e forme di manifestazione, almeno quelle emergenti al momento di compilazione del nuovo testo normativo: del resto «[l]egge seria, attenta, determinata ed efficace è soltanto quella imperniata su una *ratio* che, tenendo conto dei modelli criminologici esperienziali, precisa e chiarifica la loro portata in funzione del principio di *extrema ratio* dell'intervento punitivo penale, contenendo l'espansività a questi intrinsecamente immanente»[31].

Fornisce l'esempio forse più emblematico[32] – non a caso tra i più ricorrenti nelle pagine degli studiosi che, nella dottrina italiana, hanno mostrato una certa inclinazione nei confronti della cifra ermeneutica

---

[28] Come evidente, uno dei contesti in cui maggiormente il legislatore ha cercato di tenere il passo degli avvenimenti storici, regolando conseguentemente il corrispondente apparato sanzionatorio, è certo quello della lotta al terrorismo, anche internazionale. Per uno sguardo alle riforme che hanno interessato, sul tema, l'ordinamento italiano, cfr., in particolare, F. ROSSI, *Il contrasto al terrorismo internazionale nelle fonti penali multilivello*, Napoli, 2022, 173 ss.

[29] Basti pensare, da ultimo, alla introduzione del delitto di cui all'art. 612 *ter* c.p. (*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*), dettata dalla esigenza di fornire una risposta, sul piano penale, a un fenomeno – oltre che ritenuto particolarmente odioso – difficilmente inquadrabile alla luce delle altre fattispecie esistenti che pur si avvicinano al nucleo di disvalore espresso dalle condotte c.d. di *revenge porn*.

[30] Come evidenziato nel corso del Capitolo I, tale sensibilità appare sempre più sfumare, a fronte di una crescente influenzabilità del legislatore (vieppiù operante in via 'emergenziale') a forme di populismo penale che incoraggiano leggi affrettate e tutt'altro che ragionate circa la pre-comprensione dei fattori rilevanti. Sul tema, v. *ex multis*, E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020; con riferimento alla differenza esistente tra panpenalismo giudiziario e legislativo, e per calzanti esempi, cfr. altresì C. CUPELLI, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole*, in *www.penaledp.it*, 11 gennaio 2023.

[31] M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica*, cit., 1117. Secondo l'autorevole Autore (ID., op. cit., 1121 s.), peraltro, non sempre la fattispecie intercetta correttamente il tipo criminoso interessato, potendosi dare «varie situazioni di sproporzione o di inadeguata correlazione tra la norma e l'esperienza», che vanno ricondotte a tre possibili categorie: sovradeterminazione, sottodeterminazione e determinazione totalmente falsa. Movendo da quest'ultima, detta categoria ricomprenderebbe i casi di evidente scollamento tra fatto e fattispecie, in tale ipotesi risultando quanto più urgente un intervento manipolativo da parte del legislatore, idoneo a 'tarare' la fattispecie alla realtà da regolare. La sottodeterminazione richiamerebbe, invece, i casi in cui la fattispecie appaia eccessivamente porosa: di qui, il rischio di poter regolare mediante la stessa anche fatti invero assai remoti rispetto all'originaria precomprensione del legislatore. Infine, la sovradeterminazione atterrebbe ai casi in cui la fattispecie colga solo parzialmente una sottoclasse di fatti, tralasciandone indebitamente un'altra (si pensi, prima della introduzione dell'art. 640 *ter* c.p., alla difficoltà di ricondurre al perimetro dell'art. 640 c.p. le frodi informatiche).

[32] Altro esempio, parimenti riportato da M. RONCO, op. cit., 1119 s., appare quello relativo alla fattispecie di cui all'art. 600 c.p. che, solo con la riforma del 2003, si sarebbe effettivamente esteso a forme di schiavitù di fatto, a seguito di una decisione del legislatore che aveva percepito la sopravvenuta inadeguatezza della disposizione, anche a seguito di frequenti anticipazioni giurisprudenziali espressamente ritenute dall'illustre Autore quali forme di analogia. L'art. 600 c.p., nella formulazione previgente – originariamente ideato per applicarsi alle forme di schiavitù di diritto, come contrapposte alle schiavitù di fatto che, per contro, si sarebbero dovute ricondurre all'infelice formula del plagio, di cui all'art. 603 c.p. – appariva obsoleto e sostanzialmente inapplicabile – salvo ammettere, come osservato, il ricorso allo strumento dell'analogia – nei confronti di «quelle che la sociologia dei flussi migratori e degli insediamenti degli immigrati povero nel tessuto delle società opulente ha definito come le "nuove" forme di schiavitù». In relazione a tale problematica interpretativa, v. in particolare G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale*, Padova, 2005, spec. 59 ss.

di matrice tedesca – di tale processo la introduzione nel nostro ordinamento del delitto di associazione di stampo mafioso, ad opera della c.d. legge Rognoni-La Torre. È stato sottolineato il proficuo contrasto tra la sintetica formula linguistica prescelta dal legislatore al fine di descrivere il fenomeno mafioso e la eloquenza sottesa alla stessa che, per contro, permette di delinearne i tratti tipologici fondamentali, restituendo allo studioso e all'interprete un 'tipo' criminoso vivido ed empiricamente riscontrabile in seno al substrato sociale. Appare infatti evidente che – a un primo sguardo – l'art. 416 *bis* c.p. si struttura su di una concatenazione di clausole generali, prevedendo la punibilità di chi 'faccia parte' di un'associazione di tipo mafioso che, come scopo onnicomprensivo, si propone di "realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri". Cionondimeno, tale indeterminata dimensione finalistica trova pieno riempimento concettuale se considerata unitamente al *modus operandi* dell'associazione, vieppiù connotata da «aspetti *gangsteristici*»[33]. Il c.d. metodo mafioso di cui al comma 3 riesce a tipizzare, contenendola in pochi sintagmi, l'esperienza sociologico-culturale che caratterizza intimamente i sodalizi delle mafie storiche. Dalla c.d. fama criminale alla condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, unitamente ai caratteri tipici della c.d. mafia imprenditrice[34], per cui per essere mafiosi «non occorre [più] portare la coppola, non occorre andare in giro con la lupara»[35], il legislatore del 1982 riusciva a delineare un tipo criminoso che, a fronte delle critiche mosse nel corso dei decenni, oggi appare ancora intonso. Questo in quanto veniva fatto buon governo della precomprensione ermeneutica della mafia, di come il fenomeno mafioso stava 'sublimandosi' – se così si può dire – a un livello superiore, infiltrandosi nelle strutture economiche e nel circuito politico[36]. Una tale manifestazione criminosa, così evoluta, non si prestava a essere

[33] G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015, 14.

[34] Sulla dimensione anche pre- ed extra-giuridica di tali requisiti v. S. RIONDATO-D. PROVOLO, *Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, in G. FORNASARI-S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017, 71 ss.; analogamente, G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., 358, per cui «la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416-*bis* c.p. è stata legislativamente tipizzata mediante elementi […] a forte connotazione sociologico-ambientale: è dunque la stessa tecnica di redazione legislativa della fattispecie a indurre il giudice ad utilizzare anche saperi e parametri extragiuridici per vagliare la corrispondenza tra fatto concreto e modello delittuoso». Definisce l'introduzione dell'art. 416 *bis* c.p. «una magistrale traduzione della c.d. spirale ermeneutica tra fatto, storia e diritto positivo, e […] cioè una preziosa opera di cristallizzazione legislativa, in termini di precisione e tassatività», G. CARUSO, *Struttura e portata applicativa dell'associazione di tipo mafioso*, in B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Torino, 2015, 46.

[35] F. BASILE, *Riflessioni sparse sul delitto di associazione mafiosa. A partire dalla terza edizione del libro di Giuliano Turone*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 26 aprile 2016, 8. Per riflessioni circa i fraintendimenti della mafia intesa secondo un'accezione "etnico-romantica" ormai appartenente al passato M. RONCO, *L'art. 416* bis *nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in B. ROMANO-G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 41 s.

[36] Con riferimento a quest'ultimo contesto, come evidente, il legislatore ha introdotto una risposta *ad hoc* al fenomeno, inserendo nell'apparato dei delitti contro l'ordine pubblico quello di scambio elettorale politico-mafioso (peraltro, più volte rivisto in cerca di un perfezionamento della fattispecie rispetto alle dinamiche di una realtà spesso sfuggente): sul tema, v. per tutti, S. RIONDATO-D. PROVOLO, *Scambio elettorale politico-mafioso*, in G. FORNASARI-S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, cit., 105 ss.

contenuta entro le maglie, per quanto elastiche, dell'associazione c.d. semplice[37], proprio perché inidonea a cogliere «il nodo cruciale che caratterizza l'associazionismo mafioso [: m]entre per l'associato comune il compimento di delitti costituisce il fine dell'associarsi, per l'associato mafioso l'attività delinquenziale è la risorsa capitalizzata per il perseguimento dell'obiettivo più ambizioso di conseguire il controllo stabile di un segmento della vita sociale per garantirsi l'arricchimento parassitario»[38].

2.1.2. …nell'interazione tra fatto e fattispecie (per il giudice)

È parimenti vero che, quandanche il legislatore riesca efficacemente a positivizzare un fatto partendo dalla precomprensione del medesimo e, quindi, cogliendone i tratti caratterizzanti, non sempre risulti agevole ricondurvi un evento concreto, in ragione delle infinite sfumature in cui il reale si manifesta agli occhi dell'interprete. Emerge, dunque, una seconda precomprensione ermeneutica del fatto tipico, stavolta – però – collocata a valle della disposizione e ricadente sull'interprete chiamato a decidere se e come applicare una fattispecie al caso portato alla sua attenzione.

Appare logico impostare la riflessione in ordine a questo secondo versante della precomprensione del fatto tipico movendo dalla nota distinzione tra casi 'facili' e casi 'difficili' che, a ben vedere, in certa misura ammiccherebbe tanto alle teorie dichiarative impostate sulla celebre immagine della "penombra" hartiana[39], con riferimento ai primi, quanto alle teorie ermeneutiche e cognitive, con riferimento ai secondi. Un caso semplice – e la stessa dottrina aperta alla cifra ermeneutica dell'interpretazione sembra riconoscere la legittimità della categoria[40] – non dovrebbe, in quanto tale, dare luogo a equivoci interpretativi, garantendo – per contro – un'applicazione genuina del sillogismo giudiziario. Tuttavia, non può parimenti dubitarsi che ciascun caso presenti un gradiente più o meno pronunciato di complessità, se attentamente valutato nelle sue cadenze concrete, con il che la summenzionata differenza tra *simple* e *hard cases* si attenuerebbe sino a sfumare[41]. Ciò che conta è che – anche con riguardo ai casi asseritamente semplici – sulla dinamica del processo interpretativo incide marcatamente il patrimonio conoscitivo che l'interprete possiede – in ragione della pregressa

---

[37] Sull'inadeguatezza dell'art. 416 c.p. rispetto al fenomeno mafioso v., peraltro, già l'autorevole critica di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 1966, spec. 630.

[38] M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica*, cit., 1118.

[39] H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, trad. it. a cura di M.A. Cattaneo, Torino, 2002. spec. cap. VII. Sulla dicotomia tra *clear cases* e *hard cases* v. U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, cit., 5 ss.

[40] Per esempio M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 72 ss., sottolinea come «[n]ella normalità dei casi, l'interpretazione ha un suo assetto consolidato, depositato nei commentari, che il giudice semplicemente recepisce […] *Nella normalità dei casi, anzi, il giudice applica senza re-interpretare la regola astratta*» (corsivi dell'Autore).

[41] A. KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*, trad. it. a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2013, 53.

esperienza, degli interessi personali o di qualsiasi altro fattore – in relazione alla classe di fatti cui ipoteticamente ricondurre quello al suo vaglio. Altrimenti detto, la precomprensione incide alla stregua di una «anticipata valutazione del risultato decisorio cui conduce la scelta di un determinato metodo interpretativo»[42]. Insomma, pur senza volersi abbandonare allo scetticismo del realismo giuridico, che arriva a identificare la giustizia con «*what the judge ate for breakfast*»[43], l'interpretazione si atteggia a processo costantemente sottoposto alla tensione – spesso involontaria[44] – di agenti esterni che concorrono a plasmarne l'esito.

Tra questi, indiscusso propulsore delle soluzioni creative è il fattore temporale, nel senso che la disposizione appare costantemente esposta a un rischio di obsolescenza, non potendo tenere il passo della realtà, se non venendo tralatiziamente 'aggiornata' dall'ermeneusi giurisprudenziale[45]. In altri termini, la perenne evoluzione del contesto fattuale porta all'attenzione del giudice un continuo florilegio di casistica inesplorata sul piano giuridico: di qui, la precomprensione dell'interprete – il quale, evidentemente, coglie la non perfetta corrispondenza dell'apparato normativo a disposizione rispetto al caso al suo vaglio – opera sottotraccia, imponendo la ricerca di soluzioni interpretative che adattino le disposizioni esistenti al reale, laddove non esista una fattispecie *taylor-made* precipuamente pensata per il caso di specie. In questi termini, il pregiudizio[46] del giudice deve operare – al contempo – alla stregua di presupposto e limite della creazione: l'interprete, conscio della parziale (e inevitabile) diversità del fatto concreto rispetto allo schema giuridico da applicare, deve tentare un'opera di adattamento, per così dire, moderata (da ciò discendendo la irrisolta questione di dove passi il confine tra interpretazione estensiva e divieto di analogia)[47].

---

[42] G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 359.

[43] Si tratta della celebre espressione tratta da J.L. HILL, *The Political Centrist*, Nashville, 2009, 113. Per recenti studi sulla aleatorietà delle decisioni giudiziali, in rapporto alla asserita volubilità del decisore, v. gli interessanti contributi richiamati in S. ARCIERI, *La giustizia è ciò che il giudice ha mangiato a colazione?*, in *www.dirittopenaleuomo.org*, 12 aprile 2019.

[44] J. HRUSCHKA, op. cit., 93.

[45] L'aggiornamento, peraltro, può altresì rendersi necessario in ragione – più banalmente – di una 'svista' originaria da parte del legislatore, che non ha regolato una situazione concreta per contro potenzialmente verificabile nella realtà dei fatti. Si pensi – anche con riguardo allo scetticismo nei confronti della distinzione tra analogia e interpretazione estensiva – il noto esempio derivante dalla giurisprudenza tedesca, in cui venne applicata l'aggravante del furto forestale in un caso di asportazione del bene mediante l'ausilio di automobile, laddove la disposizione contemplava espressamente – tra i 'mezzi' di asportazione – l'animale da soma, la chiatta e il carro trainato. *Amplius*, v. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 30.

[46] Il termine è qui inteso alla stregua di una *vox media*, non secondo un'accezione negativa, bensì quale presupposto ermeneutico alla base di qualsiasi processo di comprensione di un fatto: sul punto, v. *amplius* F. MÜLLER, op. cit., 101 e K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlino, 1991, trad. it. a cura di V. Omaggio, ora in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., 121 s., i quali riprendono entrambi H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., spec. 270 ss.

[47] Considerata, questa, una differenziazione essenzialmente di natura quantitativa, sebbene non sia chiaro – né, con ogni probabilità, possibile – individuare il limite varcato il quale si transiti dalla (accettabile) interpretazione estensiva alla (inaccettabile) analogia *in malam partem*: G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 357. Sul processo di evoluzione interpretativa di un sistema giuridico come necessariamente fondato su 'microanalogie', tollerate dall'ordinamento, M. DONINI, *Fattispecie o* case law*? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, 93.

Anche con riguardo alla precomprensione del giudice, può riproporsi l'esempio dell'associazione di stampo mafioso, giusta la notoria difficoltà di inquadramento giuridico della figura del concorrente esterno. Ciò in quanto è evidente che nel 1982[48] il legislatore avesse formulato l'art. 416 *bis* c.p. avendo in mente di reprimere le condotte tipicamente poste in essere dagli affiliati al sodalizio criminale, quando – per converso – le più fumose forme di contiguità e fiancheggiamento *ab externo* rimanevano in una zona grigia che esulava dal 'far parte' richiesto ai fini dell'integrazione del fatto tipico 'di base'. Tuttavia, presto la giurisprudenza veniva posta davanti al problema di dissipare tale grigiore[49], essendo parimenti note – da un lato – l'esistenza di variegate forme di compiacente vicinanza al mondo mafioso e – dall'altro lato – le difficoltà di estendervi il pur 'poroso' schema giuridico di cui all'art. 416 *bis*, co. 1 c.p. Con la conseguenza che veniva infine forgiata nella fucina dell'esperienza giurisprudenziale la figura del concorso esterno, unendo la più elastica tra le forme di manifestazione del reato (l'art. 110 c.p.) alla fattispecie incriminatrice, con tutti gli elementi cronologicamente accavallatisi – dall'accertamento di un contributo causalmente idoneo al rafforzamento del sodalizio al c.d. 'stato di fibrillazione' dell'associazione; dall'assenza di *affectio societatis* al dolo diretto di realizzazione del programma delittuoso – nello sforzo di delineare il nuovo 'tipo' criminoso.

Altro calzante esempio in cui la dinamica della precomprensione giudiziale si ripropone – rimanendo entro la cornice dell'art. 416 *bis* c.p. – attiene alle c.d. mafie silenti[50], indubbiamente avvertite come fenomeno meritevole di risposta repressiva ma, apparentemente, privo di fattispecie. A ben vedere, la cellula 'delocalizzata' non riproduce le cadenze della casa madre, in ragione della essenziale diversità fenomenologica intercorrente tra le due: una realtà profondamente radicata nel tessuto sociale, ambiziosamente 'sostitutiva' delle strutture statali, contro un'articolazione periferica trapiantata dal contesto d'origine e che mira a diffondersi nel contesto d'arrivo. Quale la soluzione per una manifestazione criminosa che – nella esperienza dell'interprete – appare rievocare plurimi tratti caratterizzanti delle mafie 'tradizionali' e che, tuttavia, non può godere della medesima fama criminale, siccome richiesta dall'art. 416 *bis*, co. 3 c.p.? Il nodo problematico – ancora, per certi versi, insoluto nel formante giurisprudenziale – è contrassegnato da opzioni eterogenee, che tuttavia ben evidenziano l'incedere sottotraccia della precomprensione ermeneutica del fatto tipico: un

[48] Su tali Lavori Preparatori, v. diffusamente G. TURONE, op. cit., p. 24 ss.

[49] A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *La contiguità all'associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, in B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., 99 ss. e 111 ss.; G. CARUSO, *Struttura e portata applicativa*, cit., 40 ss.

[50] Sul tema v., *ex plurimis*, G. TURONE, op. cit., 146 ss. A. BALSAMO-S. RECCHIONE, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416* bis *c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *www.penalecontemporaneo.org.*, 18 ottobre 2013; C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416*-bis*?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 353 ss.

pregiudizio che finisce per plasmare la fattispecie astratta, in cui il requisito della esteriorizzazione della forza incriminatrice del sodalizio viene all'uopo attenuato, risolvendosi nel mero accertamento di un collegamento della cellula con la 'casa madre'[51].

2.2. Dispiegamento della fattispecie sul fatto e del fatto sulla fattispecie

Diretta conseguenza della precomprensione giudiziale del fatto tipico è l'influsso che la vicenda concreta determina sulla fattispecie astratta[52]. Il pensiero dell'ermeneutica approfondisce tale dinamica di *do ut des* tra fatto e fattispecie: senza fattispecie, il fatto non potrebbe trovare una disciplina; senza fatto, la fattispecie non potrebbe mai arricchirsi. In fondo, «il *fatto*, come tale, è *quanto di più singolo e concreto si possa immaginare*»[53]. Pertanto, il fatto concreto non solo eserciterà un'influenza da dietro nelle quinte nella precomprensione dell'interprete, bensì opererà anche una volta 'individualizzato' nel caso di specie, arricchendo *pro futuro* il tipo criminoso di riferimento. Il prodotto di tale influsso costituisce un *medium* tra fatto e fattispecie: si ricava dal caso concreto, ma andrà altresì ad arricchire il prontuario del giudice per la futura applicazione della fattispecie.

Tale punto di congiunzione tra dimensione astratta e concreta è stato definito in dottrina quale "sottofattispecie": concetto autorevolmente rappresentato, per esempio, da Alberto Cadoppi, con riguardo alla figura del furto d'uso (pur movendo da un ipotetico contesto, all'evidenza diverso rispetto a quello dell'ordinamento penale italiano attuale, in cui tale casistica non trovi espressa positivizzazione). In tale prospettiva, se Tizio si impossessa di un'automobile altrui, allo scopo di utilizzarla per un giro fuori porta, per poi restituirla a Caio, titolare della stessa, è evidente che l'interprete sarà chiamato a valutare l'applicabilità della fattispecie di furto non senza difficoltà. A ben vedere, si coglie una certa eterogeneità strutturale tra il fatto posto all'attenzione dell'interprete e la casistica che viene sovente portata alla mente dello stesso laddove si tratti della figura criminosa del furto (vale a dire, la precomprensione che il giudice ha della categoria 'furto'): nel caso di specie, la es-propriazione patrimoniale e la conseguente im-propriazione da parte dell'agente Tizio appare strettamente circoscritta nel tempo e (quasi) integralmente riparata dalla successiva restituzione del bene a Caio. Corrispondentemente, Caio ha subìto un pregiudizio al proprio patrimonio che, nondimeno, appare alquanto contenuto, poiché il patrimonio della persona offesa viene reintegrato a

[51] S. RIONDATO-D. PROVOLO, op. cit., 75;

[52] Per un approfondimento giurisprudenziale circa gli influssi del fatto concreto sulla fattispecie, con particolare riguardo al tema della responsabilità del medico per trattamento arbitrario, G. CARUSO, *Il trattamento medico/chirurgico arbitrario tra «lettera» della legge e «dimensione ermeneutica» del fatto tipico*, in *Ind. pen.*, 2003, 3, 1013 ss.

[53] A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino, 2014, 169 (corsivi dell'Autore).

distanza di poche ore. Appare tuttavia evidente che – anche sulla spinta di ragioni di giustizia sostanziale – la fattispecie di furto sembri quella maggiormente vicina al caso da disciplinare: di qui, la interpretazione estensiva della fattispecie astratta.

Affiora, in tal modo, nella realtà normativa una nuova sottonorma – veicolata e resa conoscibile, oggi, specie per il tramite dell'attività di massimazione[54] –, la quale è fatta rientrare nel tipo criminoso *ex ante* individuato dall'interprete pur caratterizzandosi per evidenti peculiarità rispetto allo stesso (nell'esempio riportato, la finalità d'uso del bene sottratto che, infatti, viene a breve distanza di tempo restituito). Così, nel graduale affermarsi di tale sottonorma nella prassi applicativa, si perverrà all'individuazione di una vera e propria sottofattispecie, in grado di isolare concettualmente una casistica autonoma e, come tale, meritevole di separata disciplina (comprensiva – tornando, una volta di più, all'esempio riportato – di tutti i casi di furto cui si ricolleghi la tempestiva restituzione del bene da parte dell'agente, una volta che egli ne abbia usufruito).

Quindi, la realtà concreta arricchisce la realtà normativa[55]: sovente, a partire dalla enucleazione di una nuova norma (*rectius*: sottonorma) che, in progresso di tempo, incoraggia il legislatore alla 'ratifica' di quanto ormai consolidato in sede giurisprudenziale[56]. Con la conseguenza che trova conferma il modello sopra delineato: la sottofattispecie costituisce un *medium* che si colloca a mezza via tra fattispecie astratta e caso[57]. È 'meno' della fattispecie, non presentando lo stesso grado di astrattezza; è 'più' del caso concreto, permettendo la reiterata e uniforme regolazione di ipotesi che presentino cadenze assimilabili a quelle di tale 'caso zero'[58]. In questo senso, il tipo criminoso astratto – il furto – conosce un ampliamento grazie al caso del furto d'uso e, al contempo, il furto d'uso trova adeguata regolazione movendo dalla 'traccia' del tipo criminoso del furto. In definitiva, un mutuo

---

[54] Nella prospettiva di un miglioramento degli *standards* di riconoscibilità dei precetti, l'attività e le tecniche di massimazione governate dalla Corte di cassazione hanno costituito oggetto di studio nell'ambito del PRIN 2017 "Massimario penale e conoscibilità del diritto: la costruzione del precedente nello spazio giuridico europeo" (*Principal investigator* Prof. Massimo Donini), nell'ambito del quale può citarsi, da ultimo, G. DE AMICIS, *Principî di diritto, massime e prevedibilità delle decisioni: la Corte di cassazione tra stabilità e mutamento*, in *www.sistemapenale.it*, 16 ottobre 2024. Tra i contributi che si soffermano sull'attività di massimazione in rapporto alla legalità penale v. inoltre M.F. CARRIERO, *Crisi della legalità e intelligenza artificiale: uno sguardo (comparato) d'insieme*, in *Arch. pen.*, 2024, 2.

[55] Anzi, la realtà normativa ha un estremo bisogno della realtà materiale, in quanto «la legge non è la realtà, bensì solo la possibilità del diritto – e affinché dalla legge scaturisca il diritto c'è bisogno di ulteriori mattoni»: A. KAUFMANN, op. cit., 54.

[56] D. PERRONE, Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative* in malam partem *e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, spec. 196 ss.

[57] A. CADOPPI, op. cit., 171: «Esse sono in qualche modo dotate del carattere della generalità e dell'astrattezza, ma sono assai più specifiche e concrete di ciò che prevede la norma scritta, perché sono assai più vicine al fatto concreto. In quanto dotate di una pur limitata generalità, possono applicarsi a fatti non identici, ma analoghi; in quanto sufficientemente concrete, sono assai più vicine alla realtà dei fatti umani e dunque facilmente apprensibili anche dal non tecnico del diritto. Così, sotto il primo aspetto, sarà possibile, ad esempio, applicare la sottofattispecie del furto d'uso anche a Caio che ruba per usarla la motocicletta di Sempronio, e via discorrendo; sotto il secondo aspetto, tutti sono in grado di percepire la fisionomia della sottofattispecie del furto d'uso, per la sua estrema concretezza».

[58] F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *www.sistemapenale.it*, 10 aprile 2020, 2 s.

arricchimento, che meglio non potrebbe esprimere il significato del diritto che vive ed evolve nei casi e nel lavorio del giudice: la più concreta percezione del «senso legale», il quale «si trasforma – pur restando invariata la formulazione letterale – con i fatti storici, e cioè con la vita stessa»[59].

Da detta interazione tra fattispecie e fatto, il pensiero ermeneutico ha ricavato due acquisizioni che proficuamente intercettano i profili operativo-concettuali della nostra ricerca. Da un lato, rileva il metodo di apprendimento e conseguente applicazione giuridica da parte dell'interprete individuato da Arthur Kaufmann, movendo dalla rielaborazione del concetto di 'analogia'. Dall'altro lato, merita soffermarsi sullo specifico funzionamento del processo cognitivo in virtù del quale viene elaborata una regola per il caso concreto, sintetizzabile nella nota immagine della spirale ermeneutica di Winfried Hassemer che, in certo senso, perfeziona il valore descrittivo del circolo conoscitivo già rinvenibile nel pensiero di Heidegger.

2.2.1. Il sillogismo ermeneutico

Nelle pagine di Kaufmann si assiste a un recupero del sillogismo aristotelico quale modello gnoseologico che l'illustre penalista e filosofo fa proprio, pur rivedendolo alla luce dei postulati concettuali dell'ermeneutica. Anche in relazione ai casi – all'apparenza – più semplici, il sillogismo giudiziale, nella sua struttura originaria, fondata sulla combinazione di premessa maggiore e premessa minore in una logica e necessitata conclusione, non sembra accettabile: meglio, pare particolarmente slegato dalla realtà dei processi cognitivi – e, per l'effetto, illusorio – assumendo a presupposto un simulacro, ossia l'identità tra fatto e fattispecie. Il che pare difficilmente sostenibile, se si assume che «la norma giace sul piano del dover essere formulato concettualmente, il fatto su quello dell'effettività empirica»[60].

Più chiaramente, il sillogismo secondo Kaufmann non *presuppone* un'identità già esistente, bensì *accerta* l'avvenuta parificazione tra i due termini; i quali, pertanto, trovano avvicinamento per il tramite del procedimento analogico. L'interpretazione *è* analogia, ma non alla stregua di criterio funzionale a colmare le lacune di un ordinamento, bensì intesa come operazione che esige una «specifica 'precomprensione' corrispettiva tra 'classe' di fatti ai quali si riferisce la norma di legge e 'fatto storico' concreto»[61]. In tale prospettiva, l'interpretazione del diritto non è applicazione, ma

---

[59] A. KAUFMANN, op. cit., 55.
[60] A. KAUFMANN, op. cit., 53.
[61] G. CARUSO, *La discrezionalità*, cit., 133. Secondo A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2001, 6, 323, il sillogismo postula la necessità di eguagliare, livellare, «comparare ciò che è meno conosciuto con ciò che è maggiormente conosciuto».

invenzione, e l'invenzione è un «*condurre-in-corrispondenza*, un *adeguamento*, un'*assimilazione* tra il fatto storico e la norma»[62].

È proprio l'assimilazione[63], fulcro dell'esperienza interpretativa, che Kaufmann ricostruisce in due momenti, in un moto pendolare che va dal fatto al diritto e dal diritto al fatto, incessantemente, secondo la celebre metafora dell'«andirivieni dello sguardo tra premessa maggiore e fatto storico»[64]. In prima battuta, l'interprete dovrà pensare una veste giuridica potenzialmente idonea a regolare il fatto storico posto alla sua attenzione, sulla base della propria precomprensione e intuito[65]. E come intuire la norma più adatta al fatto (primo momento) se non partendo dal fatto storico medesimo (secondo momento)? Si percepisce, a questo punto, la circolarità del descritto rapporto, nella misura in cui il disvelamento del senso giuridico della norma è possibile alla luce del fatto storico, in un processo guidato da una cogente connotazione teleologica. In proposito, si osserva[66] correttamente come il giurista adatti la norma al caso poiché mosso da un interesse operativo a concepire la stessa alla stregua di idonea *regula juris* della vicenda concreta. È in questo secondo, decisivo, passaggio che si staglia il *medium* suscettibile di far interagire dialetticamente[67] le due premesse del sillogismo, rivisitato secondo un andamento 'reciprocamente ricostruttivo'[68]: la norma si applica al fatto storico laddove il senso giuridico della stessa appaia consentaneo rispetto alle modalità di lesione. Si tratta di comprendere, in altri termini, se la norma *sia stata ideata* per regolare fatti che esprimano il medesimo disvalore di quello occorso in concreto.

Siffatta concezione del processo interpretativo prende corpo nel pensiero del penalista e filosofo attraverso i due basilari concetti di «analogia», quale metodo di accostamento tra entità strutturalmente eterogenee (fatto e fattispecie), e «natura della cosa», quale criterio orientativo fondamentale - «perno»[69] - nella realizzazione del processo analogico. Quest'ultima venendo più

---

[62] A. KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa»*, cit., 54.

[63] G. CARUSO, op. ult. cit., 135, definisce l'assimilazione (*Gleichsetzung*) «quale attività pre-logica mediante la quale, sulla base di un criterio predeterminato per la singola attività conoscitiva, il soggetto dapprima isola, così costituendola, la predetta unità di senso, e quindi opera l'invenzione della *simil*-itudine tra i termini dell'attività conoscitiva; nello specifico ambito giuridico, l'as-*simil*-azione si determina come invenzione (realizzata o tentata) di una *simil*-itudine rilevante alla stregua giuridica, e cioè come *simil*-itudine giuridica tra una norma e un fatto da decidere».

[64] K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heindelberg, 1963[3], 15.

[65] A. KAUFMANN, op. ult. cit., 54: «il fulcro dell'ingegno del giurista risiede proprio e innanzitutto in questa capacità di analizzare fatti storici da un punto di vista giuridico-normativo, piuttosto che nella semplice conoscenza della legge».

[66] G. CARUSO, op. ult. cit., 137.

[67] K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., 112; ID., *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsforbildungen*, Karlsruhe, 1965, 2.

[68] Parla di «ricostruzione riflessa della norma e del fatto» G. CARUSO, op. ult. cit., 136. Trattasi, in altri termini, della immagine, forse più evocativa di ogni altra formula, presente nelle pagine di Gustav Radbruch, secondo cui la relazione tra fatto e norma imporrebbe all'interprete di «trapassare a tentoni dal mondo della realtà al mondo dei valori, per trovarvi l'idea capace di esprimere il senso di quell'apparenza empirica»: sul punto, v. G. RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in AA.VV., *Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun*, Amburgo, 1948, 33.

[69] A. KAUFMANN, op. cit., 61.

specificamente a identificarsi[70] con l'estrinsecazione nel caso concreto di una regola generale, di modo che il primo costituisca realistica esplicazione della seconda, intuibile in filigrana tra le pieghe dello stesso. In definitiva, la natura della cosa suggerisce i tratti caratterizzanti di un 'tipo' ermeneutico, portando a emersione un gradiente di disvalore comune – quanto a modalità e oggetto dell'offesa – a più fattispecie[71]. Il tipo viene concepito – pertanto – come la «proto-cosa (*Ur-sache*)»[72], il codice che permette di tradurre la lingua del fatto in quella del diritto e viceversa, la cui mancanza risulta fatale, apparendo indecifrabili due idiomi senza un dizionario bilingue che a ciascun vocabolo dell'uno giustapponga la traduzione nella 'lingua' dell'altro.

2.2.2. La spirale ermeneutica

La seconda acquisizione s'innesta sulla prima, postulando la feconda interazione tra fatto e norma e facendo luce sulla dinamica che consente all'interprete di ricavare «l'astrazione generalizzante del fatto da un decorso storico»[73]. Che il procedimento interpretativo presentasse carattere circolare, affidandosi la norma al fatto e il fatto alla norma, appariva già esplicito nel pensiero di Martin Heidegger, quindi proseguito da Engisch e Larenz e, da ultimo, perfezionato in Kaufmann. Il diritto non si presta a essere ricompreso nella esemplificazione del reale e, allo stesso modo, il reale non può essere regolato se non da una norma intuitivamente ritenuta dall'interprete adatta alla disciplina del caso di specie. Si è visto che detto procedimento viene condotto lungo due direttrici, parallele e opposte, le quali, soprattutto, agiscono simultaneamente. Di qui, il fatto si rivela essenziale per la norma e viceversa, in un circolo continuo.

Ciò che, tuttavia, non affiora – almeno sino alla decisiva intuizione di Winfried Hassemer, che propone il superamento dell'immagine del circolo in favore di quella della spirale – è che di detta interazione tanto la norma, quanto il fatto, 'beneficiano' a seguito del susseguirsi di *plurime* transizioni dall'una all'altra dimensione. Ciò è tanto più comprensibile se si considera che nel momento in cui l'interprete è reso edotto del fatto che «A, dopo aver consumato cinque bottiglie di

---

[70] Con riferimento alla "natura della cosa", v. G. RADBRUCH, *Die Natur der Sache*, cit., 31, 33; W. MAIHOFER, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht*, in *Annales Universitatis Saraviensis*, VIII, 1960, 152 ss.; G. STRATENWERTH, *Das Rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Tübingen, 1957, 17, 25; A. BARATTA, *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1959, 177 ss.; E. FECHNER, *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1962, 147, 151; H. SCHAMBECK, *Der Begriff der «Natur der Sache»*, Vienna, 1964, 143; K. LARENZ, *Wegweiser zu richterlicher Recthsschöpfung*, in AA.VV., *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen, 1958, 406 ss.

[71] Sul concetto di 'tipo' nell'ermeneutica giuridica tedesca v., nella penalistica italiana, R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, spec. 302 ss.

[72] A. KAUFMANN, op. ult. cit., 66.

[73] W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, trad. it. a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007; i riferimenti bibliografici, tuttavia, rimandano ad alcuni passaggi del testo contenuti in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO, (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., 65.

birra, girovaga due ore per la città, sottrae da qualche parte una bicicletta altrui con la quale, brillo eppure risoluto, raggiunge la propria abitazione, dove si siede a mangiare»[74], in quel momento, egli dispone di un decorso storico, *ma non ancora di un fatto*, cui annettere una norma. Per riuscire in ciò, egli è previamente tenuto a estrapolare dal decorso storico i soli elementi che appaiano rilevanti ai fini della costituzione del fatto: nel nostro esempio, selezionerà senz'altro il consumo delle bottiglie di birra e la sottrazione del mezzo altrui, verificando l'ipotesi – che *nasce* nella mente dell'interprete allo stesso tempo e sulla base di questi elementi – di furto, in rapporto alle disposizioni in materia di imputabilità.

Come evidente, tale operazione non si esaurisce in un atto istantaneo, da cui fatto e norma escono pienamente compresi e, in certo senso, 'coniugati', bensì si articola in un *iter* frastagliato di selezione, de-selezione, intuito e ricerca di conferme: «ciò che viene inserito nei "posti vuoti"[75] del non ancora inteso è esattamente allo stesso modo un non ancora inteso; detto altrimenti: come si è mostrato (là dove abbiamo parlato semplicemente di "decorso storico"), quando il fatto viene considerato per comprendere la fattispecie e i suoi elementi, esso non è ancora approntato come fatto [da ciò derivandone] che la fattispecie non può essere ancora compresa dopo il primo sguardo al fatto (quale decorso storico), poiché il fatto non è ancora stato compreso come fatto»[76]. Il processo interpretativo si atteggia, per l'effetto, a procedimento complesso – ben più che circolare e istantaneo – costituito da un serrato confronto tra elementi del decorso storico e ipotesi dell'interprete, di volta in volta su piani diversi e vieppiù dettagliati, all'esito dei quali vengono distillati il fatto rilevante e la norma che ammanta di giuridicità tale fatto. Un miglioramento qualitativo – consistente in un reciproco «*dischiudersi* senza interruzione»[77], un «*dispiegamento sincronico della fattispecie e del fatto l'uno sull'altro*»[78] che, nella realtà dell'applicazione giudiziale, prima o dopo verrà interrotto dall'interprete – una volta appagato, ritenendo apprezzabile il grado di connessione stabilito tra i due termini – per corrispondere alle esigenze pratiche dell'amministrazione della giustizia penale[79].

---

[74] *Ibidem*.
[75] Quindi: il consumo delle bottiglie di birra e la sottrazione della bicicletta, ossia i primi dati concreti selezionati dal decorso storico da parte dell'interprete.
[76] W. HASSEMER, op. cit., 68.
[77] A. KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa»*, cit., 56 (corsivi dell'Autore).
[78] W. HASSEMER, op. cit., 70 (corsivi dell'Autore).
[79] Così G. CARUSO, *La discrezionalità penale*, cit., 140.

3. Ermeneutica giuridica e legalità penale

Le acquisizioni dogmatiche che si è cercato di rievocare sinteticamente nei paragrafi che precedono sembrano essere avvinte a doppio filo alle vicende della legalità penale, ai corollari di questa che ci siamo proposti di analizzare e alla dialettica tra legislatore e giudice[80]. La legalità penale va concepita alla stregua di una valutazione trasversale, suscettibile di interessare ogni istante applicativo di una regola, sia essa disposizione o norma. Nel momento in cui la stessa viene formulata entra in gioco una valutazione circa la bontà dell'operato del legislatore. Quindi, la regola verrà valutata in base a come evolverà nella prassi giurisprudenziale: sarà verificata la conformità delle soluzioni raggiunte rispetto alla lettera della legge; verrà analizzata la coerenza della soluzione in una prospettiva teleologica di *Kriminalpolitik*; saranno esaminate le motivazioni alla base di una decisione restrittiva o ampliativa di un significato la cui ampiezza semantica risultava, sino a quel momento, consolidata; saranno studiate le massime che, compendiando in pochi righi il contenuto delle decisioni, aiutano a seguire gli itinerari intrapresi dalla interpretazione. Infine, verrà saggiata la bontà della norma che decide il caso concreto alla luce delle peculiarità che detto caso presenta sul piano fattuale.

Il primo passo[81] attiene, pertanto, a un giudizio sulla determinatezza[82] della disposizione. Trattasi di una valutazione relativa alla qualità dei segni linguistici impiegati dal legislatore nella composizione della fattispecie, che dà primario rilievo alla precisione dei lemmi prescelti – la corrispondenza di una parola a un insieme *finito* di elementi – e il fatto che, più in generale, dalla lettura del testo di legge il consociato possa isolare concettualmente nella propria mente il comportamento corrispondente a quella fattispecie, ossia il nucleo di disvalore che – ove tradotto in azione – ne determinerà la punibilità. Orbene, su di una tale valutazione incide marcatamente – a nostro modo di vedere – quanto descritto dal paradigma della precomprensione ermeneutica per il legislatore. Il giudizio sulla determinatezza verrà condotto tenendo debitamente da conto i fattori che hanno influito – più o meno consapevolmente – sul legislatore nella compilazione del precetto. E non si tratta solo di ricercare l'autorevolezza della c.d. interpretazione storica e della *voluntas legis* a essa sottesa. Certo, lo studio dei Lavori Preparatori e delle Relazioni annesse ai progetti di legge costituirà un indubbio ausilio nella ricostruzione dell'autentico significato di una disposizione, ma la precomprensione si estende oltre. A ben vedere, anche una interpretazione teleologicamente orientata è incisa da tale fenomeno e

---

[80] Sulle connessioni tra ermeneutica e corollari della legalità v. O. DI GIOVINE, *L'attuale, il frainteso e il superato dell'ermeneutica penale nel contesto italiano*, in *Ars Interpretandi*, 2020, 2, spec. 70 ss.

[81] Come evidente: sul piano logico, non cronologico, potendo la censura di determinatezza essere fatta valere – in via applicativa – in qualsiasi frangente dell'itinerario processuale. Di qui, la eventuale censura di determinatezza avanzata dalle parti potrebbe portare il giudice interessato a sollevare questione di legittimità costituzionale: analogamente, F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 2, 328.

[82] Per cui v. *amplius infra*, par. 4.

a tale fenomeno si rifà. Altrimenti detto, la precomprensione ermeneutica del fatto, l'insieme dei fattori che hanno indotto il legislatore a formulare una fattispecie optando per certi segni linguistici, scartandone altri, appare idonea a fare affiorare le dinamiche 'storiche' retrostanti a un precetto di legge e, conseguentemente, a valutare se il prodotto finito sia coerente – e, dunque, costituzionalmente accettabile – rispetto a quanto preconizzato originariamente dal legislatore nonché, prima ancora, dal corpo sociale in seno al quale si respirava il bisogno di regolare giuridicamente un fenomeno criminoso ancora non (o non adeguatamente) interessato dalla legge penale vigente.

Ma altrettanto chiaramente il dischiudersi reciproco della fattispecie e del fatto – sintetizzabile nelle immagini del sillogismo e della spirale ermeneutici – giustifica e legittima una valutazione di riconoscibilità del precetto e di prevedibilità della conseguente decisione giudiziale. Con la riconoscibilità[83], siccome enucleata a seguito della sentenza n. 364 del 1988, muta l'oggetto posto sotto la lente della legalità: non si guarda più alla disposizione, alla qualità nell'accostamento e nella scelta dei segni linguistici, bensì alla *regula juris*, invero più specifica rispetto alla *littera legis* da cui promana, perché elaborata dal formante giurisprudenziale a seguito dell'incontro con il caso concreto. A ben vedere, il precetto interpretato assume una rilevanza quasi maggiore rispetto alla disposizione, nei confronti della quale si pone a mo' di oggetto raffinato, formulato a partire da un semilavorato più 'grezzo'. Esso appare estremamente dettagliato, individuando sotto-ipotesi pur sempre riconducibili a quella generale di cui alla disposizione, ma caratterizzate da elementi fattuali ulteriori, i quali talora restringeranno, talora espanderanno il perimetro delle condotte astrattamente punibili sulla base della disposizione non ancora interpretata. Così, la condotta di accesso abusivo a sistema informatico si estende anche al titolare delle credenziali di accesso al sistema che tuttavia abbia effettuato l'accesso per ragioni ontologicamente estranee rispetto a quelle per cui le credenziali gli venivano attribuite[84] e, addirittura, a chi, in legittimo possesso delle credenziali, permetta a terzi l'accesso nonostante il sistema sia pubblico, ancorché, per i privati terzi, dietro pagamento di un corrispettivo[85]. Allo stesso modo, integra il delitto di pornografia minorile anche colui che sia concorso nella produzione di

---

[83] Per cui v. *amplius infra*, par. 5.

[84] Cass. pen., Sez. Un., 8 settembre 2017, n. 41210, *Savarese*: «integra il delitto previsto dall'art. 615 *ter*, secondo comma, n. 1, cod. pen. la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare di un sistema informatico o telematico protetto per delimitarne l'accesso (nella specie, Registro delle notizie di reato: Re.Ge.) acceda o si mantenga nel sistema per ragioni ontologicamente estranee e comunque diverse rispetto a quelle per le quali, soltanto, la facoltà di accesso gli è attribuite».

[85] Detto ulteriore ampliamento sotto il cappello dell'art. 615 *ter* c.p. veniva di recente affermato da Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2024, n. 1164, in cui rilevava "il mancato pagamento della somma prevista per l'accesso pubblico" da parte dell'informatore di P.G., per accedere al P.R.A. (accesso, per contro, gratuito nei confronti dell'agente di P.G., il quale permetteva al proprio informatore di evitare il pagamento del *quantum* previsto), come condotta rilevante al fine di connotare il carattere 'abusivo' dell'accesso posto in essere dai ricorrenti.

materiale strettamente 'domestica' e a prescindere da qualsiasi accertamento circa il pericolo concreto di diffusione, posto che tale elemento sarebbe divenuto superfluo – perché intrinseco alle stesse modalità di commissione del delitto – nel mutato contesto sociale e tecnologico[86].

Insomma, per conoscere i confini tra lecito e illecito, non basta conoscere le disposizioni, ma occorre prendere cognizione delle norme[87]. Queste ultime pervengono a soluzioni anche molto remote dalla disposizione d'origine, venendo plasmate sul fatto di volta in volta rilevante. Di qui, evidente il rilievo della seconda fondamentale acquisizione dell'ermeneutica, la quale si sforza di fornire con la spirale una descrizione realistica del momento interpretativo, postulando la bivalente necessità della fattispecie al fatto e del fatto alla fattispecie. Là dove esprima un disvalore rilevante, il fatto abbisogna della fattispecie, altrimenti non troverebbe soddisfacente regolazione, esigendo – pur sempre nel rispetto del principio di frammentarietà del diritto penale[88] – un'appropriata veste giuridica. Ma ciò che più rileva è il percorso inverso, imperniato sull'arricchimento della fattispecie da parte del fatto, con una dinamica che pone in luce la permanente espansione del diritto nella realtà dei casi e, conseguentemente, l'opportunità di valutare quanto e se questi nuovi casi – nel diventare parte integrante del precetto – siano riconoscibili dal cittadino.

Da ultimo, la spirale ermeneutica giustifica il rinvenimento di un'adeguata tutela nei confronti del singolo anche con riguardo alla possibilità per lo stesso di prevedere ragionevolmente il contenuto di una decisione. Anzi, proprio l'aleatorietà del processo interpretativo – influenzato da volatili e mutevoli precomprensioni e sempre esposto alle varianti di nuove casistiche – impone, in un sistema imperniato sulla legalità penale *per* il singolo (in virtù del combinato disposto degli artt. 25, co. 2 e 27, co. 1 e 3 Cost.), che questi possa fare affidamento sugli interpreti qualificati e, laddove detto affidamento venga violato, che goda di una soddisfacente tutela. L'ermeneutica giuridica, demistificando le incertezze[89] sottese a tali dinamiche, legittima più di ogni altra corrente l'opportunità di riordinare – alla luce di detto affidamento – l'apparato di garanzie del singolo[90], lungo il versante della legalità penale costituzionale.

---

[86] In questi termini Cass. pen., Sez. Un., 15 novembre 2018, n. 51815, cui sarebbe seguita, in prospettiva ulteriormente ampliativa, Cass. pen., Sez. Un., 9 febbraio 2022, n. 4616.

[87] M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 83: «Non cambia la *disposizione astratta*, ma il suo *contenuto*. Cambia la *norma*».

[88] Sull'imprescindibilità del rispetto di tale canone, come derivante da una coerente individuazione di un punto d'incontro tra disvalore di una condotta e descrizione puntuale del tipo da parte di una fattispecie L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, 1678.

[89] A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione*, cit., 334: «tale procedimento [di individuazione del diritto da parte dell'interprete, n.d.s.] si sviluppa in maniera del tutto irriflessa, *non sulla scorta di un metodo controllato scientificamente* [e] così continua ancora a succedere nella prassi quotidiana».

[90] M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello Stato - epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 45: «non è lontana la fase cruciale in cui [la scienza penalistica] dovrà prendere atto del fatto che molti degli strumenti culturali e ideologici di cui si è valsa, e ancora oggi si vale, diverranno inservibili».

4. La negletta, ma irrinunciabile, determinatezza

All'interno di un sistema democratico, la traduzione in segni linguistici di un fatto affinché per il futuro vicende a esso corrispondenti possano essere regolate omogeneamente sembrerebbe un imperativo, per così dire, 'beccarianamente' doveroso e 'montesquieunamente' semplice, per il moderno legislatore che persegua l'obiettivo della chiarezza del testo. In realtà, secoli di stratificazione giuridica rivelano una realtà opposta, in cui segno linguistico e casistica mostrano di essere governate da logiche differenti e, per quanto possano convergere, anche asintoticamente, nondimeno soltanto nell'illusorietà degli ideali illuministici combaceranno. La chiarezza semantica, in altre parole, si atteggia a obbligazione di risultato[91], e tuttavia relativa a un obiettivo che potrà costituire un valore orientativo, ma mai realisticamente ottenibile. La determinatezza convive con tale peso, e proprio detta incompiutezza intrinseca ne ha sovente adombrato la rilevanza per la tenuta delle legalità penale.

Benché essa incarni un valore "inafferrabile"[92] – poliforme nella *ratio*, nei contenuti e nei destinatari – non per questo pare dogmaticamente rinunciabile, rappresentando il principio da cui muovere nella valutazione di una situazione giuridica, comprensiva di disposizione, fatto, norma e decisione.

Vero è che la determinatezza rappresenta, tra i corollari della legalità, quello che ha conosciuto i più rilevanti scotimenti concettuali. Prescindendo ora dalla componente più 'politica' della determinatezza – risalente alla esigenza di separazione dei poteri, oggi meno avvertita[93] –, a ben vedere l'osservazione appare scontata, nella misura tale principio ha tradizionalmente costituito uno dei ponti di comunicazione tra legalità e concezione della pena. Se il meno confessabile fondamento della sanzione penale è racchiuso nella deterrenza[94], se cioè la minaccia di una pena severa deve agire quale controspinta psicologica alle fascinazioni criminose dell'agente, allora quest'ultimo – se razionale – sarà indotto a non delinquere, pendendo la bilancia delle conseguenze del suo agire verso i costi, più che verso i benefici. Strumentale a una tale valutazione preventiva è dunque una precisa definizione di cosa sia consentito e cosa sia, invece, vietato, trovando in ciò piena giustificazione la legalità come determinatezza delle disposizioni incriminatrici.

---

[91] Così F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, Pisa, 2019, 86.
[92] A. MASSARO, op. cit., 108.
[93] Cfr. *supra*, cap. I, con riguardo al canone della riserva di legge.
[94] Sulla *psychologische Zwangstheorie* nel pensiero di Feuerbach, v., in particolare, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 47 ss. Più in generale, M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, *passim*.

Nel momento in cui, da un lato, alla disposizione si sovrappone prepotentemente la norma[95] e, dall'altro lato, la generalprevenzione ritrae il proprio raggio di azione nel rinnovato contesto costituzionale, riducendosi alla componente giustificativa oggi forse meno visibile nella teoria della pena[96], è evidente che la determinatezza, messa in crisi nei suoi presupposti giustificativi, vacilli. Tuttavia, non può omettersi di rilevare come la stessa abbia messo in atto una lenta – e spesso silenziosa – palingenesi, per quanto al prezzo di una non trascurabile 'contaminazione' dogmatica. Ha mutato (meglio, ampliato), anzitutto, il proprio oggetto: da esegesi del segno linguistico della disposizione, la determinatezza interessa altresì la lettura giurisprudenziale del precetto, estendendosi alla norma. Essa ha quindi conosciuto una rilettura concettuale, trovando nuova linfa dalla interazione con tipicità, ragionevolezza e offensività. E, sebbene la prassi giurisprudenziale per lungo tempo ne abbia rivelato una certa debolezza applicativa, la stessa non ha mancato di prendersi delle rivincite, anche recenti, che ne hanno rinvigorito lo statuto dogmatico. Oggi, la determinatezza – potendosi anche flettere in *determinabilità* – traccia un evidente nesso tra disposizione e norma, tra ordinamento e persona, tra versante oggettivo e soggettivo della legalità penale. Insomma, essa assurge a presupposto *originario* di validità di una fattispecie, la cui formulazione testuale è comunque suscettibile, entro certi limiti, di emendamento grazie a una virtuosa opera chiarificatrice della giurisprudenza.

Conoscere la norma è importante per il cittadino, ma la norma muove imprescindibilmente da una disposizione, e quanto meno quest'ultima risulta comprensibile, poiché dà spazio a innumerevoli alternative interpretative, tanto meno il cittadino si può orientare[97] e la decisione del caso concreto potrà apparire prevedibile (e giusta): «ovvio che la legge non potrà prefigurarsi l'intera casistica applicativa futura del dettato normativo nella prassi e neppure ogni fatto nuovo relativo ai quadri situazionali cui intenda riferirsi. Ma il nodo problematico è l'opposto: se cioè le caratteristiche de caso concreto possano pur sempre collocarsi *entro i confini* di ciò che la legge *ha detto*, e non semplicemente entro l'ambito degli scopi che le siano attribuiti»[98].

---

[95] Cfr. *supra*, par. 2.

[96] V. però W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, trad. it. a cura di D. Siciliano, Bologna, 2012, *passim*, seppur con riferimento a una concezione positiva del paradigma della prevenzione.

[97] F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, 144.

[98] L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo*, cit., 1687 (corsivi dell'Autore). In proposito, rileviamo come l'importanza del testo non venga ignorata nemmeno dagli ermeneutici che, adottando una prospettiva descrittiva del processo interpretativo, nondimeno rinnegano (in particolare, Winfried Hassemer) la legittimità della soluzione – *eccessivamente* (posto che ogni processo interpretativo, secondo detta corrente, assume tale natura) – analogica, riconoscendo nel testo di legge l'ineliminabile «pietra di paragone per una politica del diritto che si situi nell'ambito dello stato di diritto»: cfr., in particolare, W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars Interpretandi*, 1997, 2, spec. 172.

4.1. Determinatezza come precisione e intellegibilità (con uno sguardo al diritto penale dell'economia)

Il paradosso della determinatezza – sospesa tra debolezza applicativa e imprescindibilità dogmatica – riflette la natura complessa del principio, guadagnata nella perenne tensione tra disposizione e norma. Il significato minimo della determinatezza risiede, anzitutto, in una valutazione di efficacia descrittiva. In tale prospettiva, essa si atteggia a monito per il legislatore, al quale impone la redazione di enunciati linguisticamente precisi: insomma, un «canone di formulazione della legge»[99]. La precisione del precetto risponde così al nucleo concettuale minimo della determinatezza, tutto rivolto sulla pregnanza dei segni linguistici. Il che, come evidente, non equivale a un 'imbrigliamento' dell'uso del linguaggio, imponendone l'assoluta formalizzazione e espungendone ogni elemento valutativo[100] (donde la inammissibile sterilizzazione del valore prescrittivo del precetto e l'inadeguatezza applicativa rispetto al fatto concreto), bensì si sostanzia in un articolato sistema di scelte sintattiche e tecniche di compilazione della disposizione penale. La capacità del legislatore si misura cioè nella sensibilità di cogliere quale sia di volta in volta la formula linguistica più adatta nella redazione di un precetto.

Valutazione, a ben vedere, che subisce il diretto influsso di una congerie di fattori (la precomprensione ermeneutica del legislatore). Così, la esigenza di inquadrare una situazione di vita potrà imporre il ricorso a un elemento descrittivo; la necessità di garantire una certa fissità interpretativa esigerà l'impiego di parametri quantitativi, financo numerici; talora, apparirà agevole il rinvio esterno da parte di un elemento normativo ad altre disposizioni che lo definiscano; ancora, la verisimile obsolescenza futura della disposizione all'evolvere della società indurrà il legislatore a optare per elementi normativi extragiuridici, ancorché fisiologicamente meno precisi; altre volte, il timore del fraintendimento incoraggerà il rischioso utilizzo di norme definitorie ovvero, radicalmente, il legislatore contravverrà all'imperativo della precisione del testo, inserendovi clausole generali, fisiologici catalizzatori di eterogenee soluzioni giurisprudenziali[101].

Ben si comprende come la determinatezza imponga altresì una valutazione di stretta intellegibilità del precetto: è possibile, dalla lettura della disposizione, *capire* quale sia la condotta che il legislatore intende perseguire? Può estrapolarsi dai segni linguistici l'originaria scelta politica di penalizzazione?[102] Da sola, un'istanza di intellegibilità in senso stretto rappresenta un'esigenza

[99] F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale*, cit., spec. 328.
[100] M. RONCO, *Il principio di legalità*, in M. RONCO-E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, I, Bologna, 2006, 56.
[101] Sulle connessioni tra tecniche di redazione delle fattispecie e principio di determinatezza, v., per tutti, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 189-220.
[102] *Ibidem*.

minima di garanzia per il singolo, esprimendo il rapporto tra Stato e cittadino. È pertanto evidente che tale primo baluardo garantistico corrisponda a un «termine di connessione tra norma e cittadino che verifica l'impatto che la norma ha nella rappresentazione di un destinatario medio»[103]. L'intellegibilità – in altri termini – sembra costituire l'originario canone di valutazione del precetto: un primo stadio che esige che sin dalla grezza disposizione – non ancora 'raffinata' in norma dall'interprete – possa ricavarsi un significato di agevole comprensibilità.

Sicché, precisione e intellegibilità convergono, costituendo versanti opposti della medesima entità: il rispetto della prima, rivolta al legislatore, viene 'verificato' solo laddove sia acclarata la sussistenza della seconda.

Può cogliersi, a questo punto, il legame che avvince la determinatezza – nella peculiare declinazione di intellegibilità – agli altri corollari che compongono lo statuto garantistico del singolo. Si tratta di una progressione logica, tale per cui la non intellegibilità della disposizione – se non emendata da una giurisprudenza tassativizzante[104] – inciderà negativamente sulla riconoscibilità della norma e, da ultimo, sulla prevedibilità stessa della decisione[105].

A riguardo, si è condivisibilmente evidenziato come il diritto penale dell'economia[106] costituisca il terreno privilegiato delle fattispecie non intellegibili. Si tratta di una critica che, a ben vedere, si riallaccia alla irrisolta dicotomia esistente, a monte, tra *mala in se* e *mala quia vetita*. Più specificamente, in relazione a questi ultimi la regolazione giuridica viene affidata – anche quanto al tipo di fonte prescelta – a discipline ad elevatissimo coefficiente tecnico, in quanto traducono in disposizioni nozioni promananti da ambiti alquanto eterogenei al diritto (la finanza, la

---

[103] Sul diretto nesso che avvince l'intellegibilità al processo di interpretazione, nella misura in cui il secondo necessita, per poter essere realizzato, di un grado minimo di sussistenza della prima, con la conseguenza che detto corollario attiene al diritto positivo e non al diritto giurisprudenziale, cfr. F. PALAZZO, *La legge "radicalmente oscura" al vaglio della Corte costituzionale: profili penalistici (e non solo)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 3, 1050 ss., in commento a Corte cost., 5 giugno 2023, n. 110.

[104] Cfr. *infra*, par. 4.3.2.

[105] Cfr. S. DE BLASIS, *L'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità della norma penale*, Napoli, 2023, 41. Si noti come, nonostante condividiamo ampiamente la ricostruzione e le conclusioni cui perviene, l'Autrice ritenga di isolare concettualmente l'intellegibilità, come corollario autonomo rispetto alla determinatezza e persino riconducibile a una cifra costituzionale diversa rispetto a quella che connota quest'ultima: «l'intelligibilità non sostituisce la determinatezza, né di essa è mera specificazione, ma le si affianca con funzioni in parte diverse ed entrambe indispensabili. Se la determinatezza, secondo la concezione classica, garantisce la verificabilità in concreto della previsione legislativa, l'intellegibilità mira ad una comprensibilità *immediata* del testo al cittadino e, per l'effetto, del comportamento vietato o comandato. Non si seguirà la lettura della determinatezza come sintesi tra precisione e verificabilità, prediligendo, piuttosto, un'autonoma funzione del principio di precisione di cui l'intellegibilità rappresenta il primo risvolto pratico». Noi riteniamo, come si dirà appresso, che la intellegibilità costituisca una delle due componenti della determinatezza, che affianca la verificabilità ma che al contempo la precede logicamente, assumendo una posizione aderente alla ricostruzione più diffusa in seno alla dottrina (v., per esempio, di recente, A. MASSARO, *Determinatezza della norma*, cit., 342 ss.). Ripetesi: non stiamo certo ponendo in discussione una tale scelta; tuttavia, prediligiamo l'alternativa sopra descritta, per mere esigenze espositive, concentrandosi la nostra ricerca prevalentemente su corollari altri rispetto alla determinatezza e alla intellegibilità.

[106] Ci riferiamo a tale categoria tenendo a mente tutti i limiti definitori alla stessa sottesi, siccome enucleati in M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, *passim*.

macroeconomia, l'economia aziendale, *etc.*); su queste – e sulle corrispondenti condotte che le violino – il diritto penale costruisce nuove fattispecie. Ma si tratta, come evidente, di una normazione doppiamente "filtrata": in un primo momento, dalla disciplina extra-penale che cerca di fornire una veste giuridica a fenomeni extra-normativi; quindi, dal diritto penale, che individua quali, tra le condotte connotate di disvalore, meritino una sanzione penale. Emerge come le fattispecie incriminatrici risultino costruite mediante un gioco di rinvii intra-giuridici e inter-disciplinari, in assenza di una reale politica criminale retrostante che con coerenza individui l'*an*, il *quando* e il *quomodo* dell'intervento penale nel settore economico di volta in volta rilevante. Come conseguenza, si affievolisce il legame tra la fattispecie incriminatrice e il bene giuridico tutelato, soggetto a una vera e propria «smaterializzazione-decontestualizzazione»[107], da ciò derivandone lo svuotamento della pregnanza delle condotte rilevanti. Ebbene, proprio la innegabile difficoltà di descrivere in pochi, precisi ed evocativi segni degli «accadimenti che sfuggono a una predeterminazione di tipo "iconografico"»[108], unitamente al progressivo disancoramento della condotta dal tipo criminoso – in tali contesti sfuggente – ha come prima ricaduta la carenza nella precisione descrittiva della fattispecie stessa, non intellegibile nemmeno dai soggetti 'esperti' del settore di riferimento.

Un tale disagio si è manifestato con particolare riguardo al settore del diritto penale degli strumenti finanziari, martoriato da plurimi interventi legislativi che ne hanno reso irriconoscibile la fisionomia, creando fattispecie in cui non era possibile comprendere se determinate condotte fossero penalmente rilevanti o meno. Eclatante il caso del reato di manipolazione di mercato su MTF[109], là dove, anche una volta ricostruita la corrispondente fattispecie all'esito di un dettagliato raffronto di una triplice

---

[107] M. PAPA, Fantastic voyage. *Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, 91.

[108] L. EUSEBI, op. cit., 1677 s.

[109] Più specificamente, ci si riferisce alla contravvenzione prevista dall'art. 185, co. 2 *bis* TUF che – in particolare nella versione vigente tra il 29 settembre 2018 e il 31 gennaio 2022, introdotta dal D.lgs. n. 107 del 2018 – sanzionava con l'ammenda fino a euro 103.291 e l'arresto fino a tre anni le condotte di manipolazione del mercato che avessero ad oggetto gli "strumenti finanziari di cui all'art. 180, comma 1, lettera a), numeri 2), 2 *bis*) e 2 *ter*), *limitatamente* agli strumenti finanziari il cui prezzo o valore dipende dal prezzo o dal valore di uno strumento finanziario di cui ai numeri 2) e 2 *bis*) ovvero ha un effetto su tale prezzo o valore, o relative alle aste su una piattaforma d'asta autorizzata come un mercato regolamentato di quote di emissioni […]" (enfasi nostra). In proposito, non era chiaro se detta proposizione, la quale circoscriveva la penale rilevanza di tali condotte "limitatamente" agli strumenti finanziari il cui prezzo o valore *dipende* dal prezzo o dal valore di altri strumenti (in altre parole, a strumenti derivati), si riferisse ai soli strumenti di cui all'art. 180, comma 1 n. 2 *ter*) – dovendosi leggere come "questi ultimi, limitatamente" – ovvero, più radicalmente, a *tutti* gli strumenti contemplati all'interno dell'art. 185, co. 2 *bis*. Opposte le conseguenze: secondo la prima ricostruzione, le condotte di cui all'art. 180, co. 1, lett. a n. 2) e 2 *bis*) (quindi anche le condotte tenute su MTF) avrebbero mantenuto piena rilevanza penale; accogliendo la seconda interpretazione, ne sarebbe invece derivata la implicita e parziale abrogazione del *market abuse* tenuto su strumenti negoziati in OTC, OTF e MTF, limitatamente (appunto!) ai casi in cui tali strumenti concernessero operazioni indipendenti, ossia che non incidono né vengono incise dal prezzo o valore degli strumenti finanziari indicati all'art. 180, comma 1, lett. a), numeri 2) e 2 *bis*). L'incertezza interpretativa affiorava in un caso al vaglio dalla giurisprudenza di merito, in cui si contrapponevano le due tesi, rispettivamente sostenute dal Pubblico ministero e dalla difesa. In merito alla vicenda, e per una più dettagliata ricostruzione della questione interpretativa, sia consentito rinviare a J. DELLA VALENTINA, *Errore di diritto e manipolazione di mercato: una (insperata) occasione per il recupero di un rimedio dimenticato? Nota a Trib. Bologna, sez. I, 30 marzo 2023*, in *Cass. pen.*, 2024, 9, 2796 ss.

(*sic*!) successione normativa e la combinazione di tre diverse disposizioni[110], non era chiara la punibilità della diffusione di notizie false sulle condizioni economiche di una società, suscettibile di gonfiare artificiosamente il prezzo delle relative azioni nell'ambito dei sistemi multilaterali di negoziazione.

Orbene, l'impossibilità (anche per un tecnico) di *capire* cosa rientri nei confini del penalmente rilevante integra il vizio più grave – e, in certo senso, più 'scolastico' – che possa affliggere una fattispecie: innestandosi alla radice della sequenza disposizione-norma-decisione, e interessando il piano del significato dei segni linguistici, lo stesso meriterebbe la censura più radicale, da individuarsi nell'incidente di costituzionalità[111].

Nondimeno – e a fronte della nota sporadicità delle pronunce che abbiano accolto tale estrema soluzione[112] – gli esempi riportati fanno bene emergere il legame che avvince la determinatezza (*sub specie* di precisione-intellegibilità) alla prevedibilità delle decisioni, denotando come tali corollari implichino l'inscindibilità del connubio tra legalità e colpevolezza dell'agente. È infatti chiaro che quanto avviene sul piano concreto – se i segni linguistici non possono essere compresi, viene frustrata la funzione orientativa del precetto e il consociato non può sapere se sarà punito o meno tenendo una data condotta – trova corrispondenza sul piano dei principii: la carenza di legalità-determinatezza si riversa nell'assenza di colpevolezza dell'agente. Il che, a ben vedere, costituisce un paradigma già compiutamente teorizzato dalla Corte costituzionale nel 1988, allorquando inseriva tra le cause oggettive di scusabilità dell'*error juris* l'"assoluta oscurità del testo legislativo": un inadempimento originario dello Stato – all'interno del modello contrattualistico delineato dalla Consulta nella storica

---

[110] L'art. 185 TUF costituisce la disposizione incriminatrice. Tuttavia, la stessa può compiutamente ricostruirsi solo se letta unitamente agli artt. 180 e 182 TUF che, rispettivamente, forniscono la definizione di 'strumenti finanziari' rilevante ai fini del Titolo I *bis* TUF e l'ambito oggettivo di applicazione delle condotte punibili ai sensi del suddetto Titolo. Le tre disposizioni venivano fatte oggetto, tra il 2009 e il 2021 di un triplice intervento normativo che ne sconvolgeva il coordinamento, provocando equivoci circa l'esatto ambito di applicazione delle medesime. La letteratura che si è proposta di riordinare il microsistema è ampia: senza pretesa di esaustività, con riferimento alle diverse riforme succedutesi, segnaliamo, con riferimento alla riforma del 2009, E. BASILE, *Contravvenzioni e contraddizioni in tema di abusi di mercato: tutela penale dei sistemi multilaterali di negoziazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, 4, 748 s.; M. SEPE, *Mercati regolamentati, sistemi multilaterali di negoziazione e internalizzatori sistematici nel recepimento della direttiva MIFID*, in M. DE POLI (a cura di), *La nuova normativa MIFID*, Padova, 2009, 113 ss,; con riferimento alla riforma del 2018, E. BASILE, *Verso la riforma della disciplina italiana del* market abuse*: la legge-delega per il recepimento della direttiva 57/2014/UE*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 10 dicembre 2015, 17 ss.; ID., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 272 ss.; ID., *Mini-riforma del* market abuse*: obiettivi mancati ed eterogenesi dei fini nel D.Lgs. n. 107/2018*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 3, 330 s.; M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2020, 366 ss.; F. MUCCIARELLI, *Riforma penalistica del* market abuse*: l'attesa continua*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1, 5 ss.; ID., *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 10*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, 3, 180; ID., voce *Abusi di mercato*, in *Treccani – Il libro dell'anno 2019*; con riferimento alla riforma del 2021, G. MARTIELLO, *Il "ravvedimento comunitario" del legislatore nazionale in materia di repressione degli «abusi di mercato»: prime note di commento all'art. 26 della legge n. 238/2021 («legge europea 2019-2020»)*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 30 maggio 2022.

[111] F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., *passim*.

[112] Cfr. *infra*, par. 4.3.1.

sentenza – che non avrebbe potuto essere posto a carico del cittadino. Se l'effettivo significato della legge non si presta ad essere decifrato con esattezza nemmeno dagli *intranei* alla materia, non dovrebbe ammettersi che le conseguenze di un'inefficienza delle istituzioni ricadano sul consociato. Per il Giudice delle leggi, una tale affermazione equivaleva a riconoscere formalmente l'inflazione di un sistema disseminato di disposizioni (oltre che quasi irreperibili[113] nella 'galassia' della legislazione speciale) inintellegibili e, come tali, inidonee a guidare il cittadino nelle libere scelte di azione. Insomma, una lettura rispettosa dei canoni costituzionali di legalità e colpevolezza non dovrebbe pretendere che il dovere d'informazione del consociato – anche qualora ritenuto "soggetto esperto" – si estenda al punto da sopperire alle carenze originarie del legislatore. Al contrario: una responsabilità penale in presenza di una legge non intellegibile si risolverebbe nella più bieca forma di responsabilità oggettiva per fatto altrui, rispondendo il cittadino di un inadempimento – ritornando alla dimensione contrattualistica delineata dalla sentenza n. 364/1988 – dello Stato[114].

4.2. Determinatezza come verificabilità

La determinatezza, come noto, non si arresta alla intellegibilità dei segni linguistici, in quanto le disposizioni necessitano – nella prospettiva di una concreta fruibilità processuale – di riscontro materiale nella realtà dei fatti. L'enunciato linguistico dovrebbe costituire la traduzione 'sintattica' di un fenomeno osservato e percepito *ex ante* nei suoi lineamenti essenziali da parte del legislatore, di modo che possa trovare applicazione alle vicende future analoghe, secondo l'andamento 'circolare' tra fatto e fattispecie descritto nei paragrafi precedenti. Altrimenti detto, la verificabilità costituisce la componente dinamica della determinatezza, tale per cui una fattispecie – per dirsi determinata – deve risultare 'utilizzabile' nel circuito processuale, la lettura della stessa potendo evocare una categoria di fenomeni empiricamente riscontrabili[115].

---

[113] Come evidente, tale criticità si somma a quella della (carenza di) precisione del testo della disposizione. La stessa è identificata nell'accessibilità del precetto, garanzia che ha trovato compiuta identificazione, come si dirà, in sede 'convenzionale' nella giurisprudenza della Corte EDU e che, a ben vedere, tradotta nelle categorie interne accede soprattutto alla riserva di legge, venendo le disposizioni incriminatrici particolarmente settoriali ricostruite all'esito di un dettagliato gioco di rinvii a fonti diverse dalla legge ordinaria.

[114] Analogamente, e con riferimento ai legami esistenti tra errore inevitabile sul precetto penale e (in)intellegibilità della norma penale, S. DE BLASIS, op. cit., 81: «l'ignoranza assoluta inevitabile della legge penale e l'errore inevitabile sul precetto dovuto a una disposizione inintellegibile operano su un piano eminentemente oggettivo e neppure il più esperto dei consociati può essere chiamato ad uno sforzo tale da trasformare a sue «spese» una disposizione inintellegibile in una norma intellegibile». Sul tema, e criticamente verso l'utilizzo del rimedio *ex* art. 5 c.p. nei casi di "inadempienze" dello Stato, v. altresì M. DONINI, *Fattispecie o* case-law*?*, cit., 99, nonché ID., *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 10.

[115] Su tale parametro, P.G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, 806 ss.

Come noto, detta declinazione del principio ha trovato compiuta enucleazione (e applicazione) nella declaratoria di illegittimità costituzionale del delitto di plagio, rimasta una delle *rarae aves* tra le sentenze di accoglimento per violazione della determinatezza. In detta decisione, viene posta in rilievo la complessità dogmatica della categoria, in quanto alla possibilità – «pressoché immancabile»[116] – di attribuire un valore di senso compiuto alle parole della legge può non sempre accompagnarsi la riscontrabilità del fenomeno descritto nella realtà[117]. Così avveniva nel caso dell'art. 603 c.p., in cui l'intangibilità materiale del "totale stato di soggezione", quale evento del delitto, induceva la Consulta a riconoscere l'estrema difficoltà, «se non [l'impossibilità di] individuare sul piano pratico e distinguere a fini di conseguenze giuridiche – con riguardo a ipotesi come quella in esame – l'attività psichica di persuasione da quella anche essa psichica di suggestione»[118].

Peraltro, del criterio della verificabilità la Corte si sarebbe nuovamente servita nel 1996 – seppur in combinato disposto con il principio di ragionevolezza –, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 708 c.p., relativo al possesso ingiustificato di valori. Una volta di più, emergeva l'autonomia concettuale della verificabilità della situazione della vita descritta dalla fattispecie, la quale contemplava una condotta, ancorché intellegibile quanto al dato linguistico, materialmente inconsistente. La verificabilità – in tale prospettiva – ne usciva arricchita, venendone ulteriormente sottolineati i profili di dinamicità che impongono una valutazione del comportamento tipizzato rispetto alla realtà circostante: con riguardo alla tangibilità empirica non soltanto sul piano 'fenomenologico-scientifico'[119], ma altresì sul piano 'storico-sociale', registrando la disposizione censurata una condotta del tutto obsoleta rispetto «alle nuove dimensioni della criminalità, non più rapportabile, necessariamente, a uno "stato" o a una "condizione personale"»[120].

---

[116] F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., 348.

[117] Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96: «Sarebbe infatti assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intellegibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili. La formulazione di siffatte norme sovvertirebbe i più ovvii principi che sovraintendono razionalmente ad ogni sistema legislativo nonché le più elementari nozioni ed insegnamenti intorno alla creazione e alla formazione delle norme giuridiche. Da quanto premesso, risulta pertanto che la compiuta descrizione di una fattispecie penale non è sufficiente ai fini della legittimità costituzionale di una norma che, data la sua struttura e la sua formulazione astratta, non consenta una razionale applicazione concreta».

[118] Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96. Per un'analisi della sentenza v., *ex plurimis*, M. BOSCARELLI, *Nota a Corte cost. 8 giugno 1981, n. 96*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1147 ss.; G. CARUSO, *Delitti di schiavitù*, cit., spec. 178 ss.; F. COPPI, voce *Plagio*, in *Enc. dir.*, 1983, XXXIII, 934 ss.

[119] M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1, 371.

[120] Corte cost., 2 novembre 1996, n. 370: «È oggi visibile nella società un nuovo dato, ch'era in passato più difficile da cogliere: l'esistenza di preoccupanti fenomeni di arricchimento personale ottenuto mediante vie illecite e occulte. Di fronte a queste tendenze degenerative della vita economica e civile, la previsione incriminatrice contenuta nell'art. 708 del codice penale è una ipotesi assolutamente marginale e ormai irragionevole nella sua esclusiva riferibilità a coloro che

4.3. La sopravvenuta eterogeneità concettuale del principio negli itinerari della giurisprudenza costituzionale

A fronte delle due matrici caratterizzanti, il principio di determinatezza ha conosciuto – seguendo gli itinerari costituzionali che sin dagli anni Sessanta lo hanno preso in esame – un continuo accostamento ad altri, contigui, principii, che ne avrebbero accentuato la storica inafferrabilità. In effetti, le decisioni che optano per una lettura 'pura' della determinatezza, libera da implicazioni dogmatiche con ragionevolezza, offensività nonché, più di recente, colpevolezza, sono rare. Si assiste, in altre parole, a un autentico *blending* concettuale di detta garanzia. Il che, se da un lato ha contribuito a rafforzarne lo statuto dogmatico, riallacciandone le matrici teoriche alle più raffinate elaborazioni in tema di tipicità della fattispecie penale, da un altro lato ne ha 'annacquato' la più intima natura, che lo vedrebbe – lo ripetiamo – imperniato sulla disposizione, prima che sul momento interpretativo.

E tale seconda tendenza è nettamente prevalsa, almeno sino a tempi recenti, sulla prima. Nella giurisprudenza costituzionale, impietoso, sul piano numerico, appare il confronto tra le pur pregevoli ricostruzioni le quali valorizzano la determinatezza alla stregua di autonomo corollario che consente agli elementi della fattispecie «di esprimere un " tipo " criminoso»[121] e le decisioni che – piegando la cifra concettuale della determinatezza in *determinabilità*[122] della norma – ne affidano la sistematica inutilizzazione, sul piano delle censure di costituzionalità, alla funzione (iper-)taumaturgica[123] della giurisprudenza tassativizzante.

---

sono pregiudicati "per delitti determinati da motivi di lucro e per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio". La crescita della ricchezza mobiliare, la sua circolazione in ambito internazionale e l'uso dello schermo societario per il suo controllo rendono infatti questo strumento ottocentesco di difesa sociale del tutto inadeguato […] a perseguire i fenomeni degli arricchimenti illeciti quali risultano dall'osservazione della realtà criminale di questi ultimi decenni».

[121] F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., 354.

[122] A. MASSARO, op. cit., 108 ss. e spec. 111, secondo cui «*la determinatezza e la determinabilità, intese come le dimensioni orientate, rispettivamente, al testo legislativo (disposizione) e alla applicazione giurisprudenziale dello stesso (norma), non si pongono in un rapporto di rigida alternatività, rappresentando anzi due componenti, entrambe necessarie, di un principio di determinatezza inteso in senso ampio e "dinamico"*» (corsivi dell'Autrice). Parla, in termini analoghi, di "interpretabilità" F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della* regula iuris, in G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 69.

[123] F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2738. Sulla valenza 'deformante' del ruolo della giurisprudenza sulla determinatezza v. già negli anni Settanta le riflessioni illuminanti di F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 301: «Da un lato, infatti, per quanto riguarda la parte indirizzata al legislatore, tale principio vieta il ricorso a fattispecie indeterminate, cioè – come meglio vedremo in seguito – l'emanazione di norme prive delle scelte valutative necessarie per la qualificazione di fatti penalmente rilevanti, dall'altro, per quanto riguarda la parte indirizzata al giudice, l'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione, non solo verrebbe ad autorizzare implicitamente l'impiego di quegli elementi, consentendone il salvataggio dalla declaratoria di incostituzionalità, ma affiderebbe al potere giudiziario il compito di sostituirsi al legislatore nella formulazione di quelle scelte, così da sottrarre quest'ultimo alle sue responsabilità politiche per attribuire al primo compiti

4.3.1. Ragionevolezza e tipicità come parametri di determinatezza (continua)

Lo studio della determinatezza avrebbe permesso di registrare un'autentica "discrasia"[124] tra dottrina e Corte costituzionale: agli importanti sforzi di approfondimento dello statuto garantistico del corollario da parte della prima[125] ha fatto storicamente fronte un particolare *self-restraint* della Consulta[126]. Nondimeno, non sono mancate pronunce che – sebbene centellinate nel corso degli anni – hanno contribuito ad arricchire dogmaticamente il principio di determinatezza, ponendone in luce il ruolo nevralgico di 'legante', suscettibile di far dialogare la legalità penale con altri principii fondanti dell'ordinamento penale costituzionale.

Anzitutto, in quanto la stessa postulerebbe – al di là, come visto, della mera precisione del testo legislativo – la pregnanza del fatto, quale istanza «idonea a saldare tra loro, nel rispetto dei principi di colpevolezza, di offensività e del diritto di difesa dell'imputato, i presupposti sostanziali e processuali della sentenza»[127]. Una disposizione tanto più determinata e, dunque, idonea a compendiare nei propri segni linguistici un tipo criminoso permette una più agevole riconduzione al medesimo dei fatti effettivamente comuni a detto tipo, con la conseguenza che – in via preventiva – un consociato può coerentemente orientare le proprie scelte di vita e – all'esito del giudizio – la decisione accerterà una forma di colpevolezza-rimproverabilità autentica, facendo percepire la ragionevolezza a monte dell'opzione incriminatrice. Dunque, è nel richiamo al 'tipo' criminoso che la determinatezza trascende la precisione e aggiunge la verificabilità, fondata sul continuo andirivieni da e verso il fatto concreto: il che, beninteso, non equivale a rinnegare la intellegibilità del precetto, che resta il requisito minimo di validità costituzionale di ciascuna fattispecie[128], bensì a permettere a quest'ultima di dispiegarsi nell'esperienza concreta mediante elementi valutativi, valori etico-sociali o espressioni di comune sentire, pur mantenendo fermo il perimetro dei "quadri" linguistici[129]. La

---

e responsabilità non sue, con la conseguenza ultima di recidere ogni legame tra il principio di determinatezza e quello della divisione dei poteri».

[124] F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., 330.

[125] Nella dottrina italiana v., in particolare, G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della legge penale*, Milano, 1989; S. MOCCIA, *La «promessa non mantenuta». Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001; A. PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 694 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit.; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.

[126] Sulle plausibili ragioni di una tale cautela, *ibidem*.

[127] M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., 54.

[128] G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 4, 1254 ss.

[129] C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, *passim*.

determinatezza acquisisce pregnanza nella tipicità[130], unitamente alla quale è chiamata a individuare il difficile punto di equilibrio tra garanzia del singolo e conseguenze sanzionatorie dell'ordinamento. In primo luogo, il giudizio (costituzionale) di determinatezza passa attraverso una valutazione sulla ragionevolezza intrinseca di una disposizione che ne valorizza in particolare il canone di 'verificabilità', sopra richiamato. La ragionevolezza richiede cioè ai precetti normativi qualcosa in più della mera comprensibilità linguistica, identificabile nella idoneità a corrispondere alle finalità originariamente preordinate da parte del legislatore, da realizzare guadagnando una «congruità logica fra mezzi e scopi»[131]. Così, con la determinatezza va ricercata la coerenza intrinseca della disposizione, la cui assenza genera l'illegittimità costituzionale della stessa, poiché «non riesce a esprimere i valori che intende esattamente tutelare»[132]. Detto giudizio viene, per l'effetto, elevato grazie al parametro di ragionevolezza, 'prestato' alla determinatezza – rientrando, quindi, nell'alveo dell'art. 25 Cost. – dalla naturale *sedes materiae*, ossia l'art. 3 Cost. Tale acquisizione concettuale – come si diceva – affiora tuttavia solo con estrema gradualità nella giurisprudenza costituzionale. Più specificamente, la stessa trova esplicita enucleazione – calata nella cifra della verificabilità empirica di corrispondenza del testo al 'pre-giuridico' – solo a séguito della sentenza n. 96 del 1981, nonostante, a ben vedere, fosse già racchiusa, seppur inespressa, nelle pieghe di più risalente giurisprudenza costituzionale che fugacemente riannetteva l'art. 3 Cost. all'art. 25, co. 3 Cost., in materia di presunzione di pericolosità nelle misure di sicurezza[133].

La pienezza contenutistica del principio in commento trova tuttavia la sua più compiuta espressione una volta riconnessa anche alla tipicità penale. Che la sola precisione non appaghi la complessità concettuale della determinatezza è reso evidente ove si prenda contezza – come precisato – della ristrettezza dei segni linguistici rispetto alla incessante creatività del reale: affermare che un fatto punibile debba essere legalmente definito e pre-determinato non equivale a esigere la previsione di disposizioni così specifiche al punto da ricomprendere tutte le infinite sfumature della realtà. Anche perché, così opinando, la fattispecie diverrebbe a 'consumo immediato', avverandosi una volta sola, «in quanto l'avvenimento differisce in qualcosa dagli altri»[134]. A ciò sopperisce la valorizzazione del tipo legale – quale «sintesi unitaria di un disvalore omogeneo»[135] –, giunto tra tipicità e legalità in

[130] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020[11], 69: «La *tipicità* è il "precipitato tecnico" del principio di tassatività e perciò un carattere essenziale e costante dell'illecito penale».
[131] G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività*, cit., 10, là dove richiama, in relazione al contenuto del giudizio di ragionevolezza, C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Scritti sulla Corte costituzionale*¸1966, 98 s.; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*¸ in *Dir. società*, 1975, 561 ss.
[132] G. LICCI, op. cit.
[133] Sul tema, v. ancora G. LICCI, op. cit., spec. 74-77.
[134] F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003[7], 14.
[135] F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività*, cit., 335.

senso lato che ne fa emergere la comune *ratio* volta ad assicurare la funzione orientativa del diritto penale nei confronti del singolo[136].

La tipicità ha infatti carattere ambivalente, esprimendo la sua duplice cifra, da un lato, secondo una connotazione 'statica', quale predeterminazione tassativa di un fatto e 'giuridicizzazione' dello stesso; da un altro lato, e secondo una connotazione 'dinamica', quale riconducibilità di un evento della vita umana alla fattispecie per il tramite dello sforzo interpretativo[137]. Così strutturato, il principio di tipicità delimita l'ambito della punibilità al fine di imprimere razionalità all'intervento penale, i cui confini vanno ricostruiti alla luce delle esigenze di protezione dei beni e interessi più strettamente connessi alla libertà individuale[138].

Ben si comprende, a questo punto, come quello tra *Typus* ermeneutico e determinatezza non costituisca un accostamento peregrino ma, al contrario, prenda atto della realtà dei rapporti tra fatto e fattispecie, cercando di accrescere lo statuto garantistico della determinatezza, senza confinarla nella prospettiva ristretta della precisione del testo. Ripetesi: precisione certo necessaria, ma al contempo non equipollente a ingessante formalizzazione del linguaggio giuridico. La valutazione di tipicità deve quindi fare emergere la «natura della cosa» (*Natur der Sache*) che fa dialogare la fattispecie con il fatto, misurando la intrinseca coerenza della medesima rispetto al bene giuridico che è chiamata a tutelare.

La possibilità di individuare il tipo legale, in altri termini, costituisce il reale indice di determinatezza di una fattispecie, che – anzi – ne segna il discrimine tra legittimità e illegittimità costituzionale.

Dopo la ragionevolezza espressa in termini di verificabilità, l'intuizione circa il nesso esistente tra tipicità e determinatezza costituisce il secondo indice attraverso cui la Corte costituzionale supera la incompletezza di una concezione prettamente linguistica di quest'ultima. Nella sentenza n. 247 del 1989, concernente l'ampiezza semantica dell'espressione "in misura rilevante", con riferimento al grado di alterazione del contenuto della dichiarazione nell'ambito dei reati tributari[139], la tipicità

---

[136] Così A. GARGANI, *Dal* Corpus delicti *al* Tatbestand*. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, spec. 32. Sullo stringente legame tra tipicità, determinatezza e tassatività v. G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 536 ss.;

[137] A. GARGANI, op. cit., spec. 15, 19-22, 35. Analogamente, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1995, 130: «…ad un tempo, il modo con cui si prospetta l'individuazione normativa delle condotte penalmente rilevanti, e l'esito del processo di sussunzione di un fatto concreto nella fattispecie incriminatrice, quando il primo sia conforme al modello delineato dalla seconda (e si possa pertanto dire che è 'tipico' ralla stregua di essa)».

[138] M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 101, ripreso da A. GARGANI, op. cit., 25.

[139] Art. 4, co. 1 d.l. 10 luglio 1982, n. 429: "È punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da cinque a dieci milioni di lire chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o l'imposta sul valore aggiunto o di conseguire un indebito rimborso ovvero di consentire l'evasione o indebito rimborso a terzi: […] 7) essendo titolare di redditi di lavoro autonomo o di impresa, redige le scritture contabili obbligatorie, la dichiarazione annuale dei redditi ovvero il bilancio o rendiconto ad essa allegato dissimulando componenti positivi o simulando componenti negativi del reddito, tali da alterare *in misura rilevante* il risultato della dichiarazione" (enfasi nostra).

affiora quale parametro di determinatezza, intesa in un'accezione "relazionale"[140] che implica tanto il «rapporto che lo stesso termine ha con gli altri elementi della fattispecie [quanto la] relazione che l'intera fattispecie del delitto […] ha *con le altre ipotesi delittuose previste nello stesso articolo*, con le ipotesi contravvenzionali di cui all'art. 1 dello stesso decreto e *con il sistema tutto dei reati tributari*» (corsivi nostri)[141]. E se in tale occasione l'illegittimità costituzionale veniva esclusa nonostante la pur evidente vaghezza sottesa alla locuzione censurata, poiché la stessa non avrebbe contribuito a delineare il tipo caratterizzante la fattispecie[142], nella di poco successiva sentenza n. 35 del 1991[143] la Consulta ne riconosceva il contrasto con l'art. 25, co. 2 Cost., in quanto nemmeno la giurisprudenza sarebbe riuscita a conferire determinatezza alla problematica locuzione.

In definitiva, il 'tipo' realizza la connessione, inizialmente solo dottrinale, tra tipicità e determinatezza, vincolando l'arricchimento concettuale di quest'ultima a una valutazione (non certo agevole per l'interprete, ma tuttavia) estremamente realistica della disposizione, volta a verificare la corrispondenza in concreto tra *ratio* della stessa e piano attuativo, in modo tale da scoprire il «nucleo fondante il contenuto d'illecito»[144] del reato.

4.3.2. (segue) interpretazione tassativizzante e sufficiente 'determinabilità'

Da subito, l'analisi 'tipologica' della fattispecie si mostrava però in tutta la sua ambiguità concettuale: un criterio sì suscettibile di instaurare un dialogo tra dottrina e giurisprudenza, apportando nuove forze alla determinatezza, ma al contempo occasione per legittimare, una volta di più, gli aggiramenti di detto corollario, riconoscendo nei fatti al giudice la *chance* di sanare un precetto indeterminato. Già con riferimento alla citata sentenza n. 35 del 1991, veniva infatti condivisibilmente osservato che attraverso l'uso della interpretazione tassativizzante «si giunge ad affermare quel che il principio di

[140] M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza*, cit., 361.
[141] Corte cost., 16 maggio 1989, n. 247, § 3.
[142] Corte cost., 16 maggio 1989, n. 247, cit., § 4: «La 'misura rilevante' indica, invero, il 'peso' del carico offensivo del delitto ma non entra, non fa parte della qualità offensiva del delitto stesso. Da ciò discende che soltanto quando il legislatore avesse fatto ruotare l'intero o gran parte del disvalore offensivo del fatto sulla 'misura rilevante' dell'alterazione si sarebbero violati gli artt. 3, primo comma e 25, secondo comma, Cost.: solo in tal caso, infatti, il legislatore, sottraendosi alla 'scelta' individuativa e determinativa del tipo d'illecito e rimettendo al giudice la stessa scelta (il giudice non sarebbe, peraltro, neppure minimamente vincolato) avrebbe reso lo stesso giudice veramente arbitro del lecito e dell'illecito».
[143] Corte cost., 28 gennaio 1991, n. 35.
[144] Così Corte cost., 14 giugno 1990, n. 282, relativa a una censura di riserva di legge e determinatezza, ritenute violate in quanto i destinatari della disposizione in oggetto venivano individuati per il tramite del rinvio a una fonte sublegislativa: orbene, tale tecnica si profilava illegittima, nella misura in cui la Corte riteneva che il novero dei soggetti attivi costituisse uno degli elementi fondanti della tipicità della fattispecie.

determinatezza avevo inteso escludere: e cioè che il profilo linguistico di una fattispecie penale possa essere integrato, addirittura sul piano normativo, in via giurisprudenziale»[145].

Al di là del denunciato tradimento concettuale del principio, va rilevato che, da quel momento, le sentenze di accoglimento, già prima sporadiche, sarebbero per molto tempo latitate[146]. Infatti, mediante il rinvio al 'tipo' veniva ad emersione, e diveniva preponderante, la seconda anima della determinatezza, quale canone ermeneutico[147] non tanto rivolto al metodo interpretativo – come divieto di analogia *in malam partem* – ma interessato al 'prodotto finale', alla stregua di interpretazione in funzione 'tassativizzante'. A fronte della esteriore parvenza di solidità dogmatica, il principio si rivelava in tutta la sua cedevolezza, flesso verso una ben più elastica 'determinabilità': altrimenti detto, non sembra più irrinunciabile la precisione originaria del testo di legge – né tantomeno la sua verificabilità empirica/ragionevolezza – potendo tali lacune essere emendate *ex post* da parte della giurisprudenza, sia costituzionale, sia ordinaria, con conseguente 'salvataggio' anche delle fattispecie meno tangibili sul piano fenomenico.

Il punto è che al *self-restraint* che dagli anni Novanta avrebbe sistematicamente – almeno sino ad epoca recente – caratterizzato l'ordito motivazionale della Corte costituzionale sarebbe corrisposta una crescente legittimazione della giurisprudenza in funzione 'additiva', la quale avrebbe provveduto a interpolare fattispecie, aggiungendone o disapplicandone gli elementi costitutivi, trovando la strada spianata nelle porosità del testo legislativo. Da un lato, infatti, è sin troppo nota la problematicità della distinzione tra interpretazione estensiva e analogia, idonea a convalidare anche le soluzioni interpretative più libere[148]; da un altro lato, è innegabile che l'interpretazione tassativizzante abbia spesso sortito effetti benéfici, permettendo che il tempo ne consolidasse la lettura correttiva derivante dalla stratificazione interpretativa e al contempo contribuendo a sdoganare il tabù della nomopoiesi giurisprudenziale. Tuttavia, riconoscere un tale effetto taumaturgico alla giurisprudenza equivale a svuotare concettualmente la determinatezza – inibendo, per l'effetto, il rimedio previsto a riguardo, ossia la dichiarazione di illegittimità costituzionale – e, soprattutto, assottigliare lo statuto garantistico della legalità penale a detrimento del singolo[149]. Appare infatti chiaro che la fattispecie che *diviene* determinata vede sanate le originarie carenze contenutistiche solo nel corso del tempo, fintantoché la

---

[145] M. D'AMICO, op. cit., 363.

[146] Per una scansione temporale circa le due fasi della giurisprudenza costituzionale in relazione al principio di determinatezza, v. la ricca ricostruzione di F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., spec. 61 ss.

[147] F. PALAZZO, op. ult. cit., 333.

[148] Per un'ordinata rassegna, in chiave costituzionale, degli orientamenti interpretativi sviluppatisi intorno al rapporto tra analogia e interpretazione estensiva A. BONOMI, *Costituzione e divieto di analogia in materia penale*, Bari, 2023, spec. 109 ss.

[149] Critico, in questo senso, G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, 19.

giurisprudenza – che per quanto equiparata negli effetti alla nuova legge incriminatrice non gode delle medesime garanzie, a cominciare dalla irretroattività del precetto sfavorevole, né sul piano istituzionale, né sul piano di eventuali correttivi interpretativi[150] – non appaia sufficientemente consolidata, ricoprendo la funzione orientativa che avrebbe dovuto assicurare la disposizione. Ma nel frangente temporale ricompreso tra la entrata in vigore della disposizione indeterminata e il completamento del processo di tassativizzazione anche il cittadino più solerte non riesce a orientarsi, a meno di non volergli imporre di astenersi, nel dubbio – secondo la massima maturata in seno alla giurisprudenza – anche a fronte di un evidente inadempimento dello Stato nel sinallagma che lo lega ai consociati sul piano della legge penale.

L'interpretazione è un bene, ed è essenziale affinché l'ordinamento 'respiri', progredisca e si evolva; ma ha un prezzo, e non si può ammettere che sia il singolo a pagarlo, subendo le conseguenze di un diritto imprevedibile; altrimenti, risulta tradita la stessa logica orientativa cui tale interpretazione dovrebbe ispirarsi.

Ciononostante – e benché nel frattempo fossero state scritte le illuminanti motivazioni della sentenza n. 364 del 1988, che racchiudono un garantismo poi rimasto inespresso – gli itinerari costituzionali rimanevano sordi alla istanza di tutela imposta da una accezione di legalità penale imperniata sull'individuo e, come tale, strettamente avvinta alla cifra della colpevolezza. Dalla lettura delle decisioni della Consulta sul tema[151], ben si comprende la flessibilizzazione delle categorie: la determinatezza diventa determinabilità, la tassatività diventa tassativizzazione. Da moniti – indirizzati, rispettivamente, a legislatore e giudice – tali categorie si fanno obbligazioni di risultato, rimesse alla giurisprudenza per il tramite della diacronica stratificazione della *law in action*. E se non si dubita che il risultato finale possa risultare il medesimo – una regola sufficientemente determinata e tale da orientare le future condotte dei consociati – maggiori criticità affiorano con riferimento a tutte le condotte che dovessero cadere in un momento cronologico anteriore al compimento di detta stabilizzazione.

Per riportare un noto esempio, con la sentenza n. 327 del 2008 la Consulta rigettava la dedotta questione circa l'insufficiente determinatezza del delitto di disastro innominato, adducendo delle argomentazioni, poi costantemente riproposte nelle successive pronunce, che, se da un lato esaltano il ruolo ermeneutico del formante giurisprudenziale, da un altro ne comportano una iper-valorizzazione. L'interpretazione potrebbe così sanare fattispecie anche affette da grave

---

[150] Notoriamente, gli istituti elaborati nei sistemi angloamericani – quali il *prospective overruling*, il *mistake of law*, l'*absolute discharge* – non trovano alcun equivalente, né, allo stato attuale, adeguamento interpretativo in seno alla giurisprudenza sollecitata circa il problema delle oscillazioni (comprensive di contrasti e mutamenti) interpretative *in malam partem*. Sul punto si tornerà *infra*, Cap. III, parr. 2. ss.

[151] Per una ricca ricognizione, cfr. A. MASSARO, op. cit., 293 ss.

indeterminatezza, intesa alla stregua vuoi di carenza di precisione, vuoi di impossibilità di verificare nella realtà empirica quanto astrattamente descritto dal legislatore. Nel caso di specie, il giudice rimettente dubitava della riconducibilità alla locuzione "altro disastro" di cui all'art. 434 c.p. del disastro sanitario e del disastro ambientale, rilevandone l'evidente eterogeneità, sul piano empirico, rispetto alle ipotesi nominate e tipizzate nell'ambito del Titolo VI del Libro II del Codice. La locuzione suddetta avrebbe, quindi, impedito di isolare compiutamente una categoria omogenea di fenomeni definibili quali "disastri", rivelandosi insanabilmente indeterminata. La Corte costituzionale, tuttavia, riprendeva l'ormai nota formula di valutazione sistemica – solo apparentemente conforme al principio di tipicità – rilevando che «la verifica del rispetto del principio di determinatezza della norma penale va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie [con la conseguenza che] l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensi, ovvero […] di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento»[152]. A suffragio di tale opzione – capace di convalidare pressoché ogni imprecisione, anche grave, del precetto – convergerebbe la giurisprudenza in funzione tassativizzante, oltre che un'interpretazione teleologico-sistematica della nozione di "disastro"[153]: e, se la Corte ammette esplicitamente che tra le funzioni del principio di determinatezza rientri quella 'orientativa', violata qualora sopravvenga «solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti», nondimeno si affretta a precisare, invero non senza ambiguità, «che l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa»[154]. Ma un indirizzo non può che formarsi e consolidarsi con l'ausilio del tempo: un tempo durante il quale, tuttavia, il singolo non è posto nelle condizioni di orientarsi.

[152] Corte cost., 30 luglio 2008, n. 327, § 4.
[153] Per una critica alla funzione taumaturgica del diritto vivente in rapporto alla fattispecie di cui all'art. 434 c.p., con interessanti riflessioni circa le ricadute che lo stesso determina sui principi di irretroattività e colpevolezza, cfr. D. CASTRONUOVO, *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in L. FOFFANI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, II, Bologna, 2015, 139 ss. e spec. 141. Di recente, M.F. CARRIERO, *Qualche breve annotazione sul tema dei reati di comune pericolo*, in *Arch. pen.*, 2025, 1.
[154] *Ibidem*.

Di tenore analogo è poi la sentenza n. 172 del 2014, che salvava dalla dichiarazione di incostituzionalità il delitto di atti persecutori – sospettato di indeterminatezza in relazione a gran parte degli elementi costitutivi – valorizzando il diritto vivente sul punto. Invero, tale pronuncia appare ancor più significativa, ove si consideri che la giurisprudenza non appariva così univoca circa l'estensione, per esempio, del "perdurante e grave stato di ansia" e del "fondato timore". Benché la dottrina appaia piuttosto omogenea nel ritenere che, se tali sono i presupposti, «il richiamo al diritto vivente diventa logicamente inutilizzabile come unguento salvifico del *deficit* di determinatezza»[155], il diritto vivente costituisce pur sempre il preponderante parametro di confronto per il giudice costituzionale anche là dove chiamato a una valutazione, a ben vedere, incentrata sulla pregnanza linguistica del dettato normativo[156]. Nel caso di specie, veniva messa in atto la tendenza che sopra si è cercato di sottolineare: la determinatezza è accostata ad altri principii, con la conseguenza distonica per cui, invece che uscirne fortificata, viene sistematicamente rigettata ogni ipotesi di violazione della stessa. Anche elementi della fattispecie di difficile prensione sul piano concreto, come i già citati stato d'ansia e timore, sono ritenuti determinati non in quanto precisi o verificabili empiricamente, bensì in quanto correlati, rispettivamente, agli aggettivi "grave e perdurante" e "fondato", idonei, secondo la Corte, a «circoscrivere ulteriormente l'area dell'incriminazione». Gli stessi, infatti, consentono al giudice di ricostruire «l'area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività»: altrimenti detto, la determina(*bilità*)tezza viene valutata non in quanto tale, ma alla luce di altri principii il cui rispetto sdrammatizza, in concreto, il bilancio negativo di intellegibilità-verificabilità di una fattispecie.

Quanto osservato implica, a nostro modo di vedere, una evidente conseguenza.

Abbiamo detto che la tendenza a negare la indeterminatezza per il tramite di 'principii-stampella'[157] sposta inevitabilmente il fuoco dal testo di legge all'interpretazione giurisprudenziale[158]. Tuttavia, tale contaminazione concettuale non può che comportare una traslazione anche sul piano delle garanzie. Il passaggio dal testo di legge al momento dell'interpretazione deve corrispondere, cioè, alla transizione dalla determinatezza della *disposizione* alla riconoscibilità del *precetto*, idonea a

---

[155] F. GIUNTA, op. cit., 2739.

[156] Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, § 4.1.: «occorre tenere conto del fatto che si è ormai *consolidato un "diritto vivente"* che qualifica il delitto di cui all'art. 612-*bis* cod. pen. come reato abituale di evento, per la cui sussistenza occorre una condotta reiterata, idonea a causare nella vittima una delle conseguenze descritte e, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, richiede il dolo generico, il quale è integrato dalla volontà di porre in essere le condotte di minaccia e molestia nella consapevolezza della idoneità delle medesime a produrre almeno uno degli eventi previsti dalla norma incriminatrice (*ex plurimis*, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenze n. 20993 e n. 7544 del 2012)» (enfasi nostra).

[157] In senso analogo, A. MASSARO, op. cit., 276 ss., *passim*.

[158] F. PALAZZO, op. ult. cit., 351: «L'argomento del "diritto vivente", pur certamente non privo di una consistenza teorica, si rivela in pratica un duttile strumento, adeguabile di volta in volta alle caratteristiche della questione proposta, per chiudere in uno spazio davvero minimo le *chances* di accoglimento dell'eccezione di insufficiente determinatezza».

impostare una valutazione sull'operato della giurisprudenza. Sarebbe vano il tentativo di ricavare un significato socialmente esigibile da un testo irrimediabilmente indeterminato – la cui non intellegibilità, considerato l'atteggiamento mostrato dalla giurisprudenza, non varrebbe mai a scagionare l'agente –: sicché, a rilevare è la *regula juris* individuata in via pretoria. Così, se da un lato perde di rilievo la qualità della disposizione, dal lato opposto assume una valenza preponderante, se non esclusiva, l'orizzonte della interpretazione. Ciò tuttavia comporta, in primo luogo, e come precipitato più evidente, una commistione delle categorie, in quanto la riconoscibilità viene appellata quale istanza idonea a tutelare il terzo dai vizi di determinatezza; in secondo luogo, un restringimento delle tutele, nella misura in cui la riconoscibilità opera, all'evidenza, se *oltre* al legislatore – che ha peccato di indeterminatezza, verso cui di fatto non esiste rimedio – *anche* la giurisprudenza si sia mostrata poco coerente, offrendo un quadro interpretativo eterogeneo. Infine – ed è il dato più allarmante – tutto ciò comporta che il peso specifico della legalità gravi per intero sulle spalle del cittadino, mentre lo Stato si autoassolve, disinteressandosi del fatto che le conseguenze di un proprio inadempimento vadano a detrimento di un terzo. Conseguenza tanto più grave, ove si consideri, come vedremo, che la riconoscibilità non appare risolutiva, per come concretamente applicata, soccombendo l'imputato sotto tale peso, in ragione della frequente imprevedibilità degli itinerari giurisprudenziali.

4.4. Recenti recuperi di una versione 'forte' della determinatezza e legami con il principio di prevedibilità

La parabola discendente della determinatezza, fino a pochi anni fa apparentemente inarrestabile, conosceva una inversione, ad opera della stessa Corte, in occasione della vicenda *Taricco*. Difficile dire se il caso costituisca – per la determinatezza – un vero *turning point* cui la successiva giurisprudenza costituzionale (ci riferiamo alle sentenze n. 24 del 2019 e n. 98 del 2021) si sarebbe allineata ovvero se, secondo una chiave di lettura più disincantata, la riaffermazione del principio fosse dipesa da meno elevate ragioni di politica giudiziaria. A ben vedere, e ci limitiamo ad anticiparlo, dietro ciascuna delle tre decisioni si profilano ragioni che rendevano tutto sommato agevole una rinnovazione della validità ermeneutica del principio in esame. Prescindendo da maliziosi (e poco utili) retropensieri, è infatti immediato rilevare che, nel caso *Taricco*, il recupero di una versione "massimalista" della determinatezza[159] ha costituito l'alternativa alla bellicosa

[159] M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza* ante applicationem *e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 11 luglio 2018, 2.

attivazione dei controlimiti; nel caso relativo alle misure di prevenzione – deciso dalla sentenza n. 24 del 2019 – la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 D.Lgs. 159/2011 per difetto di determinatezza, senza che ciò sovvertisse gli equilibri efficientisti perseguiti nel codice antimafia; infine, nella sentenza n. 98 del 2021 è stato possibile riaffermare con fervore il divieto di analogia e il vincolo all'interpretazione letterale, collocandosi detto passaggio all'interno di un inoffensivo *obiter* di una decisione di inammissibilità.

Al contempo, non può negarsi una rinnovata attenzione verso il principio alla luce di queste decisioni, le quali – non a caso – hanno trovato giudizi discordanti in seno alla dottrina, talora venendo etichettate come anacronisticamente restauratrici di una visione dichiarativa dell'interpretazione[160], talora positivamente percepite come suscettibili di riconoscere autonomo valore alla legalità penale costituzionale, seppur in rapporto di costante dialogo con la dimensione europea[161].

A nostro modo di vedere, le posizioni di recente espresse dalla Consulta, a tratti quasi graffianti, meritano accoglimento, in quanto mirano a riabilitare una determinatezza – certo integrata con altri principii[162], ma non 'corrotta' e, quindi, inconsistente sul piano pratico – che ormai appariva da tempo persa nella giurisprudenza costituzionale. Dalle sentenze menzionate traspare lo sforzo ermeneutico di ricalibrare i rapporti tra ordinamento interno e sovranazionale, superando le eccessive chiusure mostrate sino a pochi anni prima[163]. Viene ricercato un ragionevole equilibrio tra la preservazione del volto costituzionale 'classico' del sistema penale – quindi, incentrato sulla riserva di legge e, appunto, sulla determinatezza – e l'attività nomopoietica della giurisprudenza, incoraggiata dagli influssi di matrice europeistica. È evidente che si tratta di un equilibrio non ancora pienamente raggiunto – e, anzi, sarebbe auspicabile, come diremo, che la giurisprudenza costituzionale prenda in futuro più decisa posizione in ordine a una prospettiva di effettiva tutela del singolo avverso le oscillazioni giurisprudenziali –, ma un vento di rinnovamento è senz'altro intuibile. D'altronde, non si potrebbe pretendere di guadagnare, d'improvviso, l'esplicito riconoscimento del carattere creativo della

---

[160] M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, 61, spec. nt. 49; ID., *Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea. Contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza, cultura del precedente ed etica del limite*, in *www.sistemapenale.it*, 30 gennaio 2024, 5.

[161] V., per esempio, F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 19 gennaio 2021, *passim*; nella prospettiva del c.d. 'metacostituzionalismo', v. altresì R. BARTOLI, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale. Giurisprudenza consolidata, riconfigurazione dei principi, contro-limiti*, in *www.sistemapenale.it*, 14 aprile 2022, *passim*.

[162] Si tratta della versione di determinatezza affermatasi nell'ambito delle decisioni, ormai risalenti, richiamate *supra*, par. 4.3.1.

[163] Come noto, il riferimento è a Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, sulla quale v., criticamente, 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 *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 15 ottobre 2012; A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in *www.ConsultaOnLine.it*, 15 ottobre 2012.

giurisprudenza e, quindi, dell'accoglimento del paradigma fondato sulla prevedibilità come più pregnante dimensione della legalità, da parte di un Giudice delle Leggi calato in un sistema di impronta tradizionalmente legicentrica. Ma piccoli passi verso tale approdo sono stati compiuti e in particolare le sentenze n. 115 del 2018 e n. 24 del 2019[164] ne costituiscono un eloquente indicatore: entrambe, infatti, riaffermano una concezione 'forte' della determinatezza ma al contempo – più o meno intenzionalmente – ne fanno emergere l'intimo legame con il principio di prevedibilità.

La decisione con cui la Corte chiudeva il caso *Taricco* interessava una vicenda legata a doppio filo con la prevedibilità. La sentenza n. 115 del 2018[165] promanava dalle questioni di legittimità sollevate dalla Corte di cassazione e dalla Corte di Appello di Milano, in seguito alle quali la Consulta, con ordinanza n. 24 del 2017, aveva effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, minacciando l'attivazione dei controlimiti in relazione all'art. 325 TFUE, per come interpretato da quest'ultima[166]. All'esito del rinvio, la Corte di Giustizia retrocedeva rispetto alle posizioni iniziali, riconoscendo che il divieto di retroattività in materia penale osta alla disapplicazione delle disposizioni sulla prescrizione per i fatti commessi prima della pronuncia *Taricco*. Tuttavia, con la sentenza n. 115 del 2018, la Consulta non si limitava a ratificare l'ordito motivazionale della Corte di Lussemburgo, confermando la violazione del corollario della irretroattività della legge penale: in più, negava

---

[164] Diversamente, la sentenza n. 98 del 2021 non si sofferma sul legame tra determinatezza e prevedibilità. Nondimeno, riteniamo di citarla quale encomiabile esempio della tendenza a un recupero della dignità del testo di legge – la stessa costituisce uno dei rarissimi casi in cui la Consulta si sofferma sul divieto di analogia in materia penale –, nonostante la stessa, meno condivisibilmente, postuli una concezione dichiarativa della interpretazione (a nostro modo di vedere, come si sarà rilevato, una maggiore aderenza alla *littera legis* appare sostenibile prescindendo da tali presupposizioni dogmatiche). Per un commento a tale decisione v., *ex multis*, A. BONOMI, *Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un* unicum, in *www.ConsultaOnLine.it*, 10 novembre 2021; C. CUPELLI, *Divieto di analogia* in malam partem *e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 2021, 4, 1807 ss.; F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1218 ss.; L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *www.DisCrimen.it*, 16 luglio 2021; M.A. SANDULLI, *Incostituzionalità dell'interpretazione analogica "creativa"* in malam partem, in *www.giustiziainsieme.it*, 31 maggio 2021; M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2021, 5, 196 ss.

[165] Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, su cui v., *ex multis*, C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 4 giugno 2018; M. DONINI, op. ult. cit.; M. GAMBARDELLA, *Inapplicabile senza eccezioni la "regola Taricco" nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 2018, 2786 ss.; D. PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1289 ss.; oltre ai contributi contenuti in C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018.

[166] Rammentiamo, per mere esigenze di chiarezza espositiva, le tappe e i termini della *querelle*: la Corte di giustizia dell'Unione, investita con rinvio pregiudiziale dal G.u.p. di Cuneo (ordinanza del 17 gennaio 2014) in ordine alla compatibilità degli artt. 160 e 161 c.p. con gli artt. 101, 107 e 119 TFUE (parametri poi corretti dall'Avvocato Generale nell'art. 325 TFUE), riteneva che quest'ultima disposizione andasse interpretata nel senso di imporre la disapplicazione della normativa nazionale sulla prescrizione che osta «in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione». Seguivano, quindi, le proposizioni delle questioni di legittimità costituzionale, all'esito delle quali la Consulta segnalava alla Corte di Giustizia – così indicando eloquentemente quale avrebbe dovuto essere l'esito del rinvio pregiudiziale – il contrasto di detta regola interpretativa (comprensiva tanto dell'art. 325 TFUE, quanto della pronuncia dei Giudici europei) con il principio di legalità, data per presupposta, all'evidenza, la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione.

riconoscimento alla regola *Taricco* anche ai fatti successivi all'8 settembre 2015 (data di formulazione della stessa) rilevandone l'incompatibilità proprio con il principio di determinatezza. E ciò interessava, a giudizio della Consulta, sia la lettera dell'art. 325 TFUE, sia la *regula juris* dettata dalla Corte di Giustizia, entrambe lesive del canone della determinatezza, siccome finalizzato ad assicurare «a chiunque "una percezione sufficientemente chiara ed immediata" dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta»[167].

In proposito, è stato affermato che detta decisione costituirebbe una implicita attivazione dei controlimiti nazionali[168], presupponendo la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione: un *unicum*, a ben vedere, nel panorama europeo. Invero, pur nella tendenziale condivisione dello spirito della decisione, se ne sono altresì sottolineate le criticità. Si è obiettato, in particolare, che la scelta di ricollegare una disposizione come l'art. 325 TFUE alla valenza 'orientativa' della determinatezza si rivela impropria, in quanto dal tenore della stessa emerge con evidenza che destinatario della stessa è il legislatore, non il consociato, né il giudice[169]: come conseguenza, appare forzata la scelta argomentativa intrapresa dalla Consulta, nel concepire l'art. 325 TFUE alla stregua di una norma-precetto, come tale sottoposta alle istanze di determinatezza (quanto al testo) e riconoscibilità (quanto alla sua interpretazione) proprie di una disposizione incriminatrice[170]. Inoltre, a ciò si sommerebbe una concezione eccessivamente 'forte' della determinatezza, tale da conglobare anche la valutazione relativa al momento interpretativo, invero riservata alla riconoscibilità. Altrimenti detto, si assisterebbe a un'inversione di tendenza, pur sempre eccessiva, rispetto agli itinerari costituzionali sopra ripercorsi[171]: se nella pregressa giurisprudenza costituzionale la valutazione di determinatezza si faceva recessiva, scolorendo nella determinabilità e, per l'effetto, riversando tutto il peso dell'afflato garantistico sulla riconoscibilità del precetto *interpretato*, nella sentenza n. 115 del 2018 la indeterminatezza affligge non soltanto la disposizione, ma la stessa regola (giurisprudenziale) *Taricco*[172], il cui controllo, per contro, sarebbe riservato alla riconoscibilità.

---

[167] Così Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, § 11. Coglie il collegamento tra determinatezza e prevedibilità nell'ambito della vicenda Taricco, già con riferimento alla precedente ordinanza n. 24 del 2017, A. LAURITO, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 21 ss. Più in generale, sul rapporto di diretta comunicazione tra (in)determinatezza e (im)prevedibilità, M. CATERINI-D. ZINGALES, *L'interpretazione favorevole all'incolpato: spunti storici e comparati per la codificazione di una clausola generale*, in *Arch. pen.*, 2023, 2, 20 s.

[168] M. DONINI, *Lettura critica*, cit., 9 ss.

[169] Con il che, l'incostituzionalità sarebbe da ricercarsi, semmai, nella violazione del principio di separazione dei poteri: sul tema, v. *amplius* M. DONINI, *Lettura critica*, cit., spec. 16 ss.

[170] *Ibidem*, spec. 11 ss.

[171] Cfr. *supra*, par. 4.3.2.

[172] Sull'anomalia della genesi di tale clausola generale, in quanto originata per via pretoria e non, come di consueto, dal mero enunciato normativo, D. CASTRONUOVO, *La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2018, 2, 49 ss.

Per quanto fondate, a nostro modo di vedere, tali obiezioni meritano di essere sdrammatizzate. Infatti, se è vero che la determinatezza ha per oggetto il precetto penale, cui l'art. 325 TFUE è per certo estraneo, è del pari vero che la stessa, mirando a orientare i comportamenti dei consociati, postula che gli stessi possano calcolare anticipatamente le conseguenze della propria condotta, condizione che si realizza solo laddove in relazione a ogni elemento della struttura dell'illecito possa svolgersi tale giudizio 'prognostico'. Non a caso, la prevedibilità ha ad oggetto la decisione giudiziale, il che significa che il consociato ha diritto a prefigurarsi la liceità penale o meno della propria condotta; l'entità della pena; la possibile qualificazione giuridica e le correlate circostanze; i profili attinenti alla punibilità in concreto[173], nei quali rientra senz'altro il regime della prescrizione. Dunque, è innegabile che lo stesso risultato la Corte lo avrebbe ottenuto valorizzando l'istanza della riserva di legge, siccome ricollegata al principio di separazione dei poteri – la quale rimane sottotraccia nelle pieghe delle decisione – ma al contempo la Consulta non si sarebbe potuta esimere dal valorizzare il carattere sostanziale della prescrizione e, quindi, la dimensione della legalità ispirata alla tutela del singolo, oggi più pregnante di quella afferente ai rapporti tra poteri dello Stato.

Nonostante queste forzature dogmatiche, è allora evidente il legame che la Consulta instaura tra prevedibilità e determinatezza. Il quale, certo, si sarebbe potuto parimenti valorizzare senza il bisogno di affermare un'accezione così forte di quest'ultima, ma che per la prima volta trova espresso riconoscimento. Come vedremo[174], a seguito della sentenza *Taricco I* della Corte di Giustizia effettivamente una violazione della prevedibilità si è consumata, benché – in verità – non tanto in ragione di un difetto di determinatezza, come ritenuto dalla Consulta, quanto a seguito della peculiare interazione instauratasi tra disposizioni di diritto interno e disposizioni di diritto Ue, tale per cui la disapplicazione della norma interna confliggente con la norma di diritto Ue dotata di effetti diretti avrebbe comportato la riespansione di una norma terza di diritto interno con funzione incriminatrice. Riespansione imprevedibile e, come tale, censurabile poiché contraria al principio secondo cui una disposizione eurounitaria «non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni»[175]. In definitiva, nel caso *Taricco* affiorava davvero il *fil rouge* tra determinatezza e prevedibilità, sebbene in ragione di una dinamica altra rispetto a quella rilevata dalla Consulta.

---

[173] Chiarissimo, in tal senso, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale, www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 19 dicembre 2016, 2 s.

[174] Cfr. *infra*, Cap. IV, par. 3.6.2.

[175] Principio affermato per la prima volta da Corte Giust. Ue, 8 ottobre 1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen* e, successivamente, in Corte Giust. Ue, 7 gennaio 2004, C-60/02, *X*, nonché, tra le numerose decisioni successive in senso conforme, Corte Giust. Ue, GS, 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e a.*

Per ora, basti porre in luce il rinnovato interesse dei Giudici costituzionali verso entrambi i corollari. Tant'è che, a distanza di un anno, detto legame veniva nuovamente – e, questa volta, a buon diritto – rievocato dalla Corte, con la sentenza n. 24 del 2019[176]. Le scansioni fondamentali della vicenda sono note. La Consulta vagliava la legittimità delle disposizioni di cui alle lett. a) e b) dell'art. 1 D.Lgs. 159/2011 affrontando un tema divenuto ineludibile a seguito della sentenza *De Tommaso c. Italia*[177]. Con quest'ultima decisione, la Corte EDU condannava lo Stato italiano rilevando che la normativa in materia di misure di prevenzione difettava di chiarezza, precisione e completezza precettiva, precludendo al cittadino di comprendere quali condotte debba tenere e quali, viceversa, evitare al fine di non incorrere in una misura di prevenzione. Invero, della costituzionalità della normativa in materia di prevenzione si era più volte dubitato, tanto che, come già ricordato, nel 1980 la Consulta aveva espunto la categoria dei "proclivi a delinquere" dal novero dei soggetti sottoponibili a dette misure, proprio rilevandone l'insanabile difetto di precisione[178]. Per contro, altre categorie soggettive avevano lungamente resistito, al punto da rimanere inalterate anche nel momento in cui dalla legge *Reale* venivano trasfuse all'interno dell'art. 1 lett. a) e b) del codice antimafia. Nondimeno, la inafferrabilità sul piano materiale non passava inosservata alla Corte EDU che ne dichiarava la

[176] Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, con note di E. APRILE, *La Corte Costituzionale "riscrive" la disciplina delle misure di prevenzione "generiche" per garantirne maggiore determinatezza nei loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni – C. Cost., 27 febbraio 2019, n. 24*, in *Cass. pen.,* 5-6, 1864 ss.; F. BASILE-E. MARIANI, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti "abitualmente dediti a traffici delittuosi": questioni aperte in tema di pericolosità*, in *Giust. Pen.*, 2019, 5, 151 ss.; M. CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia"*, in *Arch. pen.*, 2019, 2; S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte Edu*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 4 marzo 2019; A.M. MAUGERI-P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. cost. 24/2019)*, in *www.sistemapenale.it*, 24 novembre 2019; N. PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità "generica", tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 322 ss., oltre ai contributi citati nelle note successive. Rammentiamo che detta decisione veniva emessa insieme alla 'gemella' sentenza 27 febbraio 2019, n. 25, la quale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, co. 2 D.Lgs. 159/2011, nella parte in cui detta fattispecie incriminatrice prevedeva come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", per insanabile indeterminatezza di dette locuzioni, ratificando la disapplicazione avvenuta per via giurisprudenziale da parte delle Sezioni Unite *Paternò*. La sentenza si poneva lungo la scia della decisione 'gemella', parimenti sottolineando il nesso tra determinatezza e prevedibilità e, tuttavia, al contempo abbracciando esplicitamente una concezione dichiarativa dell'interpretazione (§ 5).

[177] Corte EDU, GC, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, sulla quale v., *ex plurimis*, R. MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 3, 135 ss.; A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 3, 15 ss.; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 4, 127 ss.; F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 3, 370 ss.

[178] Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 177.

difformità rispetto al parametro di cui all'art. 2 Prot. 4 CEDU[179], riconoscendone l'inidoneità a costituire una valida "base legale".

Come conseguenza, la questione veniva riproposta in termini analoghi alla Corte costituzionale con precipuo riferimento, oltre che ai parametri summenzionati, richiamati per tramite dell'art. 117 Cost., agli artt. 13, 25, co. 3 e 42 Cost. Orbene, ciò che qui rileva è che la Consulta – premessa una dotta ricostruzione dell'evoluzione normativa del sistema della prevenzione *ante delictum* – vagliava la conformità delle misure censurate alla luce del principio di determinatezza unitamente al corollario della prevedibilità, che per la prima volta trovava tanto esplicito riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale: nella prospettiva condivisa dai giudici *a quibus* e fatta propria dalla Consulta, le fattispecie scrutinate «non sarebbero in grado di indicare con sufficiente *precisione* i presupposti delle misure in questione, sì da non consentire ai loro destinatari di poterne *ragionevolmente prevedere* l'applicazione» (enfasi nostra). Proprio tale rapporto di causa-effetto tra indeterminatezza (*sub specie* di imprecisione) e imprevedibilità merita attenzione, in quanto la Corte dà spazio a una categoria sino a quel momento considerata, secondo una logica tipicamente dualistica, soltanto europea. La determinatezza trova una rivincita, arricchendosi di un giudizio di prevedibilità che, *ex post*, ne ratifica la violazione.

La Corte attua dunque una serrata ricostruzione delle categorie censurate alla luce della giurisprudenza, definendola "tassativizzante", poiché protesa nel «commendevole sforzo di conferire, in via ermeneutica, maggiore precisione alle due fattispecie di "pericolosità generica" […] al dichiarato fine di porre rimedio al deficit di precisione»[180]. Potrebbe obiettarsi che, al di là delle espressioni di modernità contenute nei ricordati passaggi della motivazione, riemergano le antiche diffidenze nei confronti di una concezione autenticamente costitutiva della giurisprudenza[181]. In effetti, vero è che il percorso argomentativo della Corte tradisce una sottile incoerenza[182] nel momento in cui – pur di restare fedele a una visione dichiarativa dell'interpretazione *in criminalibus* – ne

[179] Le misure di prevenzione venivano infatti ricondotte nella zona esterna alla materia penale, conformemente alla più risalente giurisprudenza della stessa Corte (*ex multis*, *Raimondo c. Italia*, *Labita c. Italia*, *Monno c. Italia*), non potendo pertanto trovare applicazione la legalità penale siccome prevista dall'art. 7 CEDU. Tuttavia, ciò non impediva ai Giudici di valutare la conformità di dette misure a tale principio e, più specificamente, alla imprescindibile sussistenza di una idonea "base legale". Requisito che, appunto, la Corte riteneva irrimediabilmente corrotto, alla luce del testo delle suddette disposizioni (rispettivamente, l'art. 2 Prot. 4 CEDU, avuto riguardo alle misure personali, l'art. 1 Prot. Add. CEDU, avuto riguardo alle misure patrimoniali).

[180] Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24, § 11.3.

[181] V. MAIELLO, *La prevenzione* ante delictum *da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 2019, 1, spec. 336 ss.

[182] In termini simili, con riferimento alla sentenza 'gemella' n. 25, ma senz'altro estensibili alla decisione in commento, F. MAZZACUVA, *L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2, 988; ancora, V. MAIELLO, op. cit., 333, ritiene che la decisione in esame non riesca a «nascondere le cicatrici di un travaglio sofferto, segnato dal disagio di far sopravvivere – nelle maglie dello Stato costituzionale – un vecchio, seppur riverniciato, arnese del diritto pre-moderno».

ammette la valenza nomopoietica solo «allorché si versi – come nelle questioni ora all'esame – *al di fuori* della materia penale [nella quale] 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»[183]. La decisione sembra riconoscere, in altre parole, una legalità 'a più velocità': legata alla «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"»[184], quella interna alla *matière pénale*; affidabile al ruolo chiarificatore della giurisprudenza, quella al di là di tale confine. Con il che la prevedibilità troverebbe spazio solo se raccordata alla determinatezza delle previsioni legislative *esterne* al nucleo forte della materia penale, le quali consentirebbero un'integrazione per via giurisprudenziale[185]: d'altronde, ammettere che le misure di prevenzione perseguano una finalità punitiva – donde la riconduzione all'interno del perimetro della materia penale – avrebbe significato scardinare il sistema del contrasto alla criminalità *ante delictum*, frustrando fin troppo evidenti ragioni di politica criminale.

---

[183] *Ibidem*.

[184] Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24, § 12.

[185] In realtà, tale argomentazione non pare coerente, come dimostrato dal richiamo alla sentenza n. 327 del 2008, che già a sua volta presupponeva l'insostenibile connubio tra teoria dichiarativa dell'interpretazione *in criminalibus* e *determinabilità* per via giurisprudenziale del disastro innominato. A ben vedere, purché si muova da una concezione del ruolo costitutivo dell'attività interpretativa, riteniamo che la sentenza in commento assicuri involontariamente un livello più alto di tutela rispetto ai precedenti, nell'affidarsi alla prevedibilità della decisione giudiziale. Infatti, se nelle zone interne alla materia penale si registra una certa ritrosia della giurisprudenza costituzionale, dopo la sentenza sull'art. 603 c.p., a riconoscere l'incostituzionalità di una disposizione per indeterminatezza, la quale verrebbe sempre emendata dalla tassativizzazione da parte della giurisprudenza di legittimità – ancorché tale processo sia elegantemente parafrasato nella edulcorata formula del 'diritto vivente' (cfr. *supra*, par. 4.3.2.) –, analoga situazione porta invece alla più radicale dichiarazione di incostituzionalità nel settore delle misure di prevenzione, in cui la collocazione esterna alla materia penale permette alla Corte di accostarsi con maggiore franchezza alla giurisprudenza europea, non avvertendo in questo ambito il peso di una concezione legalistica della legalità cui ancora la Consulta appare legata e potendo, per l'effetto, manifestare maggiore sensibilità verso il canone della prevedibilità come istanza garantistica rivolta al singolo consociato. Insomma, riteniamo che – alla luce della giurisprudenza costituzionale sin qui esaminata – il vaglio di determinabilità attuato mediante l'attenta osservazione dello stato dell'arte giurisprudenziale sia il medesimo nella sentenza n. 24 del 2019 e nelle precedenti decisioni in tema di determinatezza, ma la liberazione dal peso dogmatico della concezione dichiarativa della interpretazione facilita la Corte, *al di fuori* della *matière pénale*, a integrare le garanzie a presidio del singolo, pervenendo alla dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni censurate. Si rammenti infatti che, in questa come in ogni altra decisione in tema di determinatezza, la tutela del singolo rileva non solo con riferimento al caso all'attenzione del giudice rimettente, ma con riferimento a tutti i casi che presentino analoghe cadenze (potrebbe dirsi 'fratelli minori'!), i quali, anche se già giudicati in via definitiva, senz'altro beneficerebbero di una dichiarazione di illegittimità costituzionale (diversamente, come evidente, da una sentenza interpretativa di rigetto): per lucide riflessioni sul punto, v. le osservazioni spese dalla Consulta nella sentenza n. 25 del 2019 che, come ricordato, affianca in punto determinatezza la decisione in commento.

Tuttavia, della scelta di tracciare il filo rosso tra determinatezza e prevedibilità, pur contenendolo all'interno della materia (ritenuta) extra-penale, vanno altresì riconosciuti i meriti. Finalmente, le categorie vengono definite e applicate per ciò che sono: le disposizioni traggono luce dalla tassativizzazione di una giurisprudenza ineludibilmente conformativa, *purché rispettosa dell'istanza di prevedibilità del singolo*. Nella misura in cui, delle due disposizioni al proprio vaglio, la "abituale dedizione a traffici delittuosi" viene ritenuta affetta da «radicale imprecisione» riaffiora un limite minimo garantistico di qualità del testo legislativo che nell'ultimo ventennio la giurisprudenza costituzionale sembrava avere smarrito.

Ed esso riemerge perché valorizzato in uno al canone della prevedibilità. L'auspicio è che, finalmente accolto nelle motivazioni della Consulta, il connubio tra determinatezza e prevedibilità possa gradualmente estendersi anche al di qua del confine della materia penale, risvegliando la coscienza dell'operatore del diritto circa il fatto che già «una norma costruita genericamente proietta […] l'eventualità della sanzione penale su un numero indeterminato di fatti, senza esigere assolutamente la collaborazione di un intervento giudiziario arbitrario»[186].

5. Polimorfismo dell'interpretazione, giurisprudenza 'sanante' e giurisprudenza 'proattiva', istanza di riconoscibilità del precetto

Vero che nei casi di maggiore sciatteria legislativa la (im)prevedibilità emerge già in rapporto alla determinatezza – dimostrazione siano i casi citati nel paragrafo che precede – e che la relativa tutela va attivata per tramite dell'incidente di costituzionalità[187], è parimenti vero che, più di frequente, decisioni imprevedibili originano da un eccessivo attivismo della giurisprudenza che sull'enunciato normativo opera. Sovente, il consociato non prevede il contenuto della decisione in quanto ignora – non la disposizione, bensì – la *regula juris* che sarà prescelta dall'interprete nel caso concreto. Si ripropone la suesposta partizione tra disposizione e norma, dovendosi evidenziare che – nella maggior parte dei casi – è quest'ultima il vettore di imprevedibilità della decisione.

La difficoltà di conoscere la norma è, come evidente, riconducibile alla struttura stessa dell'interpretazione: dinamicamente capace di adattarsi – a differenza del testo di legge – alle infinite sfumature che la realtà di continuo disvela e, come conseguenza, perennemente suscettibile di variare (mutamento) o, ancora, di offrire contemporaneamente più soluzioni (contrasto). Sarebbe però fallace pensare che tale costante esposizione alle oscillazioni giurisprudenziali costituisca esclusivamente

[186] M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 105.

[187] In temini analoghi, riconosce nell'incidente di costituzionalità il rimedio elettivo per i casi di disposizioni affette dai più gravi vizi di precisione A. VALLINI, voce Culpa iuris, in *Enc. dir. – I tematici*, II, Milano, 2021, 366.

l'esito dell'originario inadempimento del legislatore al proprio vincolo di determinatezza. Pur consapevoli dell'arbitrarietà di qualsiasi sistematizzazione di un fenomeno così eterogeneo, quali scaturigini dello stesso possono sempre riconoscersi – alternativamente o cumulativamente – due ragioni di fondo[188].

Da un lato, la giurisprudenza opera in funzione 'sanante', attuando il descritto processo di tassativizzazione, in occasione del quale si consuma il denunciato *maquillage* concettuale tra determinatezza e determinabilità. Se la disposizione appare imprecisa – al netto dei casi estremi di assoluta indeterminatezza, non emendabili in via interpretativa (richiamiamo, una volta ancora, il plagio) e posto che «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie […] non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque […] di stabilire il significato di tale elemento»[189] –, ne deriva una incertezza che la giurisprudenza sarà chiamata ad appianare, si accolga o meno una concezione costitutiva della stessa.

Da un altro lato, mutamenti e contrasti giurisprudenziali possono ben prodursi anche in seno a una disposizione tendenzialmente autosufficiente – ossia capace di risolvere, se volessimo, quelli che sopra abbiamo definito *clear cases*[190] – qualora, tuttavia, la stessa si riveli inidonea a raggiungere un fenomeno criminoso che il formante giurisprudenziale ritiene meritevole di repressione penale. In questo secondo caso, la giurisprudenza appare particolarmente 'proattiva', incaricandosi di ricondurre a una fattispecie fatti della vita che in fase di compilazione dell'enunciato normativo il legislatore aveva ritenuto di non regolare o ai quali nemmeno aveva pensato, mediante una lettura espansiva della stessa. In questa macrocategoria confluiscono tutte le interpretazioni che intravedono nella fattispecie una carenza non meramente formale – ossia relativa alla tecnica di formulazione della stessa – bensì sostanziale, quale inidoneità a tutelare adeguatamente un determinato bene giuridico. Così, vicende che a rigore non rientrerebbero nelle opzioni consentite dal testo di legge vengono fatte rientrare nel perimetro dello stesso, elasticamente dilatato per il tramite di un ragionamento analogico,

---

[188] Si tratta di una nostra, personalissima, categorizzazione: in dottrina, sono state proposte numerose altre ripartizioni delle oscillazioni giurisprudenziali. Particolarmente ficcante – nonché, ci sembra, allineata alla nostra lettura – quella proposta da D. PERRONE, Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative* in malam partem *e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, spec. 198 ss., la quale distingue tra oscillazioni dettate (i) da originaria indeterminatezza della formulazione legislativa; (ii) dalla esigenza di sopperire ad una situazione di inerzia legislativa; (iii) dalla opportunità di adattare le disposizioni incriminatrici all'evoluzione scientifico-tecnologica e (iv) dall'adeguamento del dettato normativo all'evoluzione delle *Kulturnormen*. Analogamente alla ricostruzione proposta nel testo, v., chiaramente, L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 4, 1322 ss.

[189] Cfr. *supra*, nt. 152.

[190] Cfr. *supra*, par. 2.1.2., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

di volta in volta giustificabile nelle diverse tecniche di interpretazione, ora storica, ora sistematica, ora teleologica e, per l'effetto, pressoché mai censurabile in concreto.

Se ciò apre uno scorcio sull'estremo polimorfismo della interpretazione giudiziale, evidenziandone l'eterogeneità di forme e scopi perseguiti, l'esigenza (e la correlata difficoltà) avvertita dal consociato è costante e risiede nel prevedere quale sarà la norma regolatrice del caso di specie. E questo in quanto l'interpretazione – come si è cercato di evidenziare nei paragrafi che precedono – costituisce un fenomeno al contempo ineliminabile, essenziale, eppure alquanto difficile da governare negli sviluppi. L'opportunità di conoscere se una condotta è considerata lecita o illecita, se una circostanza troverà applicazione o meno, se una causa di non punibilità verrà in rilievo, se una sanzione verrà irrogata e in che misura esprime una istanza fondamentale nel contesto sociale di ciascun individuo, influendo direttamente sulle azioni che lo stesso intenda intraprendere. Qualora non siano preventivabili le conseguenze di una condotta – specie in una società del rischio come quella attuale, in cui da un lato si assiste a un iper-criminalizzazione delle attività umane, da un altro lato si moltiplicano i settori socialmente utili, ma fonte di pregiudizio di beni giuridici fondamentali – vengono inammissibilmente tradite le basilari istanze di legalità e colpevolezza[191]. Con riferimento alla prima, in quanto il soggetto ha agito in un contesto che offriva una soluzione diversa da quella con cui verrà regolata la sua posizione in concreto; con riferimento alla seconda, e come conseguenza, in quanto a detto soggetto non può muoversi un rimprovero, essendo arduo giustificare una istanza di rieducazione nei confronti di chi sia ritenuto essersi discostato da un precetto mutevole. A presidio e sintesi di tali fondamentali garanzie deve innestarsi dunque un'adeguata valutazione di riconoscibilità del precetto, alla stregua di un metaprincipio[192] suscettibile di assicurare un ragionevole bilanciamento dello statuto garantistico del singolo con le innegabili esigenze di protezione dei beni giuridici di cui lo Stato si fa carico.

---

[191] Cfr. M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., 11. In una prospettiva che ci sentiamo di condividere, l'Autore precisa che, invero, pur annettendosi la riconoscibilità a entrambi i principii, essa affiorerebbe *sub specie* di legalità nel caso di nuove o diverse interpretazioni giurisprudenziali, in quanto si verserebbe, in questi casi, in un inadempimento da parte dello Stato; *sub specie* di colpevolezza, nei casi di mancata – eppure inesigibile – conoscenza della legge da parte del singolo. Tuttavia, riteniamo che tali profili tornino a saldarsi (e lo stesso Autore sembra ammetterlo: ID., op. ult. cit., 23) nel caso di conoscibilità della qualificazione giuridica dei casi, siccome intesa nel prisma della prevedibilità delle decisioni, nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU: è evidente, infatti, che su tali ipotesi – a prescindere, a nostro modo di vedere, dalla correttezza o meno della lettura interpretativa – incidono parimenti profili di irretroattività della *regula juris* e colpevolezza dell'agente, in base alle considerazioni qui sopra già svolte.

[192] G. ROTOLO, *'Riconoscibilità' del precetto penale e modelli innovativi di tutela*, Torino, 2018, 57. Sul momento di transizione concettuale dalla determinatezza alla conoscibilità, in ragione del ruolo dell'interpretazione giurisprudenziale, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 72.

5.1. I referenti costituzionali della riconoscibilità nel prisma della sentenza n. 364 del 1988 (continua)

È ancora una volta nella fucina della Corte costituzionale che prende forma il principio di riconoscibilità. Né sarebbe potuto avvenire diversamente, trattandosi di un corollario privo di un immediato referente normativo all'interno della Carta: nelle dotte pagine della sentenza n. 364/1988 veniva così condensata la fitta trama di un principio strutturalmente composito di legalità e colpevolezza che, ad onta della elevatissima levatura dogmatica, unanimemente riconosciuta, negli anni a venire non avrebbe goduto che di fugaci rifrazioni, timidamente riemergendo in sporadiche decisioni costituzionali[193]. Dando ascolto alle accorate istanze della dottrina più autorevole[194], la Corte costituzionale dà finalmente voce a una concezione normativa della colpevolezza, intravedendone l'occasione nelle questioni di legittimità sottopostele circa la portata assolutizzante dell'inescusabilità dell'errore di diritto, nel prisma dell'art. 5 c.p. Si tratta della casistica afferente alle ipotesi di inesatta – ma inesigibile – conoscenza di norme rilevanti al fine di ritenere oggettivamente integrata la responsabilità penale del singolo, ricadenti sotto la comune definizione di '*culpa iuris*'[195]. Invero, una certa sofferenza nei confronti dell'assolutezza di detto paradigma, nella misura in cui lo stesso imponeva una parificazione della trascuratezza informativa dell'agente al dolo dello stesso era già stata manifestata in senso alla giurisprudenza più sensibile. In particolare, si riteneva irragionevole che sul consociato 'poco accorto' dovessero ricadere le medesime conseguenze giuridiche – al netto della commisurazione in concreto della sanzione – del consociato che avesse manifestato un

[193] Coeva alla sentenza n. 364 è la nota sentenza 1085 del 1988, in materia di furto d'uso (Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *giurcost.org*); successivamente, Corte cost., 22 aprile 1992, n. 185, ritorna sulla nozione di 'riconoscibilità' del precetto, dichiarando l'illegittimità costituzionale di una disposizione in materia ambientale affetta da errore materiale (consistito nel rinvio erroneo ad altra fonte). Di assoluto rilievo è quindi Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322, con nota di M. VIZZARDI, *Ignoranza dell'età della persona offesa e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, 1351 ss., in occasione della quale veniva precisata in via interpretativa la clausola della scusabilità dell'errore dell'agente circa l'età della persona offesa nei casi di ignoranza inevitabile. Da ultimo, va segnalata la recente Corte cost., 5 giugno 2023, n. 110, in cui, pur con una decisione di accoglimento ai sensi dell'art. 3 Cost., nel segno del principio di ragionevolezza, veniva dichiarata costituzionalmente illegittima una disposizione della Regione Molise in materia edilizia in quanto – con cadenze in cui riecheggiano le storiche motivazioni del 1988 – costituente «esempio paradigmatico di un enunciato normativo affetto da radicale oscurità», come tale insuscettibile di fornire «alcun affidabile criterio guida alla pubblica amministrazione nella valutazione se assentire o meno un dato intervento richiesto dal privato», rendendo, per l'effetto, arduo al privato «lo stesso esercizio del proprio diritto di difesa in giudizio contro l'eventuale provvedimento negativo della pubblica amministrazione, proprio in ragione dell'indeterminatezza dei presupposti della legge che dovrebbe assicurargli tutela contro l'uso arbitrario della discrezionalità amministrativa». Sulla 'doverosità' del richiamo alla conoscibilità, ma sulla 'essenzialità' del riferimento alla intellegibilità nell'ambito di tale decisione costituzionale cfr. F. PALAZZO, *La legge "radicalmente oscura" al vaglio della Corte costituzionale*, cit., spec. 1055. In commento a quest'ultima decisione, nella dottrina penalistica, v. altresì G. AMARELLI, Butterfly effect *e interdittive antimafia. L'incostituzionalità di una norma edilizia regionale può determinare l'illegittimità delle interdittive generiche?*, in *www.sistemapenale.it*, 8 luglio 2024.

[194] Per tutti, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 56 ss.; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 448 ss.

[195] Sul tema, per tutti, A. VALLINI, voce Culpa iuris, cit., 354 ss.

atteggiamento di franca contrapposizione alle scelte di incriminazione del legislatore. Tanto più, ove a venire in rilievo fosse una fattispecie a valenza meramente sanzionatoria: tale, cioè, da attribuire una sanzione penale a un comportamento altrimenti privo di un disvalore accreditato in seno alla comunità nonché, tendenzialmente, riconducibile allo schema della norma penale in bianco.

La Corte dava così veste giuridica al 'buon senso' mostrato da certa giurisprudenza che, ravvisando l'inesigibilità della conoscenza del precetto da parte dell'agente che avesse posto in essere una previa e diligente attività informativa, magari pure ricevendo rassicurazioni da organi dell'amministrazione circa la liceità del proprio agire, e ciononostante avesse integrato sul piano oggettivo gli elementi di un reato contravvenzionale nascosto nelle pieghe di semisconosciute leggi speciali, assolveva per accertata "convinzione positiva della liceità del fatto", in tal modo aggirando la portata totalizzante dell'art. 5 c.p. D'altronde, da detta casistica affiorava l'atteggiamento dell'agente che non solo non appariva indifferente o in contrapposizione verso l'ordinamento ma che, avendo previamente cercato di 'regolarizzare' la propria situazione – e convincendosi di esservi riuscito –, mostrava adesione al medesimo, non potendo essere punito in conseguenza della induzione in errore da parte di un ganglo dello Stato stesso.

Invero, la Corte riconduceva l'ampio ventaglio di vicende falcidiate dalla 'livella' del vecchio art. 5 c.p. a un unico, trasversale, corollario, identificato nella riconoscibilità del precetto. L'esigenza di conferire tutela alle situazioni accomunate da una percezione di inesigibilità-inevitabilità esaltava, anzitutto, la componente soggettiva del principio, emergente dal nesso colto dalla Corte tra primo e terzo comma dell'art. 27 Cost. Postulate, da un lato, la ineliminabile esigenza che all'interno del fatto – comprensivo di componenti oggettive e soggettive – sia sempre quantomeno incluso un atteggiamento colposo dell'agente verso gli altri elementi della fattispecie tipica (comma 1); da un altro lato, la funzione rieducativa della pena (comma 3), che cadrebbe nel vuoto, se imposta ad un soggetto che non abbia assunto un contegno doloso o colposo, necessaria conseguenza è «l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino essere espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali»[196].

Premessa l'imprescindibilità dell'analisi del gradiente subiettivo nel giudizio di valutazione della responsabilità penale, la Corte ritorna sul versante oggettivo del fatto tipico, definendo i requisiti minimi che una fattispecie deve presentare affinché possa muoversi un rimprovero all'agente circa – perlomeno – la colpevole ignoranza della stessa. Detti requisiti costituiscono, del resto, la contropartita dell'obbligatorietà della legge penale: si viene così a delineare il noto paradigma

[196] Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., § 14.

contrattualistico contraddistinto dal sinallagma Stato-cittadino, tale per cui la responsabilità di quest'ultimo potrà sorgere solo e nella misura in cui lo Stato non si sia rivelato 'contraente infedele', contravvenendo al proprio obbligo di rendere possibile la conoscenza della norma penale. In tale prospettiva, il cittadino è rimproverabile – sul piano soggettivo – purché sia venuto meno a un obbligo il cui rispetto – sul piano oggettivo – poteva dirsi esigibile: in altre parole, purché egli sia stato preventivamente messo nelle condizioni di conoscere il divieto. E, a ben vedere, sono proprio «i principi di tassatività e d'irretroattività delle norme penali incriminatrici, nell'aggiungere altri contenuti al sistema delle fonti delle norme penali, [a] garantire i cittadini, attraverso la "possibilità" di conoscenza delle stesse norme, la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione»[197]. Detto passaggio permette di cogliere lo stretto nesso che lega colpevolezza e legalità: da un lato, lo Stato è tenuto a redigere precetti conoscibili nel segno degli artt. 2, 3, 25, co. 2 e 73, co. 3 Cost., realizzando la «funzione d'orientamento culturale e di determinazione psicologica operata dalle leggi penali»[198], dall'altro lato – e solo laddove tale condizione sia adempiuta – il cittadino sarà tenuto a conoscere la legge penale, potendo, in caso di impossibilità a lui non addebitabile, eccepire l'inadempimento del legislatore per il tramite del rivitalizzato strumento dell'art. 5 c.p.

5.2. (segue) la riconoscibilità "sociale" del precetto

Nella sentenza del 1988 prende, così, forma il principio di riconoscibilità: una garanzia, invero, ancora in cerca di collocazione dogmatica, che nasce dalla 'costola' della legalità e della colpevolezza, senza tuttavia venire conglobata in alcuna delle due ma che, al contempo, le pone in stretta comunicazione. Al netto di un approfondimento dottrinale non ampio quanto ci si sarebbe potuti attendere[199] e di una scarsissima elaborazione giurisprudenziale, la riconoscibilità del precetto cela una rilevantissima cifra di modernità, anticipando di vent'anni i più maturi approdi della giurisprudenza di Strasburgo, nel segno della prevedibilità *ex* art. 7 CEDU[200]. Attraverso la riconoscibilità, infatti, la determinatezza gode di una rilettura secondo le logiche garantistiche della

---

[197] *Ibidem*, § 16.
[198] *Ibidem*.
[199] Latitano, in seno alla dottrina, lavori dedicati a una 'pura' indagine del principio in commento; merita segnalare, oltre agli studi immediatamente successivi alla sentenza n. 364 del 1988, G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 1, *passim*; più di recente, M. LANZI, Error iuris *e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, 139 ss.; P. POMANTI, *La «riconoscibilità» della norma penale*, Napoli, 2019, spec. 255 ss. G. ROTOLO, *'Riconoscibilità' del precetto*, cit., spec. 55 ss.
[200] F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 218 ss.; A. VALLINI, voce Culpa iuris, cit., 366. Più dettagliatamente, sul "tempo ciclico" della prevedibilità, G. CARUSO, voce *Prevedibilità e legalità (nel diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IX, Torino, 2021, 539 s.

colpevolezza, con correlata accentuazione della tassatività in funzione del cittadino[201]: si prende cognizione, in altre parole, di una dimensione costitutiva del diritto giurisprudenziale che, al contempo, non può andare a detrimento del singolo, il quale va sempre posto nelle condizioni di agire entro una cornice normativa sufficientemente chiara, che ne giustifichi – accertata l'oggettiva violazione del precetto penale – la rimproverabilità.

Al contempo, la riconoscibilità deve soddisfare una razionalità intrinseca alle disposizioni-norme incriminatrici, poiché un enunciato normativo inequivocabile o una lettura giurisprudenziale stratificata, se contrarie alle istanze di ragionevolezza del sistema, non valgono a fondare un dovere strumentale di conoscenza in capo al cittadino, al pari di un precetto semanticamente oscuro. Altrimenti detto, detta istanza implica altresì la sussidiarietà e frammentarietà del sistema penale – donde l'inammissibilità di letture interpretative eccessivamente ampie –, il quale dovrebbe rifuggire l'ipertrofia, limitandosi a poche disposizioni, ben redatte e, ciò che più conta, «dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da esser percepite anche in funzione di norme "extrapenali", di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare»[202]. La Consulta grava, pertanto, il legislatore (e la giurisprudenza stessa) di un onere non soltanto formale, bensì sostanziale nell'opera di compilazione e interpretazione della norma, il cui valore è commisurato al metro della sua "riconoscibilità sociale", rilevando «non per quello che è ma per quel che appare ai consociati»[203]. Si comprende, a questo punto, l'attenzione mostrata dai Giudici costituzionali verso la valenza performativa del linguaggio e della interpretazione del testo. Se la legalità va letta in funzione del consociato, vero perno del sistema, in modo che il perimetro di colpevolezza dello stesso non venga ingiustificatamente attratto verso derive punitive, discende una necessaria assonanza tra diritto penale e *Kulturnormen*, potendosi esigere dal consociato ciò che egli percepisca connotato da disvalore sociale[204]. Il che – beninteso – non equivale certo a predicare il ritorno a un illusorio paradigma giusnaturalista, in cui il catalogo delle fattispecie penali sia circoscritto al novero dei *mala in se*, bensì a esortare una maggiore sensibilità nella criminalizzazione (anche) dei *mala quia vetita*, sì da favorirne l'adeguata conoscibilità, al netto della minore pregnanza sul piano del disvalore penale.

---

[201] V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2011 (agg. settembre 2013), 19.

[202] Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., § 17.

[203] *Ibidem*.

[204] A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 57: «Il cittadino – sembra voler dire Dell'Andro – conosce le leggi, non (sol)tanto attraverso la Gazzetta Ufficiale, o il codice, ma anche (e soprattutto) attraverso la consonanza delle norme penali con le *Kulturnormen* diffuse nell'ambiente in cui egli vive».

In definitiva, la riconoscibilità pare avvincere a doppio filo legalità e colpevolezza, al punto che sembra irrisolvibile – oltre che dogmaticamente sterile, ove si adotti un approccio integrato delle tutele – il dilemma circa quale delle due istanze debba prevalere[205]: la legalità si misura in funzione della colpevolezza, poiché se si ritiene che il singolo non potesse conoscere il precetto, allora *ex ante* la legalità non era soddisfatta; la colpevolezza dipende a sua volta dalla legalità, nella misura in cui, per riconoscere la rimproverabilità del soggetto, deve muoversi un giudizio 'qualitativo' in relazione alla disposizione e alla norma in concreto rilevanti.

5.3. Doveri strumentali di conoscenza e parametri d'inevitabilità dell'*error iuris*

Nella prospettiva (contrattualistica) di verificare l'adempimento da parte del legislatore degli obblighi fissati nel combinato disposto degli artt. 2, 3, 25, co. 2 e 73, co. 3 Cost., occorre volgere, al contempo, lo sguardo alla diligenza del cittadino. Quali i doveri strumentali di conoscenza che il consociato deve dimostrare di avere adempiuto, per non incorrere in una rimproverabile ignoranza del precetto penale e, quindi, per ritenere lo Stato inadempiente? In tale passaggio della motivazione, la Consulta risolve la lunga diatriba tra *Vorsatztheorie* e *Schuldtheorie*, aderendo a quest'ultima, al fine di non sacrificare le esigenze generalpreventive del sistema, sulla considerazione per cui risulterebbe inopportuno lasciare impuniti coloro che intendano avvantaggiarsi dell'ignoranza della legge penale per precostituirsi una scusa. Come noto, una tale scelta di campo si porrà alla base del futuro inappagamento della scusante: parificandosi l'ignoranza della legge penale – ritenuta, come vedremo, pressoché sempre evitabile – alla intenzionale contrapposizione alla stessa, si amplia inusitatamente lo spettro del dolo, idoneo a attrarre ipotesi, a ben vedere, "piene di colpa".

È in questa parte della motivazione che la dottrina più sensibile ha intravisto i prodromi della successiva inapplicazione dell'art. 5 c.p.[206]. Troppe le condizioni che sgonfiano la portata garantistica delle premesse personalistiche affermate dalla Consulta[207]. Anzitutto, l'ambito di applicazione della scusante viene circoscritto ai *mala quia vetita*, non potendosi non percepire il disvalore insito nei *mala in se*. Ma anche in relazione ai primi, occorre distinguere tra il caso in cui il soggetto effettivamente si prefiguri la possibilità che il suo fatto sia antigiuridico e quello in cui l'agente

[205] Dilemma, come noto, irrisolto in seno alla dottrina: individua, per esempio, nella legalità un «*corollario* della superiore istanza di colpevolezza» F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 220; in senso opposto, invece, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit., 153.

[206] M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, *passim*; A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, spec. 283 ss.; ID., voce Culpa iuris, cit., 360; L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale*, cit., *passim*.

[207] Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., §§ 28 ss.

neppure si rappresenti tale evenienza[208]. Si viene, progressivamente, assottigliando il novero di situazioni potenzialmente scusabili, atteso che, a giudizio della Corte, solo una forma di ignoranza pura potrebbe rivelarsi meritevole di tutela, là dove l'incertezza circa l'illiceità o meno di una condotta già di per sé tradirebbe una sorta di dolo eventuale[209] dell'agente, il quale, pertanto, nel dubbio dovrebbe astenersi dall'agire. E, nondimeno, a sua volta detta casistica si restringe, fino a estinguersi, con riguardo ai c.d. soggetti esperti, i quali, proprio in quanto 'calati' nella materia cui afferisce la fattispecie penale, appaiono destinatari di un onere di conoscenza fondamentalmente sconfinato, con la conseguenza che, proprio in relazione ai contesti in cui più sentita si fa l'istanza di tutela della riconoscibilità del precetto, viene legittimato il riconoscimento di una *culpa in re ipsa*, con le sembianze del dolo.

Non è questa la sede per approfondire gli insuccessi dell'art. 5 c.p. nell'esperienza giurisprudenziale posteriore al 1988. Rileva, tuttavia, soffermarsi sugli spiragli esigui che la Corte sembra voler lasciare alla suddetta scusante, notando come le trame della prevedibilità fossero già state tessute quasi trent'anni prima della vicenda *Contrada*, con cui l'Italia avrebbe formalmente conosciuto il primo, frontale, approccio con detto corollario. Dopo avere abbondantemente 'scremato' la casistica rientrante nel perimetro della scusante, la Corte fa salve alcune – estreme – situazioni, in cui la conoscibilità del precetto pare compromessa a tal punto da diventare rilevante anche stando alle rigorosissime condizioni individuate in sentenza. Come noto, nella prospettiva affermata dalla Consulta, esisterebbero due ordini di fattori suscettibili di inficiare la riconoscibilità del precetto – e, pertanto, in relazione ai quali l'art. 5 c.p. si rivela incostituzionale –, rispettivamente, riconducibili a ragioni di carattere oggettivo e soggettivo[210]. Non ci soffermiamo, ora, su queste ultime. Sul punto, basti rammentare che le stesse appaiono a loro volta bipartite, ora dettate da un errore nel processo motivazionale dell'agente, tuttavia non rimproverabile poiché implicitamente mostratosi 'fedele'

---

[208] A giudizio della Consulta, occorre infatti «allontanare le tentazioni di sopravvalutazione dell'art. 5 c.p. [essendo] quasi impensabile, infatti, che un soggetto "imputabile" commetta i c.d. delitti naturali nell'ignoranza della loro "illiceità" mentre l'ignoranza delle norme incriminatrici dei c.d. reati di pura creazione legislativa, tenuto conto del loro sempre crescente numero e del relativo "più intenso" dovere di conoscenza da parte dei soggetti che operano nei settori ai quali tali norme appartengono, si rivela, di regola, inescusabile».

[209] Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322, cit., § 4: «Il giudizio di inevitabilità postula, infatti, in chi si accinga al compimento di atti sessuali con un soggetto che appare di giovane età, un "impegno" conoscitivo proporzionale alla pregnanza dei valori in giuoco, il quale non può certo esaurirsi nel mero affidamento nelle dichiarazioni del minore: dichiarazioni che, secondo la comune esperienza, possono bene risultare mendaci, specie nel particolare contesto considerato. E ciò fermo restando, ovviamente, che qualora gli strumenti conoscitivi e di apprezzamento di cui il soggetto attivo dispone lascino residuare il dubbio circa l'effettiva età – maggiore o minore dei quattordici anni – del *partner*, detto soggetto, al fine di non incorrere in responsabilità penali, deve necessariamente astenersi dal rapporto sessuale: giacché operare in situazione di dubbio circa un elemento costitutivo dell'illecito (o un presupposto del fatto) – lungi dall'integrare una ipotesi di ignoranza inevitabile – equivale ad un atteggiamento psicologico di colpa, se non, addirittura, di cosiddetto dolo eventuale».

[210] Bipartizione ripresa, con estrema linearità di svolgimento, da A. VALLINI, voce Culpa iuris, 362 ss.

all'ordinamento, in ragione dello sforzo previamente profuso nell'informarsi circa la liceità del suo agire e ciononostante caduto – *recte*: indotto – in errore a seguito di rassicurazioni da parte di organi pubblici, poi rivelatesi fallaci (trattasi, in buona sostanza, della casistica che, anteriormente al 1988, la giurisprudenza più sensibile aveva ricondotto alla categoria della "buona fede nelle contravvenzioni"; avvalendosi dell'appiglio dell'art. 47, co. 3 c.p., al fine di aggirare l'inscalifibilità della formula contenuta nell'art. 5 c.p.); ora dettate da una profonda desocializzazione dell'agente, conseguente allo scarso livello di integrazione dello stesso all'interno della società e al disallineamento rispetto alle note di disvalore comunemente condivise presso la stessa (si pensi alla giurisprudenza in tema di circoncisione[211] o di porto del Kirpan[212]). L'attenzione va tuttavia focalizzata, ai fini delle presenti riflessioni, sulle cause 'oggettive' di esclusione della colpevolezza.

5.4. "Caotico atteggiamento degli organi giudiziari" come causa di irriconoscibilità del precetto (e di imprevedibilità della decisione)

Salvo prontamente ribadire – in linea con le malcelate preoccupazioni generalpreventive – la necessaria compensazione tra le eventuali «conoscenze ed "abilità" possedute dal singolo agente» e le carenze oggettive del sistema, queste ultime varrebbero tuttavia a rendere scusabile l'errore sulla legge penale, nei casi di "assoluta oscurità del testo legislativo"[213] e, ciò che più conta ai nostri fini, "gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari". Insomma, la riconoscibilità del precetto viene meno – e, con essa, la punibilità dell'agente – qualora la giurisprudenza non assuma una linea uniforme circa l'interpretazione di una fattispecie penale: e, ciò, in quanto il consociato non è posto in condizione di prevedere ragionevolmente quale sarà la decisione che, con riferimento a una data classe di fatti, potrà essere intrapresa dal giudice nel caso di specie[214]. Pare trovare autorevole conferma la tesi, prospettata in apertura di Capitolo, secondo cui la imprevedibilità delle decisioni conosce tra le possibili cause (la radicale indeterminatezza e) la irriconoscibilità della norma in ragione del caos giurisprudenziale, a propria volta riconducibile,

[211] Cfr., per esempio, Cass. pen., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646, con note di V. PUSATERI, *La circoncisione maschile cd. rituale non integra — se eseguita per motivi culturali che determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale — il reato di esercizio abusivo della professione medica*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 22 marzo 2012; E. D'IPPOLITO, Kulturnormen *ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2012, 11, 3711 ss.

[212] In tema, A. BERNARDI, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2, 671 ss. Per un inquadramento generale dei principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in materia, cfr. C. GRANDI, *A proposito di reati culturalmente motivati*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 3 ottobre 2011; più di recente, ID., *I reati contro la famiglia e contro la persona culturalmente motivati: teoria ed evoluzione della prassi*, in *Arch. pen.*, 2022, 3.

[213] Ipotesi che, come già enunciato, dovrebbe trovare censura a monte, in una dichiarazione di illegittimità costituzionale per difetto di determinatezza.

[214] Analogamente, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., 8.

alternativamente, a un originario *deficit* di determinatezza della disposizione, aggravato per via tralatizia, ovvero alle più disparate esigenze di *Kriminalpolitik* perseguite dalla giurisprudenza[215]. Si tratta, al netto della disapplicazione di tale monito da parte della diretta interessata (la giurisprudenza), di poche parole, sotto le quali si cela una presa di posizione di assoluta modernità, specie se raffrontata ai successivi 'rigurgiti' di legalità legalista manifestati in sede costituzionale, almeno per due ordini di ragioni.

Attraverso tale affermazione la Consulta mostra di prendere atto del ruolo insopprimibilmente costitutivo della giurisprudenza, riconoscendo le venature mitologiche che increspano la "illuministica" certezza della legge. Come conseguenza, anche rispetto a questo fenomeno il cittadino merita tutela, rientrando l'attività interpretativa tra le obbligazioni da cui lo Stato è gravato nella prospettiva di assicurare ai consociati la possibilità di valutare *ex ante* le conseguenze del proprio agire. In definitiva, l'inserimento del caos giurisprudenziale tra i fattori oggettivi che impediscono di muovere un rimprovero all'agente costituisce una forma di responsabilità statuale che per il tramite del rimodellato art. 5 c.p. può trovare emenda. In effetti, la soluzione dell'*error iuris* risulta particolarmente confacente, almeno in astratto: soddisfa lo Stato, che non subisce l'onta di una dichiarazione di incostituzionalità (come avverrebbe, per contro, in caso di indeterminatezza radicale della fattispecie)[216], elegantemente autoassolvendosi[217], secondo il paradigma allegorico del buon Sovrano, nel riconoscimento dell'assenza di colpevolezza in capo all'agente; soddisfa l'agente stesso, all'evidenza più interessato a non riportare una condanna penale che alle dinamiche di evoluzione interpretativa dell'ordinamento. Peraltro, tale soluzione apparirebbe ancor più auspicabile ove si consideri che essa non osta al ruolo costitutivo dell'interpretazione: insomma, si ammette che la giurisprudenza ha 'esagerato', ma per il futuro si seguirà tale linea interpretativa, alla cui emersione contribuisce già il decidente nel caso di specie, propendendo per uno degli orientamenti contrastanti. Del resto, il contesto qui abbozzato ben si armonizzerebbe con gli approdi contestualmente raggiunti dalla Corte EDU che, nella elaborazione della legalità nel prisma dell'art. 7 CEDU, notoriamente comprensivo di '*loi*' e '*droit*', ha da lungo tempo riconosciuto una violazione dei parametri convenzionali in presenza di interpretazioni imprevedibili[218].

---

[215] L. STORTONI, op. cit., 1322.

[216] Nello stesso senso, L. STORTONI, op. ult. cit., spec. 1326. Diffusamente, v. altresì M. LANZI, op. cit., 106 ss.

[217] 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.*, 2016, 1, 361: «anche se la legge era inconoscibile per difetti di ordinamento, il "trasgressore" veniva mandato a casa con una pacca sulla spalla: incolpevole, ma trasgressore. Lo Stato non è *fair*, ma ti scusa».

[218] Cfr. *infra*, par. 6.2.

Una 'tempesta perfetta', si direbbe. Nondimeno, l'esperienza successiva al 1988 delinea uno scenario ben diverso, ove l'art. 5 c.p. ha conosciuto rarissima applicazione[219], specie con riguardo alla imprevedibilità derivante da un'eccessiva vivacità giurisprudenziale. Complice una congerie di fattori – dalle esigenze generalpreventive alla strenua difesa di una concezione dichiarativa dell'interpretazione, dalla solo recente apertura della giurisprudenza italiana al sistema della CEDU alle debolezze argomentative racchiuse nella stessa sentenza del 1988 – numeri alla mano il giudizio circa il séguito della dichiarazione di incostituzionalità sarebbe impietoso.

Tuttavia, ci preme ribadire la linearità logica di uno svolgimento – almeno fin quando non interrotto dalle striscianti controspinte che inducono la Corte ad annacquare la problematicità dei casi oggettivi di ir-riconoscibilità del precetto con le particolari conoscenze dell'agente[220] – che tuttavia non ha raccolto in seno alla giurisprudenza il plauso degli sforzi concettuali espressi. La scelta di ammettere un punto di fuga all'obbligo dei consociati di conoscere la legge penale nei casi in cui ciò risulti inesigibile – corollario logico, ma dal riconoscimento non scontato, sotto l'incombente minaccia di una totalizzante obbligatorietà della legge penale – in presenza di una giurisprudenza caotica rappresenta un'assunzione di responsabilità da parte dello Stato. Si è di frequente – e a ragione – obiettato che tale soluzione abbia costituito un espediente della Corte, per sdrammatizzare quello che invece è a tutti gli effetti un difetto sistemico dell'ordinamento, traslando tale criticità dal piano della legalità al piano della colpevolezza[221]. Al contempo, va però rammentato che, considerata l'intensa e

---

[219] Oltre ai già citati esempi in tema di multiculturalismo, vale segnalare il contesto dei reati in materia edilizia (per cui v. *infra*, Cap. IV), in relazione al quale si registrano alcune – seppur sporadiche – pronunce di legittimità che hanno disposto l'annullamento della condanna del ricorrente, rilevando in concreto la scusabilità dell'errore in cui il medesimo era caduto. Tra queste merita menzione, in particolare, Cass. pen., sez. III, 23 aprile 1996, n. 5244, che fissava il seguente principio di diritto: «In tema di elemento soggettivo del reato, è configurabile l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale *anche nei confronti di quei soggetti dotati di particolari conoscenze giuridiche o dediti ad attività professionali o mestieri*, che presuppongono tali cognizioni, *qualora la normativa, attinente alla specifica disciplina, oggetto di regolamentazione, presenti rilevanti ed oggettivi connotati di equivocità, che rendano ragionevolmente oscuro il precetto*, contenente il divieto d'agire ovvero l'ordine di operare. In tal caso non può essere mosso alcun addebito di rimproverabilità all'agente, qualunque sia il suo grado di "socializzazione", *non potendosi pretendere dal singolo un'astensione* (tra l'altro impossibile nelle ipotesi di ordine positivo) *o una paralisi di attività della vita di relazione, non dovuta, perché ascrivibili* non alla coscienza d'illiceità della condotta da parte del privato, ma *al cattivo funzionamento dell'apparato ordinamentale*» (enfasi nostra). Per esempi con riferimento al tema dei mutamenti giurisprudenziali, v. *infra*, Cap. IV. Sull'impiego dell'errore di diritto come correttivo alla imprevedibilità, ampiamente *infra*, Cap. III, par. 3.

[220] Rileva, condivisibilmente, L. STORTONI, op. cit., 1326, che «non si vede quale particolare capacità tecnico conoscitiva possa far superare, con sufficiente sicurezza, una oscurità normativa che si vuole "obbiettiva" […] Lo stesso vale per il secondo caso: non ha senso parlare di obblighi di informazione giuridica laddove sia "imprevedibile", l'illiceità: se non vi è ragione alcuna di *sospettare* che un certo agire sia illecito, non ha plausibilità alcuna invocare "violazione degli obblighi d'informazione"». Insomma, appare evidente ritenere che, ove sussista un orientamento – financo in presenza di un contrasto – per quale ragione non si dovrebbe tutelare l'affidamento che il singolo è legittimato a riporre nell'ordinamento, sostituendolo indebitamente con la formula illiberale dell''*in dubio, abstine*'? Analogamente, L. FERRAJOLI, *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 364.

[221] A. CADOPPI, Error iuris*: coscienza dell'antigiuridicità extrapenale e ritardo nel versamento delle ritenute*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 73 ss.; F. MANTOVANI, Ignorantia legis *scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 379 ss.; F. PALAZZO, voce *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1993, 122 ss.

reciproca compenetrazione di legalità e colpevolezza, la carenza della prima viene misurata – come anticipato – al metro della seconda, essendo proprio l'assenza di rimproverabilità dell'agente che, a monte, permette di apprezzare l'oggettivo inadempimento del legislatore o della giurisprudenza. Ben lo dimostrerebbe la stessa esperienza della Corte EDU che, specie negli ultimi anni, non ha mancato di mostrare una certa sensibilità agli influssi che la colpevolezza determinerebbe sulla legalità, pur movendo, come noto, da un apparato garantistico che non contempla la prima[222]. Del resto, a voler mantenere rigida la linea di displuvio tra legalità e colpevolezza – la quale, ripetesi, ci pare assai offuscata a seguito dell'affermazione costituzionale della riconoscibilità – va detto che obiettivo ultimo di un sistema imperniato sulle tutele del singolo è di conferire un'adeguata copertura garantistica. Di qui, ben venga un'assoluzione per errore di diritto, anche ove fosse violata concretamente la legalità: *ut res magis valeat quam pereat*!

Nel 1988, le pagine della prevedibilità come vizio di riconoscibilità erano già state scritte, e sebbene rimaste a lungo sepolte sotto il greve panno di una onnipresente *culpa iuris* dell'agente, oggi meritano di essere recuperate dall'archivio della giurisprudenza costituzionale, venendone valorizzate la marcate analogie con le esegesi argomentative della sempre più autorevole voce di Strasburgo.

6. La legalità convenzionale, tra prevedibilità delle decisioni giudiziali e *matière pénale*

Sono passati più di vent'anni da quando i primi studiosi, sensibili alla tutela delle garanzie in materia penale rispetto all'attività interpretativa, intuivano un fecondo e percorribile itinerario nel segno dell'art. 7 CEDU[223]. Se la disposizione – con una formula analoga alla garanzia prescritta all'art. 11 § 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo[224] – delinea una tutela destinata a essere

[222] Lo rilevano, in particolare, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 219 e ID., *Art. 7*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, 312 s.; nonché G. ROTOLO, *'Riconoscibilità' del precetto*, cit., 130 ss., entrambi richiamando la celebre sentenza *Sud Fondi e altri c. Italia*, nella quale si legge (§ 116) che nonostante «l'articolo 7 non menzion[i] espressamente il legame morale esistente tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata l'autore. Tuttavia, la logica della pena e della punizione, così come la nozione di «*guilty*» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «persona colpevole» (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe del resto incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» quando essa non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può assolutamente essere imputato a colui o colei che né è vittima».

[223] *Ex plurimis* v., soprattutto, F. PALAZZO-A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1988, 35 ss. e S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, fra legalità e ragionevolezza*, in U. VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, Padova, 2000, 239 ss.

[224] V. MANES, *Art. 7 CEDU*, in S. BARTOLE–P. DE SENA–V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 259.

gradualmente riempita di significato nell'opera ermeneutica dei Giudici alsaziani, secondo l'incedere tipico del sistema della Convenzione EDU, d'altro canto nei tratti minimalisti della stessa è già racchiuso il nucleo inscalfibile della legalità, come divieto d'irretroattività della legge penale. È in questi pochi righi che – dicevamo – veniva riposta la fiducia di alcuni studiosi, i quali vi intravedevano le potenzialità sottese, dettate dal più ricco oggetto della irretroattività penale, comprensivo di legge scritta e *case law*.

Si è cercato di evidenziare nel corso del Primo Capitolo le ragioni di un tale ampliamento, in parte espressione di una logica compromissoria tra i diversi sistemi giuridici degli Stati membri della 'Grande Europa', in parte riconducibile alla stessa logica funzionale del sistema CEDU[225]. Movendo dal sintetico disposto dell'art. 7, la Corte di Strasburgo avrebbe progressivamente allargato lo statuto della legalità convenzionale, estendendolo al divieto di interpretazioni analogiche[226], finanche riconoscendovi un legame con i profili di colpevolezza dell'agente[227].

Ciò premesso, è noto però come la cifra essenziale della stessa sia racchiusa nel prisma dell'accessibilità[228] della legge e, soprattutto, della prevedibilità delle decisioni giudiziali. Potremmo affermare che quest'ultimo profilo, anzi, completi *ab externo* l'irretroattività, costituendone dinamica esplicazione[229]. È infatti evidente che ove un individuo al momento della condotta non fosse in grado di prevedere quali conseguenze sarebbero potute scaturirne sul piano penale equivale ad affermare che, in quel frangente storico, non esisteva una 'base legale' sufficientemente formata[230]. Di qui, la decisione che dovesse aver comunque ritenuto la responsabilità penale dell'agente non può che

---

[225] Cfr. *amplius* cap. I, par. 3.4.

[226] Corte EDU, GC, 20 ottobre 2015, *Vasiliauskas c. Lituania*, ric. n. 35343/05, § 153: «*Accordingly, Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. It follows from these principles that an offence must be clearly defined in the law, be it national or international. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision – and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it and with informed legal advice – what acts and omissions will make him criminally liable. The Court has thus indicated that when speaking of "law" Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability*».

[227] Cfr. *supra*, nt. 222.

[228] A dispetto del costante richiamo della Corte, all'interno delle proprie decisioni, all'accessibilità in combinato disposto con la prevedibilità, la prima attiene, più specificamente, alle difficoltà di 'reperimento' della *regula juris* in concreto applicabile. Detta criticità affiora tipicamente con riferimento a fattispecie penali costruite attraverso intricati rinvii normativi a fonti esterne, anche di rango sub-legislativo, secondo un fenomeno che di frequente si manifesta, come autorevolmente osservato, nei lambiti toccati dal diritto dell'Unione europea. Sul tema, cfr. *amplius* A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 1, spec. 63.

[229] C. SOTIS, *"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, 2.

[230] In termini analoghi, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica contemporanea*, Milano, 2012, 105.

ritenersi illegittima, vuoi perché, fornendo una nuova interpretazione del diritto positivizzato[231], costituisce una base legale sopravvenuta che, come tale, ha inammissibilmente retroagito, vuoi perché ratifica l'applicabilità di una legge pur successiva al fatto[232]. E se questa seconda – e più evidente – violazione si presta a essere censurata ricorrendo ai consueti schemi del diritto continentale, che senz'altro contemplano il divieto di retroattività di una *legge scritta*, sfugge – anche constatata, allo stato attuale, la ritenuta incomparabilità tra *loi* e *droit* da parte della Corte costituzionale[233] – al raggio d'azione del nostro art. 2 c.p. la retroattività derivante da una *lettura interpretativa* del testo di legge. Una retroattività occulta, quest'ultima, che solo una garanzia avente a oggetto il 'diritto' – quale è l'art. 7 CEDU, che per tale ragione ha avuto tanta fortuna in seno alla dottrina di inizio secolo – è suscettibile di censurare.

Peraltro, una valutazione delle potenzialità garantistiche sottese all'art. 7 CEDU non può che sommare all'ampliamento dell'oggetto della prevedibilità il tema, altrettanto esplorato, della *matière pénale*[234]. Si alimentano, così, ulteriormente gli entusiasmi di coloro i quali hanno intravisto nella disposizione in commento una panacea alle licenze interpretative troppo disinvolte. La fluidità del sistema CEDU ha infatti permesso alla Corte di espandere, seppur con geometrie variabili, le garanzie espresse nella Convenzione a settori dell'ordinamento pur non rispondenti, stando a una classificazione strettamente formale, a un'etichetta di 'penalità'. Partendo da lontano (l'elaborazione dei criteri di verifica del 'sostanzialmente penale' ha preso le mosse dall'art. 6 CEDU[235]), l'estensione della materia penale ha raggiunto altresì la garanzia della legalità, mettendo a nudo i profili antigarantistici celati in numerosi microsistemi degli Stati membri formalmente indicati come

---

[231] Per esempio, Corte EDU, 16 febbraio 2015, *Plechkov c. Romania*, ric. n. 1660/03, § 73: «*La Cour doit par conséquent avoir égard à la jurisprudence des tribunaux roumains en la matière, d'autant plus que l'interprétation donnée par les tribunaux supérieurs, qui ont infirmé l'acquittement prononcé en première instance, s'écartait d'une manière saisissante de la lettre de l'article 9 de la loi précitée. Or, elle constate que l'interprétation retenue par le tribunal départemental et la cour d'appel de Constanţa ne s'appuyait sur aucune jurisprudence interne établie*». Sulla decisione, v. *amplius* par. 6.2.2.

[232] Corte EDU, 3 dicembre 2019, *Parmak e Bakir c. Turchia*, ric. nn. 22429/07 e 25195/07, § 72: «The Court notes that in the framework of the present case this was the first time that a court had to determine whether the organisation in question could be proscribed from the standpoint of sections 1 and 7(1) of Law no. 3713». La decisione – commentata in dottrina da F. MAZZACUVA, *La Corte europea ritorna sul principio di "prevedibilità" del diritto penale tra irretroattività, retroattività della* lex mitior *e* prééminence du droit, in *www.sistemapenale.it*, 19 febbraio 2020 – riconosceva la violazione dell'art. 7 CEDU nei confronti dei due ricorrenti da parte delle autorità giurisdizionali turche, le quali avevano condannato gli stessi per aver distribuito volantini inneggianti alla causa curda contro lo "Stato fascista turco". La condanna si basava sugli artt. 1 e 7 della legge n. 3713 e, più specificamente, sulla definizione di 'terrorismo', siccome modificata pochi giorni prima della decisione di primo grado. In particolare, la condotta dei ricorrenti si prestava a rientrare nell'ambito definitorio del 'terrorismo' solo a seguito di detta modifica, risultando invece incompatibile rispetto alla versione previgente, con la conseguenza evidente che la condanna censurata dalla Corte EDU si fondava su un'applicazione retroattiva delle disposizioni incriminatrici.

[233] V. *supra*, nt. 163.

[234] Sulla rilevanza di tale interazione già A. BERNARDI, *"Riserva di legge" e fonti europee in materia penale*, in AA.VV., *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, Bologna, 2006, 42 ss.

[235] V. *infra*, par. 6.1.

amministrativi (ne sia esempio, per tutti, l'apparato italiano delle misure di prevenzione, oggi sospeso nell'incertezza derivante dall'attesa della sentenza *Cavallotti*)[236].

In definitiva, non soltanto la legalità sembrerebbe vantare un *quid pluris* quanto a campo di applicazione, esteso al *case-law* giurisprudenziale, ma a ciò si combinerebbe altresì una estensione del perimetro oggettivo della stessa, suscettibile di lambire con il proprio tocco salvifico le zone più remote della materia penale: un ampliamento dello spettro della legalità – si potrebbe con altri termini dire – tanto di 'luogo' (il diritto *sostanzialmente* penale), quanto di 'azione' (ciò che in concreto può aprire una breccia nella legalità-prevedibilità: il *droit*, come composito di fonti positivizzate e non).

Ma non è tutto oro ciò che luccica e, anzi, gli entusiasmi facilmente suscitabili da simili premesse sembrano doversi smorzare, a uno sguardo più approfondito. D'altronde, se promesse così seducenti fossero state pienamente mantenute, interrogarsi sulla concreta operatività di tali garanzie sarebbe superfluo. Uno sguardo alla stratificazione giurisprudenziale degli ultimi vent'anni restituisce uno scenario diverso e talora descritto con disincanto dalla dottrina[237]: uno scenario alquanto altalenante nel tenore delle decisioni della Corte di Strasburgo e di estrema chiusura, al netto di rare eccezioni, con riferimento alla giurisprudenza interna, di legittimità e costituzionale.

6.1. Il primo pilastro: l'elaborazione della *matière pénale* nella giurisprudenza di Strasburgo

Tra l'espansione garantistica degli itinerari della legalità al *droit* e alla *matière pénale* – entrambi fioriti nel contesto convenzionale – è indubbio che, allo stato attuale, la seconda abbia riscontrato maggiori consensi, sia a Strasburgo, sia, in tempi recenti, a Roma. La *matière pénale* fa da spartito su cui vengono scritte le note di ciascuna garanzia convenzionale e sull'esperienza di nuovi contesti ritenuti concretamente penali dette garanzie si misurano e accrescono la propria elaborazione concettuale. Non diversamente è avvenuto per la legalità-prevedibilità che, oggi, sempre più viene interessata nel prisma dell'art. 7 CEDU in settori giuridici di confine.

Nondimeno, le radici dell'attuale configurazione della *matière pénale* fanno capo a un contesto affatto eterogeneo, su cui occorre, pur brevemente, soffermarsi. Le tappe fondamentali che hanno scandito tale lunga marcia vengono notoriamente individuate nelle sentenze *Engel c. Paesi Bassi*[238], *Özturk c.*

---

[236] Sul caso *Cavallotti c. Italia*, tra i primi commenti v. S. FINOCCHIARO, *La confisca senza condanna nello spazio europeo: mentre a Bruxelles è in cantiere una nuova direttiva, a Strasburgo l'Italia è sotto esame nel ricorso "Cavallotti"*, in *Sist. pen.*, 2023, 11, 77 ss.

[237] Tra i più critici, ma altresì più convincenti, V. VALENTINI, op. cit., 116 e spec. 136 ss.

[238] Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel et al. c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72. I ricorrenti, nello specifico, lamentavano una violazione e dell'art. 5 e dell'art. 6 CEDU, sotto i profili, pertanto, della tutela della libertà fisica e delle garanzie dell'equo processo. Quanto alla prima censura (le ragioni dell'aggiramento dell'art. 6 sono illustrate nel corpo principale), che interessa tuttavia relativamente ai nostri scopi, venne riconosciuta la violazione dell'art. 5 CEDU con riferimento soltanto a talune delle misure in concreto adottate (in particolare, l'assegnazione a

Repubblica Federale di Germania[239] e *Jussila c. Finlandia*[240]. Ha così gradualmente preso corpo una "nozione autonoma", vale a dire indipendente rispetto agli schemi qualificatori tipici dei sistemi nazionali e, invece, frutto della progressiva e libera enucleazione pretoria della Corte[241].

Per la prima volta, nel *leading case Engel* si lamentava una violazione del *due process* con riferimento all'art. 6 par. 3 CEDU – che enuncia le garanzie processuali dell''accusato' – a seguito dell'applicazione di sanzioni privative della libertà personale comminate in risposta a determinati illeciti disciplinari in ambito militare. In quell'occasione la Corte, al fine di verificare se, come prospettato dai ricorrenti, l'addebito costituisse una *accusation en matière pénale*, preparava il terreno per la futura elaborazione dei celebri criteri, riconoscendo la necessità di non arrestarsi alle qualifiche formali, rimesse alla discrezionalità dello Stato parte, per verificare «*whether a given "charge" vested by the State in question - as in the present case - with a disciplinary character nonetheless counts as "criminal" within the meaning of Article 6*»[242]. Insomma, le ambiguità vanno demistificate, poiché etichette di diritto amministrativo potrebbero essere indebitamente applicate a istituti penali: e, nel caso di specie, la lunghezza della sanzione detentiva cui i ricorrenti erano stati sottoposti tradiva detto meccanismo, mettendo a nudo la discrasia esistente tra forma e sostanza.

Tali fondamentali premesse di principio avrebbero successivamente trovato più compiuta elaborazione nel segno della sentenza *Özturk*, in cui assumeva rilievo centrale il criterio della «*nature même de l'infraction*», rimasto dietro le quinte in *Engel*. La tripartizione delle formule di analisi della *matière pénale* – stereotipate nella comunità giuridica degli anni a venire come 'criteri *Engel*' –

---

un'unità di disciplina): per contro, veniva confermata la legittimità di altre forme parimenti privative della libertà personale, poiché tenui al punto da essere ritenuti conformi ai normali standards di vita militare. Per una esaustiva ricostruzione cronologica della giurisprudenza in materia, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 29 ss.

[239] Corte EDU, GC, 21 febbraio 1984, *Özturk c. Germania*, ric. n. 8544/79, con nota di C.E. PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" e una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 908 ss.

[240] Corte EDU, GC, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01.

[241] Si rinvia, anche per opportuni riferimenti giurisprudenziali, a F. MAZZACUVA, *Art. 7*, cit., 314 ss.

[242] Corte EDU, *Engel et al. c. Paesi Bassi*, cit., § 82; quindi, ancora più chiaramente: «*In this connection, it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States. The very nature of the offence is a factor of greater import. When a serviceman finds himself accused of an act or omission allegedly contravening a legal rule governing the operation of the armed forces, the State may in principle employ against him disciplinary law rather than criminal law. In this respect, the Court expresses its agreement with the Government. However, supervision by the Court does not stop there.* Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty *that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental. The seriousness of what is at stake, the traditions of the Contracting States and the importance attached by the Convention to respect for the physical liberty of the person all require that this should be so (see, mutatis mutandis, the De Wilde, Ooms and Versyp judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, p. 36, last sub-paragraph, and p. 42 in fine)*» (enfasi nostra).

assumeva in *Özturk* una più definita fisionomia. Coerentemente con la *ratio* ispiratrice di detto filone giurisprudenziale, la qualifica formale veniva ridotta a verifica di carattere preliminare, operante 'a senso unico' e, per così dire, *in bonam partem*: un istituto formalmente amministrativo ben avrebbe potuto presentare carattere sostanzialmente penale, con conseguente estensione delle corrispondenti garanzie processuali (e, con il tempo, sostanziali), non valendo lo stesso a termini invertiti. Come detto, essenziale ai fini della predetta attività ermeneutica diveniva piuttosto la ricostruzione della natura di una disposizione, eventualmente corroborata *ab externo* dall'indizio, gregario, della severità della sanzione applicata. Tale gerarchizzazione veniva vividamente rappresentata nella sentenza *Özturk*, che originava da un ricorso avverso l'applicazione di pochi marchi a titolo di spesa processuale per aver beneficiato dell'assistenza di un interprete nell'ambito di un procedimento: al netto del carattere irrisorio della sanzione irrogata (*Geldbusse*), nondimeno la Corte riconosceva in essa una sanzione penale (*Geldstrafe*), valorizzandone il profilo teleologico[243], connotato da vistose venature afflittive, incompatibili con la qualificazione formalmente amministrativa. Il finalismo di una misura assurgeva così a "stella polare"[244] della *matière pénale*, costituendo un punto fermo[245] da cui la successiva giurisprudenza convenzionale non si sarebbe discostata[246].

[243] Nell'esame della natura dell'illecito, la Corte si avvale di ulteriori sottoparametri, di minore rilevanza, tuttavia anch'essi indicativi, quali (a) l'analisi comparata dell'istituto in esame, (b) la formulazione e la strutturazione del precetto, a seconda che si rivolga a specifici destinatari ovvero si riferisca alla generalità dei consociati, (c) la natura del procedimento applicabile, verificando se manifesti collegamenti con quello penale. Per un'approfondita analisi dei suddetti cfr. F. CONSULICH, *'Materia penale' e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo (Il paradigma sanzionatorio tra definizioni formali e definizioni sostanziali)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 74 ss.

[244] C.E. PALIERO, op. cit., 912.

[245] Un tassello ulteriore veniva più di recente aggiunto nella sentenza *Jussila c. Finlandia*, in occasione della quale la Corte riconosceva la violazione dell'art. 6 CEDU a seguito della mancata fissazione di un'udienza da parte dell'autorità nazionale, dopo che la medesima ne aveva ritenuto la superfluità, nell'ambito di un procedimento in cui il ricorrente aveva subìto l'irrogazione di sanzioni pecuniarie per accertate violazioni in materia di IVA. La peculiarità di quest'ultima decisione – che ricostruiva la natura punitiva della sanzione valorizzandone la finalità perseguita – si rinviene nella concezione che la Corte intende imprimere alla *matière pénale*, mostrando di intendere la stessa come un'entità non omogenea, bensì suscettibile – per così dire – di mostrare un più o meno marcato indice di 'penalità'. Come conseguenza, nei soli casi in cui la sanzione correlata a una data misura esprima un "*significant degree of stigma*" si verserà nel "nucleo duro" della materia penale, imprescindibilmente tributario di tutte le garanzie penalistiche, sostanziali e processuali. Viceversa, ben potrebbero esistere altresì ipotesi ibride di illeciti para-penali, come tali collocabili in zone più rarefatte della *matière pénale* e, pertanto, destinatarie di un più blando regime di applicazione delle suddette garanzie.

[246] In senso critico circa il predominio del criterio teleologico (anche in ragione della predilezione da parte della Corte per una concezione generalpreventiva della pena) rispetto a quello della gravità della sanzione, nella cornice della citata sentenza *Özturk*, A. CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, in *Arch. pen.*, 2023, 2, *passim*.

6.1.1. "*Behind the appearences*": il connubio tra prevedibilità e *matière pénale* nel segno di *Welch c. Regno Unito*

Tali riflessioni 'sostanzialiste' avrebbero altresì raggiunto il terreno della legalità, una volta invocate nei ricorsi che lamentavano una violazione dell'art. 7 CEDU. Il *leading case Welch c. Regno Unito*[247] originava da una censura mossa avverso un'ipotesi di confisca: per certo non un'anomalia, considerate le frequenti frizioni esistenti tra le garanzie in tema di legalità e le misure di carattere patrimoniale istituite variamente a livello nazionale. L'estrema efficacia dell'ablazione patrimoniale costituisce ormai fatto notorio: prova ne siano anche le più recenti misure adottate o ancora in cantiere dalle istituzioni Ue che, proprio modellate su figure di confisca ben rodate in seno agli Stati membri, non mancano di far discutere i commentatori circa la loro tenuta garantistica[248]. A tanta efficacia fa tuttavia da costante contrappunto il rischio di difformità rispetto ai principii della CEDU, posto che – ove venisse riconosciuta la natura sostanzialmente punitiva di una forma di confisca – emergerebbero numerose carenze rispetto agli *standards* convenzionali del *fair trial* o, sul piano sostanziale, della legalità[249]. Non diversamente nell'antesignano caso *Welch*[250] che, proprio movendo dal carattere

[247] Corte EDU, GC, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 307-A/95.

[248] Con riferimento, ad esempio, alla nuova Direttiva UE 2024/1260 in materia di recupero e confisca di beni, C. GRANDI, *Mutuo riconoscimento in materia penale e diritti fondamentali. Il nodo delle confische*, Torino, 2023, 309 ss.; S. FINOCCHIARO, *La nuova direttiva dell'Unione europea in materia di sequestro e confisca*, in *www.sistemapenale.it*, 5 giugno 2024; A.M. MAUGERI, *La proposta di una nuova direttiva per la confisca dei beni: l'armonizzazione e l'*actio in rem *contro il crimine organizzato e l'illecito arricchimento*, *ivi*, 3 aprile 2024; L. PINCELLI, *La proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante il recupero e la confisca dei beni 2022/0167 (COD): quali prospettive per la confisca di prevenzione italiana?*, in *Arch. pen.*, 2024, 1.

[249] L'ordinamento italiano non è certo rimasto estraneo al descritto fenomeno e, anzi, rilevanti principii di diritto sono stati statuiti dai Giudici alsaziani proprio nell'ambito di ricorsi aventi a oggetto la presunta natura penale di confische previste dal nostro sistema. Oltre alla vicenda *De Tommaso* – nella quale, tuttavia, la Corte EDU confermava la natura ripristinatoria delle misure di prevenzione di cui al codice antimafia, aderendo alla propria precedente giurisprudenza (ma tale esito potrebbe subire un radicale ribaltamento a seguito della sentenza *Cavallotti*, sulla quale cfr. *infra*, par. 6.1.3.) – merita indubbia attenzione l'elaborazione della giurisprudenza convenzionale in relazione alla confisca urbanistica di cui all'art. 44 d.p.R. 380/2001, c.d. T.U. dell'edilizia, che in relazione a una serie di reati contravvenzionali di lottizzazione di terreni e costruzione di fabbricati abusive imponeva la confisca obbligatoria, purché l'illecito risultasse integrato oggettivamente (quindi, anche in assenza di condanna penale). La natura della confisca urbanistica e il problematico rapporto con l'art. 7 CEDU vennero per la prima volta esaminati dalla Corte EDU nella sentenza *Sud Fondi c. Italia* (con nota di A. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte Europea*, in *Cass. pen.*, 2008, 7/8, 3183 ss.) dando luogo a una lunga *querelle* giurisprudenziale, scandita da un altro intervento della Corte di Strasburgo (*Varvara c. Italia*, con nota di A. BALSAMO, *La Corte Europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen*., 2014, 4, 1395 ss.) e della Corte costituzionale italiana (con la celebre sentenza n. 49 del 2015, che teorizzava nell'ambito del dialogo tra le Corti la dottrina del c.d. 'diritto consolidato') e conclusa solo all'esito della sentenza *G.I.E.M. c. Italia*. Nonostante l'altalenante atteggiamento mostrato sul tema dalla Corte EDU, rimaneva tuttavia fermo che detta ipotesi di confisca presentasse natura essenzialmente punitiva, dovendosi come tale considerare alla stregua di una sanzione penale. Sul tema, *ex multis* e con specifica attenzione verso il tema della *matière pénale*, v. G. CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Arch. pen.*, 2018, 3; A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 3 luglio 2018.

[250] Il caso viene menzionato, nella dottrina italiana, da V. MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: "sipario sulla truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, 538, nt. 14, e da A. COLELLA, *La giurisprudenza di*

formalmente amministrativo della confisca dei proventi derivanti da reati in materia di stupefacenti concerneva la legittimità dell'applicazione della stessa in relazione a fatti risalenti al 1984, là dove la medesima era stata introdotta per effetto del *Drug Trafficking Offences Act* nel 1986. Di qui, la patente difformità dall'art. 7 CEDU, una volta stabilita la natura sostanzialmente penale della misura in questione, rispondente a una teleologia di natura eminentemente punitiva, ancorché convivente con scopi preventivi, non sufficienti, tuttavia, per sottrarla alla nozione di "*penalty*".

A partire dal caso *Welch*, *matière pénale* e prevedibilità si prestano a essere analizzate sotto il comune cappello dell'art. 7 CEDU, la cui effettività è vincolata al prerequisito che «*the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a "penalty" within the meaning of this provision*»[251]. Altrimenti detto, la prevedibilità è suscettibile di moltiplicare la propria valenza garantistica, potendo accedere a ogni istituto, purché esso presenti carattere sostanzialmente penale.

Si tratta, a ben vedere, di un connubio dalle potenzialità davvero 'deflagranti', suscettibile di scardinare interi microsistemi che, ad oggi, si rivelano assai più efficaci nella repressione di insidiose forme di criminalità rispetto al diritto penale classico, avvantaggiandosi del *nomen iuris* extra-penale ai fini dell'accantonamento delle garanzie fondamentali. Non è solo la prospettiva del carcere (anche 'duro'[252]) a porre un freno alla criminalità organizzata, alla gestione illecita del denaro, alle più gravi forme di corruzione: è altresì, se non di più, la ablazione degli ingenti patrimoni illecitamente accumulati, o l''incapacitazione' ad operare nel circuito politico. Misure che si collocano al limite, portando al massimo la tensione tra efficienza e garantismo, e perciò – seppur probabilmente 'penali' – non dichiarate a cuor leggero come tali dalla Corte di Strasburgo. Insomma, la più recente esperienza giurisprudenziale insegna che l'estrema potenzialità in chiave garantistica della prevedibilità applicata alla *matière pénale* potrebbe essere messa in crisi da fattori a-giuridici, di cui la stessa Corte appare consapevole e su cui occorre seriamente interrogarsi, prima di celebrare il garantismo convenzionale. Emblematicamente, l'Italia è stata più volte chiamata a rispondere della conformità a CEDU di istituti di dubbia foggia amministrativa, riuscendo sovente a eludere una

---

Strasburgo 2011: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 3/4, 253; più di recente, da F. MAZZACUVA, *Art. 7*, cit., 315.

[251] Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, cit., § 27. Come rilevato, merita nondimeno rammentare che la Corte nel caso in esame non abbia ripreso formalmente i criteri *Engel* – pur di fatto adottando tale test – tant'è che nella giurisprudenza successiva avente a parametro l'art. 7 CEDU, il precedente richiamato è usualmente proprio *Welch c. Regno Unito*, non *Engel et al. c. Paesi Bassi*. Sul punto, *amplius*, L. MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 90 ss.

[252] A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale* ex *art. 41* bis *o.p.*, Milano, 2017.

pronuncia di condanna[253] anche dietro argomentazioni non sempre così convincenti da parte dei Giudici alsaziani.

Di qui, riemergendo il 'tarlo' – sempre latente – se l'opportunità di dichiarare una misura sostanzialmente penale e irrispettosa della legalità convenzionale venga misurata con il solo metro del garantismo e non con quello, meno nobile, dell'efficienza repressiva. Seguono due esempi, a nostro modo di vedere, alquanto evocativi.

6.1.2. Un esempio (sicuramente) eversivo: *Galan e Miniscalco c. Italia* (continua)

Con due sentenze 'gemelle', emesse in data 17 giugno 2021[254], la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è pronunciata sulla natura sostanzialmente penale e, congiuntamente, sulla *vexata quaestio* relativa alla concreta valenza del principio di prevedibilità, di talune disposizioni del D.Lgs. n. 235/2012 ("Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo" emanato a norma dell'art. 1, co. 63, l. 6 novembre 2012, n. 190: c.d. legge *Severino*) e, segnatamente, quelle che sanciscono l'incandidabilità e la decadenza da una carica pubblica a seguito di condanna con sentenza definitiva, qualificate alla stregua di sanzioni a carattere formalmente amministrativo.

Le doglianze sollevate – essenzialmente comuni ai due ricorsi – possono essere sintetizzate nei seguenti termini: anzitutto, i due ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 7 CEDU, *sub specie* di divieto di retroattività, dovuta all'applicazione delle sanzioni contenute nella legge *Severino* a fatti anteriori all'entrata in vigore della stessa: sanzioni dal carattere fortemente impeditivo, afflittivo e, in

[253] Ricordiamo che, di frequente, misure alquanto afflittive sono state ricondotte dalla Corte – presupposta la loro natura extra-penale, contrariamente alle posizioni espresse dalla dottrina maggioritaria – a parametri che, pur richiedendo la prevedibilità, trovano applicazione assai meno rigorosa, proprio in ragione della estraneità al nucleo forte della *matière pénale*. Oltre all'art. 2 Prot. 4 CEDU, impiegato dai Giudici alsaziani nella sentenza *De Tommaso* con riferimento alle misure di prevenzione personali, menzione a sé merita l'art. 1 Prot. Add. CEDU, ormai 'tradizionalmente' applicato, con riguardo all'esperienza italiana, alle misure di prevenzione patrimoniali. Per un'ipotesi recente di tale *trend*, cfr., con precipuo riguardo alla confisca obbligatoria di beni culturali di cui all'art. 174, co. 3 D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (oggi all'art. 518 *duodevicies*, co. 1 c.p.), Corte EDU, Sez. I, *J. Paul Getty Trust et al. c. Italia*, 2 maggio 2024, ric. n. 35271/19, con nota di A. VISCONTI, *La Corte EDU si pronuncia sulla confisca obbligatoria di beni culturali illecitamente esportati nella vicenda dell''atleta vittorioso'*, in *www.sistemapenale.it*, 12 giugno 2024. Sullo statuto tendenzialmente meno rigoroso dell'art. 1 Prot. Add. CEDU v. S. FINOCCHIARO, *Art. 1 Prot. Add.*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, 418.

[254] Corte EDU, Sez. I, 17 giugno 2021, *Galan c. Italia*, ric. n. 63772/16; Sez. I, 17 giugno 2021, *Miniscalco c. Italia*, ric. n. 55093/13. In commento alle decisioni, v. P. BRAMBILLA, *Il decreto "Severino" al vaglio della Corte di Strasburgo: escluso il "carattere penale" dell'incandidabilità parlamentare e del divieto di ricoprire cariche elettive regionali*, in *www.sistemapenale.it*, 8 luglio 2021; M.R. DONNARUMMA, *La nozione di "sanzione penale" e il caso Galan*, in *Dir. pen. uomo*, 2021, 9, 1 ss. nonché, volendo, J. DELLA VALENTINA, *L''eterno ritorno' alla Corte EDU di prevedibilità e* matière pénale *tra efficienza e garantismo. Riflessioni a margine di C. EDU, Sez. I, sentt. 17 giugno 2021, Galan e Miniscalco c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2022, 2.

definitiva, tacitamente penale[255]. In secondo luogo, il regime intertemporale delle citate misure - per come applicato[256] - si sarebbe altresì posto in contrasto con l'art. 3 Prot. Add. CEDU[257] e, più specificamente, con il principio di prevedibilità.

Più dettagliatamente, la c.d. legge *Severino*[258] veniva approvata il 6 novembre 2012 ed entrava in vigore il 28 novembre 2012, ma le disposizioni in materia di incandidabilità e divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo erano emanate successivamente, in forza della delega contenuta nel comma 63 del suo art. 1, con il D.Lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, recante un nuovo "Testo unico" in materia, applicabile, ai sensi del suo art. 18, co. 1, a partire dal giorno successivo alla pubblicazione in G.U. e, dunque, soltanto dal 5 gennaio 2013. Sulla base dei principii e criteri direttivi della legge delega, il D.Lgs. n. 235/2012 introduceva così un nutrito *corpus* di sanzioni amministrative, limitative dei diritti politici - e, più specificamente, di elettorato passivo - a carico di soggetti che abbiano riportato condanne, anche non definitive, in sede penale[259].

---

[255] La tematica ha trovato una prima intensa dimensione nel dibattito accesosi all'epoca del ricorso *Berlusconi c. Italia*, poi oggetto di rinuncia da parte del ricorrente. In particolare, cfr. i contribuiti raccolti in *Retroattività e 'legge Severino'*, in *Arch. pen.*, 2014, 1, fra cui V.N. D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è - La presunta retroattività della "legge Severino", tra derive assiomatiche e suggestioni moralistiche*; M. GAMBARDELLA, *"Legge Severino" in materia di incandidabilità sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 Cedu)*; B. GALGANI, *Le vicende dell'incandidabilità nella dialettica tra garanzie costituzionali:* distingue frequenter; A. MANNA, *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*; O. MAZZA, *Introduzione ad un dibattito su «retroattività e «legge Severino»*; ID., *La* chassé-croisé *della retroattività (in margine alla 'legge Severino')*; G. SALERNO, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. 235 del 2012*; C. SANTORIELLO, *Il movente politico come criterio esegetico della norma penale*. Sul tema, ampiamente, P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare - La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, Napoli, 2015.

[256] Come si vedrà appresso, una delle più problematiche questioni sollevate dalle misure anticorruzione attiene al relativo regime intertemporale: benché l'art. 18 della legge preveda il giorno di entrata in vigore delle stesse, tuttavia nulla dispone quanto all'operare *ex tunc* o *ex nunc*.

[257] Art. 3 Prot. Add. CEDU (*Diritto a libere elezioni*): «Le Alte Parti contraenti si impegnano a organizzare, a intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo».

[258] La riforma Severino (l. 6 novembre 2012, n. 190) si è sempre contraddistinta per una 'doppia anima', introducendo, da un lato, sanzioni di carattere – quantomeno formalmente – amministrativo e modificando, dall'altro lato, talune fattispecie del Titolo II del Libro II del Codice penale, perseguendo l'uniforme obiettivo di rafforzare il contrasto al pervasivo fenomeno della corruzione. Sul punto, si rinvia ai primi commenti relativi alla struttura della legge, tra cui, *ex multis*, B. BEVILACQUA, *Le misure sanzionatorie amministrative e penali della legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 28 maggio 2013; F. CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in *Dir. pen. cont.,* 2012, 1, 79 ss., 81; G. DOLCINI-F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 232 ss.; P. SEVERINO, *La nuova Legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 9, 7 ss. Come emerge dal rapporto esplicativo alla legge n. 190/2012 (citato anche al § 26 della sentenza in esame), la volontà di prevenire e contrastare il fenomeno della corruzione avrebbe dovuto essere perseguita per mezzo di un approccio multidisciplinare: le due direttrici fonte di ispirazione della riforma erano, da un lato, l'esigenza di garantire ai cittadini un adeguato *standard* di trasparenza e pubblicità nell'operato della Pubblica Amministrazione; dall'altro, la necessità di conformarsi all'approccio europeistico nei confronti di tale forma di criminalità, così da rafforzare la credibilità dello Stato italiano in sede sovranazionale.

[259] In particolare, in relazione alla posizione del Galan vengono in rilievo l'art. 1, che contempla le diverse ipotesi che determinano l'incandidabilità alle elezioni della Camera e del Senato (la posizione del ricorrente rientrava, per vero, in tutte le categorie soggettive ivi previste, avendo egli riportato una condanna definitiva a seguito di un delitto contro la P.A. e per una pena superiore a due anni di reclusione); l'art. 3, che delinea l'*iter* procedurale nel caso in cui un'ipotesi di incandidabilità di cui all'art. 1 sopraggiunga nel corso del mandato; l'art. 13, collocato tra le disposizioni comuni, che

Entrambi i ricorrenti lamentavano la presunta retroazione di detta normativa, che avrebbe esteso i suoi effetti pregiudizievoli a fatti di reato di molto anteriori al 5 gennaio 2013, data di entrata in vigore del Testo unico[260], ai sensi tanto dell'art. 7 CEDU, quanto dell'art. 3 Prot. Add. CEDU.

Con riguardo al primo – principale oggetto del nostro interesse –, a giudizio dei ricorrenti la violazione sarebbe scaturita dalla natura sostanzialmente penale dell'incandidabilità e della decadenza dalla carica, sanzioni che, applicandosi a fatti di reato pregressi, violerebbero il principio di legalità, nello specifico corollario del divieto di retroattività della norma sfavorevole: una volta ricondotte alla *matière pénale*, la sola soluzione idonea a salvare dette misure da una evidente incostituzionalità (per violazione dell'art. 25, co. 2 Cost., nonché dell'art. 7 CEDU, mediante il parametro interposto di cui all'art. 117 Cost.) consisterebbe nell'interpretarle come operanti esclusivamente *pro futuro*, in relazione a fatti di reato commessi in epoca successiva al 5 gennaio 2013[261]. Non così a giudizio della Corte, la quale considera dette misure estranee alla materia penale, analogamente a quelle, assimilabili, trattate nei numerosi precedenti[262] al vaglio della stessa. Infatti,

---

fissa la durata delle misure, in ogni caso non inferiore a sei anni. Quanto al ricorso presentato dal Miniscalco, la norma oggetto della doglianza era quella di cui all'art. 7, contemplante le ipotesi di incandidabilità alle elezioni regionali.

[260] Invero, i profili fattuali sottesi ai due casi di specie in parte divergono e, pertanto, meritano di essere trattati, seppur per cenni, distintamente. Il Galan era eletto alla Camera il 5 marzo 2013 (l'ultimo giorno utile per la presentazione di una candidatura era fissato per il 21 gennaio), esattamente due mesi dopo l'entrata in vigore della norma delegata dalla legge Severino. Sennonché, nel giugno 2014, il neo-eletto veniva coinvolto nelle indagini preliminari relative al maxi-processo sul M.O.S.E., per fatti consumati tra il 2005 e il 2011 e ricondotti al delitto di cui all'art. 319 c.p. Nell'ottobre del 2014 veniva quindi pronunciata sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti; la vicenda processuale si chiudeva definitivamente il 2 luglio 2015, con il rigetto del ricorso per cassazione presentato dall'imputato. Conclusa la vicenda giudiziaria, si innescava a carico del ricorrente la procedura di irrogazione delle sanzioni previste dagli artt. 1 e 3 del D.Lgs. n. 235/2012, che culminava con la dichiarazione di incandidabilità e di decadenza dalla carica di Deputato, deliberata dalla Camera il 27 aprile 2016.

Parzialmente diverso è l'*iter* che ha definito il caso *Miniscalco*. Tale vicenda originava dalla esclusione del ricorrente - ad opera del competente "UCR" (Ufficio Centrale Regionale) - dalla lista dei candidati alle elezioni regionali che si sarebbero tenute in Molise tra il 24 e il 25 febbraio 2013. Il punto che qui rileva risiede nel fatto che il Miniscalco risultava incandidabile ai sensi dell'art. 7 D.Lgs. n. 235/2012, avendo riportato tre condanne per il reato 'ostativo' – ai fini della summenzionata disposizione – di abuso di ufficio, l'ultima delle quali divenuta definitiva il 19 dicembre 2011.

Cerchiamo di fare maggiore chiarezza sul punto. Raffrontando i casi *Galan* e *Miniscalco*, al di là del comune retroterra giuridico-concettuale costituito dal regime intertemporale delle misure introdotte dalla legge *Severino*, merita sottolineare come, nel caso *Galan*, fossero successive alla data di entrata in vigore della normativa (t1) tanto la elezione del ricorrente (t2), quanto la condanna (benché per fatti pregressi rispetto al 2013) legittimante la decadenza dal mandato (t3); al contrario, nel caso *Miniscalco*, la sentenza definitiva di condanna (t1) anticipava l'entrata in vigore della disciplina introdotta in forza della legge Severino (t2), ciò ostando in radice alla presentazione della candidatura da parte del ricorrente (t4).

[261] A riguardo, preziosa appare la bipartizione che distingue tra 'retroattività interna' e 'retroattività esterna'. Secondo detta impostazione, la prima forma di retroattività prende come punto di riferimento i fatti delittuosi: di conseguenza, essa determinerebbe la fisiologica conseguenza per cui l'incandidabilità operi in relazione a fatti pregressi, ossia in capo a chi, una volta eletto, sia stato per essi condannato e pertanto sia divenuto incandidabile. Diversa la retroattività esterna, focalizzata sui rapporti intertemporali tra elezioni ed entrata in vigore della normativa Severino e in quanto tale ritenuta dall'Autore illegittima, poiché permetterebbe alla incandidabilità di operare a carico di chi sia stato eletto in epoca anteriore alla sua entrata in vigore. Il riferimento è a M. GAMBARDELLA, *"Legge Severino" in materia di incandidabilità sopravvenuta*, cit., 99 ss.

[262] Corte EDU, 30 giugno 1995, *Estrosi c. France*, ric. n. 24359/94; 13 gennaio 1997, *Tapie c. France*, ric. n. 32258/96; 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. France*; 3 ottobre 2000, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, ric. n. 41340/98; 1° giugno 2006, *Sobaci c. Turquie*, ric. n. 26733/02; *Paksas c. Lituanie*, ric. n. 34932/04.

per quanto precipuamente attiene alla finalità delle misure in commento (si rammenti: il secondo criterio *Engel*), la Corte rileva che le medesime – introdotte su pressanti sollecitazioni di origine sovranazionale[263] – non farebbero che 'ratificare' una sorta di inattitudine funzionale sopravvenuta del parlamentare: in altre parole, la sentenza penale passata in giudicato, presupposto di carattere astratto ed oggettivo, renderebbe il condannato per ciò solo 'inadatto' a ricoprire (o a continuare a ricoprire) una carica pubblica, posto che, diversamente, verrebbero messi in pericolo i beni del buon andamento e dell'imparzialità della P.A., *ex* art. 97 co. 2 Cost. Peraltro, ciò troverebbe diretto conforto nella giurisprudenza della stessa Corte costituzionale che, a più riprese, ha rigettato tutte le questioni di legittimità sollevate in relazione alla legge *Severino* ed alle misure introdotte in forza della stessa[264]. In particolare, alle ordinanze di rimessione che denunciavano una condizione di "eccessivo sbilanciamento" tra principii costituzionali, produttiva di un eccesso di tutela riservata da detta normativa ai valori dell'art. 97 co. 2 Cost. a discapito dei diritti politici salvaguardati dall'art. 51 Cost., la Consulta opponeva la *ratio* della riforma, ossia quella di «evitare un "inquinamento" dell'amministrazione e […] garantire la "credibilità" dell'amministrazione presso il pubblico, cioè il rapporto di fiducia dei cittadini verso l'istituzione»[265]. Da tale angolazione, la condanna penale costituirebbe una condizione negativa per l'assunzione o il mantenimento della carica, in quanto

---

[263] L'Italia aveva ricevuto due sollecitazioni ad adottare un regime idoneo ad una lotta efficace al fenomeno della corruzione da parte del GRECO, tra il 2008 e il 2009. L'entrata in vigore della legge Severino venne infatti salutata dal Gruppo Europeo con favore – come emerge al § 58 della sentenza *Galan c. Italia* –; tuttavia, lo stesso GRECO ha di recente sottolineato, nel dodicesimo rapporto di conformità per l'Italia (emesso il 29 marzo 2021) come la normativa nazionale non abbia ancora soddisfatto appieno gli *standard* richiesti per una proficua lotta alla corruzione, sul piano specifico della necessità di adozione di codici di condotta per ciascun ramo del Parlamento.

[264] Vengono in rilievo, in particolare, Corte cost. 20 ottobre 2015, n. 236, in *www.federalismi.it*, 25 novembre 2015; Corte cost., 5 ottobre 2016, n. 276, su cui v. L. MASERA, *Il decreto Severino di fronte alla Corte Costituzionale, in attesa della decisione di Strasburgo sul caso Berlusconi,* in *Dir. pen. proc.*, 2017, 9, 1218 ss.; 9 febbraio 2021, n. 35, in *www.federalismi.it*, 24 marzo 2021, concernente la sospensione dal mandato emessa nei confronti di un consigliere regionale che aveva riportato una condanna in primo grado. Oltre a queste, emblematica appare Corte cost., 5 ottobre 2016, n. 276, relativa al caso *De Magistris*, al quale veniva irrogata la sanzione della sospensione dalla carica di sindaco a seguito di una sentenza di condanna non definitiva per abuso d'ufficio. In particolare, la sentenza era successiva all'entrata in vigore della legge *Severino*, benché i fatti contestati, la candidatura e l'elezione fossero precedenti: questo profilo ha suscitato questioni di diritto intertemporale, facendo sorgere il sospetto che le disposizioni si ponessero in contrasto con il principio di irretroattività. Sul punto, cfr., *ex multis*, M.E. COGNIZZOLI, *Caso De Magistris: la Corte Costituzionale dichiara l'infondatezza della questione di legittimità della cd. Legge Severino*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 4 dicembre 2015; G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della "legge Severino": nota a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 30 gennaio 2016; C. MARCHESE, *Legge Severino: la Corte si pronuncia … e resta nel solco dei suoi passi!*, in *www.forumcostituzionale.it*, 28 gennaio 2016; L. LONGHI, *Il caso de Magistris*, in *www.federalismi.it*, 10 febbraio 2016; F.S. MARINI, *La "legge" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *www.osservatorioaic.it*, 6 febbraio 2016; V. PUPO, *La "legge Severino" al primo esame della Corte costituzionale: la natura non sanzionatoria della sospensione dalla carica elettiva e la ragionevolezza del bilanciamento*, in *www.forumcostituzionale.it*, 14 maggio 2016; F. VIGANÒ, *La Consulta respinge le censure di illegittimità costituzionale della c.d. legge Severino in materia di sospensione dalle cariche politiche in conseguenza di sentenze di condanna*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016.

[265] Corte cost., 26 maggio 1999, n. 206, in *www.giurcost.org*.

espressione di inattitudine morale alla stessa[266], con la conseguenza che le misure *ex lege Severino* presenterebbero carattere (anche sostanzialmente) amministrativo.

Posto che tali statuizioni precludevano ogni ulteriore valutazione in punto prevedibilità *ex* art. 7 CEDU, nondimeno tale parametro costituiva ugualmente oggetto di attenzione della Corte, poiché invocato ai sensi dell'art. 3 Prot. Add. CEDU, disposizione che – diversamente dalla prima – risulta applicabile anche a misure non dotate di carattere penale *stricto sensu*. Come già enunciato, il principio di prevedibilità, oltre alla sua naturale collocazione nel perimetro dell'art. 7, trova portata applicativa anche all'interno di altre disposizioni, dedicate a zone più remote, se non esterne, della *matière pénale*, come il citato art. 3, in base al quale le pur ammissibili limitazioni alla piena esplicazione dei diritti di elettorato attivo e passivo devono costantemente rispettare il valore della *primauté* del diritto[267]. La tesi avanzata dai ricorrenti è la seguente: l'applicazione delle misure a fatti pregressi alla entrata in vigore della legge *Severino* lede l'affidamento dei consociati, che al momento delle condotte criminose mai si sarebbero potuti prefigurare (l'entrata in vigore e) l'applicazione di dette sanzioni. Tuttavia, nella prospettiva della Corte proprio la genericità della formulazione di tale disposizione riserverebbe agli Stati una ampia discrezionalità nella determinazione dei criteri di eleggibilità e nelle finalità perseguite con detti criteri, nel rispetto delle sensibili differenze esistenti sul piano storico e politico tra le varie nazioni, contenuta al più da taluni 'limiti impliciti', coincidenti con la generica primazia del diritto, la proporzionalità e la libertà di opinione[268]. E, nel ragionamento dei giudici strasburghesi, i fini di arginare la corruzione e garantire il corretto funzionamento della P.A. colmano una lacuna evidente dell'ordinamento italiano, risultando, come tali, certamente compatibili con il principio di *primauté* del diritto e, più in generale, con i valori ispiratori della

---

[266] In terzo luogo, la Corte EDU rafforza la tesi esposta mediante l'ausilio di ulteriori argomenti *ad adiuvandum*. In particolare, viene respinta la deduzione avanzata dal ricorrente (in tale ipotesi, il solo Galan), fondata sulla asserita vicinanza strutturale tra le sanzioni *ex lege Severino* e l'interdizione *ex* art. 28 c.p.: la Corte ritiene infatti che gli istituti in questione, pur presentando indubbi profili di somiglianza, differiscano nettamente quanto a base legale, durata e conseguenze per i diritti individuali (più gravose nel caso della pena accessoria, la quale determina la perdita anche dell'elettorato attivo). In quarto luogo, proprio la minore severità delle misure anticorruzione rispetto alle conseguenze di cui all'art. 28 c.p. permette alla Corte di escluderne il carattere sostanzialmente penale anche sotto il terzo criterio *Engel*, valutandole non eccessivamente afflittive.

[267] Corte EDU, *Miniscalco c. Italia*, cit., § 94.

[268] La dottrina dei 'limiti impliciti' *sub* art. 3 Prot. Add. CEDU è stata inaugurata a Strasburgo a partire dal caso *Ždanoka c. Lettonia*, nel quale la Corte fissò i fondamentali 'paletti' nel rispetto dei quali gli Stati membri sono ammessi a disporre delle limitazioni ai diritti elettorali. In primo luogo, la Corte osserva che l'art. 3, pur richiamando alcuni tratti essenziali degli articoli 8, 9, 10, e 11 della CEDU, non li approfondisce; diversamente, ciascuna delle citate disposizioni dedica il proprio secondo paragrafo ad un tassativo elenco dei limiti che possono imporsi alla piena esplicazione dei relativi diritti; pertanto, ne deriva che le disposizioni facenti capo al citato art. 3 dovranno essere giudicate con minor rigore rispetto a quelle rientranti nel campo di applicazione degli artt. 8 ss. CEDU. In secondo luogo, non comparendo nel testo dell'art. 3 un elenco specifico di scopi legittimi che giustificano limitazioni ai diritti di elettorato, gli Stati potranno imporre talune misure finalizzate a perseguire scopi ultronei rispetto a quelli degli articoli da 8 a 11 della Convenzione. Se ne deve dunque concludere che i limiti impliciti cui dovranno rifarsi eventuali misure ricomprese nel perimetro dell'art. 3 Prot. Add. CEDU saranno costituiti esclusivamente dal principio di proporzionalità e dal rispetto della libertà d'opinione: alla luce di questi due parametri si potrà valutare la conformità di una determinata misura restrittiva dei diritti politici.

Convenzione. Conseguentemente, dopo aver ribadito che, quanto ai diritti elettorali, gli *standards* richiesti sono meno stringenti di quelli di cui all'art. 7 CEDU, la Corte ritiene che detta garanzia non abbia subìto in concreto alcuna deroga, in quanto appare legittima «la scelta del legislatore italiano, che ha preso come base, per l'applicazione del divieto, la data nella quale la *condanna* penale diventa definitiva»[269] e non – come invece prospettato dai ricorrenti – la data di commissione dei fatti alla base della condanna[270]. In altre parole – stando al ragionamento della Corte – deve concludersi che i ricorrenti avrebbero potuto prevedere la irrogazione a loro carico delle misure anticorruzione al momento della loro 'condanna'[271].

6.1.2.1. (segue) confutazione delle argomentazioni circa la estraneità alla *matière pénale* (continua)

Il ragionamento sviluppato dalla Corte nella motivazione delle due sentenze, pur suffragato da diverse argomentazioni, non pare esente da talune ambiguità argomentative, le quali alimentano i sospetti circa la esistenza di obblighi di risultato che la tenuta del sistema non può permettersi di deludere, sul piano della politica criminale. Adottando una chiave di lettura forse dissacrante, ciò che si intende sostenere è che la finalità dichiaratamente efficientistica – pur per certi versi condivisibile – espressa dalla riforma *Severino* rischia di tradursi in un fattore frenante nei confronti della Corte, timorosa di deprivare di ogni rilevanza applicativa un sistema che ha finora realizzato le aspettative del legislatore del 2012[272].

---

[269] Corte EDU, *Miniscalco c. Italia*, cit., § 99.

[270] Peraltro, tale ragionamento è sostanzialmente riprodotto con riferimento alla decadenza, misura applicata esclusivamente nel caso *Galan*. Anche in ordine a detta misura, il ricorrente fa valere la lesione del principio di prevedibilità. La Corte, peraltro, respinge la doglianza valorizzando la sua stessa giurisprudenza. In un precedente simile, il caso *Lykourezos c. Lituania*, la Corte aveva riconosciuto la violazione dell'art. 3 Prot. Add. CEDU in quanto era stata applicata la decadenza dalla carica di un parlamentare eletto nel 2000 in virtù di una misura introdotta nel 2003: la sopravvenuta sanzione aveva innegabilmente 'colto di sorpresa' il deputato e il suo corpo elettorale, violandone così l'affidamento. Mediante la tecnica del *distinguishing*, i giudici strasburghesi pongono in evidenza la chiara divergenza che esisterebbe rispetto al caso in esame: il ricorrente era stato eletto nel marzo 2013, dunque in epoca successiva all'entrata in vigore della legge *Severino*; di conseguenza, ogni cittadino era posto in condizione di conoscere ragionevolmente che un uomo politico, una volta eletto, avrebbe potuto essere sottoposto ad una delle sanzioni introdotte.

[271] In dottrina, non sono mancate voci che hanno sostenuto detta interpretazione della normativa emanata in forza della legge Severino, ben prima delle decisioni gemelle che ci occupano. In particolare, valenza decisiva in tal senso sarebbe assunta dalla struttura sintattica dell'enunciato legislativo di cui all'art. 1 D.Lgs. n. 235/2012, per cui l'effetto giuridico sarebbe direttamente ricollegato al fatto processuale della condanna. Sul punto, cfr. O. MAZZA, *La* chassé-croisé *della retroattività (in margine alla 'legge Severino')*, cit., 29 ss.

[272] Il 'salvataggio' della disciplina in oggetto pare ricalcare un esito cui le Corti di ultima istanza – come garanti della tenuta dell'ordinamento – sovente pervengono, laddove abbiano il potere, con una pronuncia, di caducare un intero microsistema. Si pensi alla reiteratamente citata disciplina di cui al codice antimafia, rispetto alla quale la Corte costituzionale – in una evidente dimensione di compromesso – ha dichiarato costituzionalmente illegittima l'applicazione delle misure di prevenzione ai soggetti di cui all'art. 1, co. 1 lett. a), mantenendo pur sempre ferma la tesi della natura non penale delle stesse, con tutte le perplessità già descritte.

Quanto alla esclusione del carattere sostanzialmente penale delle misure censurate dai ricorrenti, suscita anzitutto diverse perplessità l'argomento attraverso cui la Corte sottovaluta l'affinità giuridica tra le misure anticorruzione e le pene accessorie di cui all'art. 28 c.p.[273].

A ben vedere, il rigetto di tale doglianza conserva una rilevanza non indifferente, atteso che, con esso, la Corte formula un giudizio negativo tanto in relazione al secondo, quanto al terzo criterio *Engel*: le due misure risulterebbero strutturalmente distinte, quanto a base legale, durata e portata applicativa.

Più specificamente, la incandidabilità contemplata dal D.Lgs. n. 235/2012 si limiterebbe a prevedere la sola perdita dei diritti elettorali – per così dire – "passivi" in ragione dello scopo che persegue, ossia la lotta alla corruzione; di conseguenza, la condanna definitiva darebbe luogo ad un'inattitudine funzionale alla prosecuzione del mandato o al futuro esercizio di funzioni pubbliche, ratificando una sorta di 'immoralità sopravvenuta' di carattere impeditivo. Ciò esprimerebbe una differenza sostanziale anche sotto il punto di vista 'quantitativo', poiché l'art. 28 c.p. estenderebbe i propri effetti pure ai profili di elettorato attivo. Da qui, dunque, la natura non penale dell'incandidabilità e della decadenza dalla carica, poiché «*le droit de vote sous le volet actif n'a pas été touché*»[274].

Ebbene, il predetto schema argomentativo si palesa indimostrato, tanto per ciò che concerne il criterio della natura dell'illecito, quanto in relazione alla severità della misura, ove si consideri la comunque ragguardevole proiezione (rispettivamente) incapacitante e afflittiva delle misure in commento.

(i) Con riguardo a tale ultimo profilo, deve da subito rilevarsi, in una prospettiva 'ponderale', come le misure *ex* D.Lgs. n. 235/2012 comportino un vistoso supplemento sanzionatorio: il soggetto cui le medesime vengano irrogate subirà un trattamento deteriore rispetto a chi patisca l'applicazione delle sole pene principali e accessorie. Non si vede come possa escludersi che tale incremento di conseguenze negative in capo al reo assuma risalto autenticamente afflittivo. Dopo tutto, si hanno tre effetti penali della condanna (espressione, quest'ultima, da leggersi dal punto di vista letterale, non codicistico) *versus* due: un trattamento sanzionatorio obiettivamente peggiorativo[275]. Effetti che – per giunta – decorrono contemporaneamente, al momento della sentenza[276].

---

[273] Benché detto accostamento emerga soltanto nel ricorso *Galan*, tuttavia si crede possa essere utilmente esteso anche alla posizione del Miniscalco, relativa ad una sanzione strutturalmente analoga all'incandidabilità di cui all'art. 1 D.Lgs. 235/2012. Sia l'art. 7, sia l'art. 1 di tale Testo unico – infatti – costituiscono limitazioni al diritto di elettorato passivo, analogamente all'art. 28 c.p. che, tuttavia, vanta un raggio d'azione più ampio, estendendosi anche ai diritti di elettorato attivo.

[274] Corte EDU, *Galan c. Italia*, § 96.

[275] E.R. BELFIORE, *Incandidabilità/decadenza e principio di irretroattività della sanzione penale*, in *Criminalia*, 2013, 1, 426.

[276] Peraltro, va comunque considerato come l'art. 28 c.p. non rappresenti l'unico parametro, espressivo della soglia minima al di sotto della quale non può esistere un livello di afflittività avente carattere sostanzialmente penale: esso costituisce *un tertium comparationis*, non *il tertium comparationis*. Altrimenti detto, nel momento in cui si rinvengano altre sanzioni (strutturalmente avvicinabili alle misure che ci occupano) che pur risultando meno gravi dell'art. 28 c.p. – in quanto, ad esempio, non prevedano necessariamente la perdita dei diritti di elettorato attivo – siano state qualificate come *penalties*, rispetto a queste dovrà adeguatamente ricalibrarsi l'asticella dell'afflittività. E un tale indice di lettura

(ii) Quanto al fine perseguito attraverso le misure introdotte dalla riforma *Severino*, va rimarcata la forte analogia esistente tra queste e l'art. 28 c.p. Il dichiarato scopo della legge *Severino* – la lotta contro l'illegalità e la corruzione – si attiva, con le misure in esame, in presenza di una «inidoneità assoluta all'esercizio delle funzioni elettive [incidendo] su un'esigenza soggettiva»[277] quale è l'idoneità morale del candidato/eletto. Ci sembra che la suddetta *ratio* conservi un'intrinseca dimensione specialpreventiva (negativa): da quanto emerge dalle parole della Corte, l'intento è quello di evitare che l'esponente politico, una volta condannato, rimanga nel circuito rappresentativo commettendo ulteriori fatti delittuosi o comunque influendo negativamente sul buon andamento della gestione della cosa pubblica. Non a caso, l'obiettivo di un'efficace lotta alla corruzione può essere perseguito solo in una prospettiva di 'incapacitazione', impedendo al reo di commettere nuovi delitti della stessa indole in danno al sistema politico che già ha danneggiato[278]. E, se così è, la contiguità con la *ratio* dell'art. 28 c.p. si staglia con evidenza. Tale pena accessoria, in prospettiva specificamente specialpreventiva, è «orientata a neutralizzare il rischio di reati precludendo al condannato l'assunzione di ruoli e la frequentazione di contesti che potrebbero rivelarsi nuovamente criminogeni, per l'analogia con quelli in cui fu commesso il reato, o per la delicatezza degli interessi che, in assenza del divieto, perverrebbero nelle mani d'un soggetto già dimostratosi inaffidabile»[279]. Va da sé che la suddetta definizione non faccia che ricalcare, in generale, quanto esposto con riferimento alle esigenze del sistema politico: in entrambi i casi, il profilo teleologico-funzionale risiede nella neutralizzazione del reo ogniqualvolta l'attività criminosa sia connessa all'esercizio dei diritti, delle potestà o degli uffici[280].

---

deve essere ricercato all'interno della giurisprudenza della Corte. In proposito, spunti significativi possono pervenire dai precedenti (anche citati in queste due decisioni) in cui la Corte si è focalizzata su misure che determinassero la perdita dell'elettorato esclusivamente passivo. E, se nel caso *Pierre Bloch c. Francia* i Giudici strasburghesi hanno negato che fosse eccessivamente gravosa la previsione dell'incandidabilità per un solo anno, all'opposto nella già menzionata causa *Matyjek c. Polonia* è stato ritenuto che le misure della decadenza dalla carica di Deputato e la successiva incandidabilità per anni dieci a seguito di procedure di c.d. lustrazione presentassero natura 'penalmente' afflittiva. Ora, se l'art. 13 D.Lgs. 235/2012 fissa in anni sei la durata minima dell'incandidabilità, alla luce dei dati riportati ciò suscita più di qualche incertezza quanto alla natura asseritamente non penale delle misure introdotte in forza della legge Severino. In generale, la sanzione dell'incandidabilità per un massimo di sei anni costituisce un valore intermedio tra i due esempi dianzi citati e, in senso assoluto, un valore elevato. Peraltro, si rammenti come la Corte abbia escluso l'integrazione della soglia minima di afflittività in relazione a sanzioni applicabili fino ad un massimo di anni cinque (cfr. Corte EDU, 1° luglio 2003, *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*; 21 gennaio 2016, *Ivanovski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*).

[277] Corte EDU, *Miniscalco c. Italia*, § 69.

[278] Cfr. A. TORTORA, *La prevenzione della corruzione*, Torino, 2021, 30: «Come precisa la relazione illustrativa del relativo disegno di legge, l'obiettivo della norma è la prevenzione e la repressione del fenomeno della corruzione attraverso un approccio multidisciplinare, nel quale gli strumenti sanzionatori si configurano solamente come alcuni dei fattori per la lotta alla corruzione e all'illegalità nell'azione amministrativa. In specifico si pongono a sostegno del provvedimento legislativo motivazioni di trasparenza e controllo proveniente dai cittadini e di adeguamento dell'ordinamento giuridico italiano agli standards internazionali».

[279] Cfr. G. COCCO-E.M. AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale. Parte generale. Punibilità e pene*, Padova, 2018, 225; nello stesso senso, per esempio, G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2019, 711.

[280] T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, 376.

Di qui, la *legitima suspicione* che tra l'art. 28 c.p. e le misure anticorruzione corra ben più di una vaga 'omofonia': in seno a entrambe spiccando l'accento marcatamente specialpreventivo negativo, finalità che innerva una tra le salienti 'anime' della pena e, con essa, della *matière pénale*[281].

6.1.2.2. (segue) confutazione delle argomentazioni circa la prevedibilità delle misure

Cedevoli appaiono altresì le argomentazioni addotte dalla Corte al fine di sostenere la prevedibilità da parte dei ricorrenti delle misure censurate (seppur necessariamente nell'anomala cornice normativa dell'art. 3 Prot. Add. CEDU, per le ragioni anzidette). In proposito, in seguito alla ambigua premessa – quasi una *excusatio non petita* – per cui le garanzie contemplate dalla menzionata disposizione risulterebbero più blande di quelle previste da altri articoli della Convenzione, potendosi quindi ammettere un maggior numero di limitazioni da parte del legislatore, in relazione ad un ventaglio di finalità non tassativo[282], i Giudici alsaziani osservano come la garanzia della prevedibilità non avrebbe subìto una irragionevole compressione, nonostante la normativa anticorruzione abbia assunto a parametro temporalmente rilevante il momento della 'condanna' e non – come prospettato dai ricorrenti – quello della commissione di fatti delittuosi[283].

Ebbene, non v'è chi non veda l'irrazionalità dell'adozione di un tale referente temporale, alla luce del quale vagliare il rispetto della garanzia della prevedibilità: come svilupparsi una valutazione di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie stabilite da una norma se lo stesso parametro di comparazione (la condanna) costituisce un qualcosa di incerto tanto nell'*an*, quanto nel *quando* e, oltretutto, indipendente dalla condotta del soggetto? Il momento nel quale interverrà la condanna (se interverrà) è evidentemente eccentrico rispetto alla figura e al contegno dell'agente[284]. Una valutazione di rimproverabilità, infatti, può svolgersi solo assumendo a parametro fatti attribuibili al soggetto stesso, pena il lasciarlo in balìa di eventi da lui non più dominabili, come le cadenze

---

[281] Possono agevolmente cogliersi le contrapposte esigenze di 'simbolismo' repressivo: la riconduzione alla *matière pénale* delle misure introdotte dal D.Lgs. n. 235/2012 in forza della delega contenuta nella legge *Severino* avrebbe creato più di qualche problema, in quanto avrebbe sostanzialmente vanificato il microsistema di lotta alla corruzione, che non avrebbe più potuto operare nei confronti di quell'ampia categoria di soggetti condannati per fatti antecedenti il 5 gennaio 2013. Un 'inconveniente' che, tuttavia, ci sembra inevitabile, addirittura commendevole, in uno Stato liberale di diritto.

[282] Tale teoria, in base alla quale l'art. 3 Prot. Add. CEDU ammetterebbe un più ampio margine di discrezionalità in capo ai legislatori nazionali, è espressa dalla Corte ponendo a confronto detta fattispecie con le garanzie di cui agli articoli 8, 9, 10, e 11 della CEDU. In particolare, ciascuna di tali disposizioni dedica il proprio secondo paragrafo ad un tassativo elenco dei limiti che possono imporsi alla piena esplicazione dei relativi diritti; pertanto, ne deriva che le misure facenti capo al citato art. 3 dovranno essere giudicate con minor rigore rispetto a quelle rientranti nel campo di applicazione degli artt. 8 ss. CEDU. Infatti, non comparendo un elenco specifico di scopi legittimi che giustificano limitazioni ai diritti derivanti dall'art. 3, gli Stati potranno imporre talune misure finalizzate a perseguire scopi ultronei rispetto a quelli degli articoli da 8 a 11 della Convenzione, rimanendo fermi solo taluni limiti 'cardine' dell'ordinamento, quali il principio di proporzionalità e il rispetto della libertà d'opinione.

[283] O. MAZZA, *La* chassé-croisé, cit., 31; B. GALGANI, *Le vicende dell'incandidabilità*, cit., 40.

[284] Ci pare condividere tali valutazioni S. DE BLASIS, *L'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità*, cit., 233.

processuali. Dal punto di vista logico, occorre allora chiedersi per quale ragione, mentre in relazione alle pene in senso stretto viene preso come momento rilevante per il vaglio di prevedibilità il *tempus commissi delicti*, per le misure anticorruzione, invece, detto parametro venga proiettato avanti nel tempo sino alla condanna dell'agente. Tale anomalia duplica inammissibilmente le funzioni della sentenza, divenuta a un tempo accertamento di un evento precedente e parametro per valutare i profili di rimproverabilità dell'agente, con indebita sovrapposizione tra tempo del reato e tempo dell'accertamento del reato. E l'assunto per cui l'art. 3 Prot. Add. CEDU delineerebbe una tutela '*soft'* delle garanzie salvaguardate in via 'rafforzata' da altri parametri della Carta (in tal caso, la prevedibilità garantita dall'art. 7 CEDU)[285] non è certo decisivo: raccordare la prevedibilità al *tempus* della condanna anziché a quello del comportamento del consociato, più che denotare un sistema di tutele 'a più velocità', determina la totale cancellazione della garanzia della prevedibilità[286].

---

[285] B. GALGANI, *Le vicende dell'incandidabilità*, cit., 45; L. BEDUSCHI-A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto a libere elezioni (art. 3 Prot. 1)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, 281 ss.

[286] Peraltro, alla luce di quanto osservato si consuma, con riferimento al caso *Miniscalco*, un'ultima, paradossale, circostanza. Brevemente: se per il Galan, la sequenza dei fatti rilevanti era suddivisibile in fatto delittuoso (t1); legge *Severino* (t2); elezione (t3); condanna (t4), quanto a Miniscalco, diversamente, si susseguivano fatto delittuoso (t1); condanna (t2); legge *Severino* (t3); elezione (t4). Orbene, ciò basta a fare emergere una irrazionalità logica, ancor prima che giuridica: nel caso *Miniscalco*, la 'condanna' del ricorrente è intervenuta nel dicembre 2011, più di un anno prima dell'entrata in vigore della riforma *Severino*. Sicché, anche assumendo (irrazionalmente) a parametro il tempo della condanna, in cosa potrebbe mai consistere la prevedibilità in quest'ultimo caso? Al ricorrente si addebiterebbe la prevedibilità di misure applicate a seguito di una condanna all'epoca della quale non solo il giudice, ma nemmeno il legislatore aveva previsto la mera possibilità delle stesse. Per giunta, tale irrazionalità emerge testualmente dalla decisione: la Corte, dopo aver ribadito che la misura si applica «à toute personne condamnée pour les délits mentionnés dans le décret législatif no 235/2012 après l'entrée en vigueur de celui-ci» afferma candidamente che «*la condamnation définitive de décembre 2011 a constitué le préalable nécessaire à l'interdiction de se porter candidat aux élections, préalable prévu par l'article 7 du décret législatif en question*» (§§ 99-100), salvo poi omettere «entré en vigueur en janvier 2013»[286], locuzione 'generosamente' aggiunta nella sola decisione *Galan* (§§ 116-117). Un dato formale, ininfluente, ma che suscita più di un dubbio: forse sarebbe stato troppo evidente inserire tale espressione anche nel caso *Miniscalco*, rendendo manifesto il fatto di definire prevedibili le conseguenze di una legge applicabili a condanne intervenute dopo l'entrata in vigore della stessa anche ad un caso in cui la condanna anticipava tale momento di tredici mesi. Diversamente, la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, assurta a condizione di legittimità di qualsivoglia diritto convenzionalmente tutelato, possiede un plausibile senso – in chiave garantistica di rimproverabilità soggettiva – solo qualora il giudizio venga raccordato alla base prognostica sussistente al momento della scelta comportamentale del singolo, non a eventi futuri o incerti, quali la eventuale condanna dell'agente A riguardo, vale precisare che tra le scansioni temporali sopra citate (in ordine sparso: fatto tipico, legge *Severino*, condanna, elezioni) il *tempus* delle elezioni - seppur menzionato dalla Corte con specifico riguardo al caso *Miniscalco* (§ 9 della decisione) - non può assumere rilievo alcuno in merito alla osservanza del canone della prevedibilità. La ragione appare evidente: se risulta opinabile la scelta intrapresa dalla Corte di adottare quale momento rilevante per il *test* di prevedibilità la condanna – posta la non 'dominabilità' della stessa da parte dell'agente – analoga conclusione non può che formularsi, *a fortiori*, per le elezioni. Le quali, peraltro, non riguardano unicamente il soggetto (potenzialmente) sottoposto alle misure di cui D.Lgs. n. 235/2012, bensì presentano valenza *erga omnes*. Orbene, è tanto incontestabile, quanto ininfluente il fatto che il Miniscalco – alla luce della scansione temporale esposta – al momento della candidatura conoscesse, o potesse conoscere, i rapporti tra la condanna riportata (t2) e le misure adottate in forza della riforma *Severino* (t3). Innestare il *test* di prevedibilità sul rapporto temporale tra legge *Severino* ed elezioni significherebbe - riportandosi nel terreno del diritto (pacificamente) penale - legittimare, nel caso in cui soggetto avesse compiuto un fatto (t1), seguito, nell'ordine, da un *overruling* imprevedibile e *in peius* sulla corrispondente fattispecie (t2) e dall'apertura del procedimento (t3), l'applicazione retroattiva della *regula juris* peggiorativa in capo all'agente in quanto conoscibile da parte dello stesso al momento del (cronologicamente successivo) procedimento. Un assurdo logico, ancor prima che giuridico-interpretativo. Per quanto poco condivisibile, pertanto, il parametro temporalmente rilevante ai fini della prevedibilità deve rimanere il momento della condanna (quando non sia possibile ricollegarsi al *tempus commissi delicti*). Si passi il *calembour*: ciò equivarrebbe

In definitiva, è comprensibile che le garanzie penali o 'parapenali' fatichino a trovare una collocazione in contesti gravati da ragioni di allarme sociale. Analogamente al sistema della prevenzione antimafia, anche nell'ambito della lotta alla corruzione si consumano forti tensioni tra efficienza e garantismo. L'opportunità di contrastare efficacemente fenomeni criminosi capaci di ammorbare il sistema dall'interno, radicandosi nelle strutture politiche, economiche e sociali, si scontra con un rispetto esaustivo di tutte le garanzie penali. Non a caso, il legislatore finisce per creare dei microsistemi *ad hoc* – come quello della legge *Severino* – specificamente finalizzati alla lotta di dette tipologie delittuose, ma che spesso tradiscono un'ambiguità di fondo.

Anche a voler ravvisare nell'iperbolico inasprimento sanzionatorio che ha interessato gli ultimi dieci anni della legislazione penale in tema di delitti contro la Pubblica amministrazione il frutto di un'autentica 'emergenza'[287], va però riconosciuto che l'opportunità di sanzionare un fenomeno pur profondamente lesivo dei valori dell'ordinamento non possa cagionare il totale annichilimento delle garanzie del sistema penale[288].

6.1.3. Un esempio (forse) eversivo: le misure di prevenzione dopo la sentenza *De Tommaso*, attendendo *Cavallotti c. Italia*

Nell'ordinamento italiano, il contesto forse più problematico, in una prospettiva di riconduzione entro i binari garantistici del diritto penale, è quello delle misure di prevenzione, a più riprese rammentato e di cui, pertanto, ci limitiamo a richiamare i profili salienti in questo frangente della trattazione. Come noto, alle stesse la Corte EDU ha costantemente rifiutato la 'cittadinanza' penale, tanto da suscitare, in seno ad accorta dottrina, dubbi circa la correttezza metodologica dei criteri *Engel.* Si è criticata, più specificamente, la riconosciuta prevalenza che i Giudici alsaziani attribuiscono al finalismo perseguito da una misura, al fine di vagliarne il carattere sostanzialmente penale. Detta precomprensione – risalente sino alla sentenza *Özturk* – si rivelerebbe fallace, nella misura in cui sembra presupporre, ai fini della dicotomia penale/extra-penale, un distinguo tra finalità afflittiva e finalità preventiva[289]: una prospettiva, come evidente, figlia legittima del compromesso storico tra

---

a fondere il giudizio di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie con l'imprevedibilità delle fonti normative delle stesse.

[287] S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, *passim*.

[288] Le due decisioni sopra commentate rappresentano una chiara evidenza della costante tensione che corre tra efficienza e garantismo: a tratti, pare quasi che i giudici rinvengano argomenti al precipuo scopo di escludere la natura penale delle misure, per arrivare ad una meta prefissata, quasi con "un'inversione logico-metodologica" (così A.M. MAUGERI, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovrannazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2, 565, riportando le sentenze in cui giudici di Strasburgo hanno recisamente escluso la natura penale delle confische di prevenzione antimafia).

[289] In proposito, appare di assoluto rilievo notare come nel testo inglese della sentenza, al § 53, si legga che «*the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both* deterrent and punitive*, suffice to show that the offence in*

Scuole[290] ispiratore del doppio binario pene-misure di sicurezza adottato nel codice Rocco. Nondimeno, è arcinota l'obsolescenza in cui detta impostazione è caduta, presupponendo una concezione marcatamente retributivo-deterrente della pena che mal si concilia con la polifunzionalità tipicamente costituzionale. La giurisprudenza successiva al *leading case Özturk* avrebbe consolidato tale originaria fallacia, rimanendo sedimentato nel patrimonio cognitivo dei giudici della Corte l'equivoco secondo cui la matrice preventiva di una misura non ne disvelerebbe il carattere penale.

Tale fraintendimento avrebbe conosciuto eloquente conferma nella sentenza *De Tommaso* che, pur pervenendo a risultati da tempo auspicati, tradisce ambiguità di fondo che la Corte costituzionale, nella successiva sentenza n. 24 del 2019, sopra richiamata[291], non avrebbe esitato a raccogliere. Più dettagliatamente, la Corte EDU respingeva le doglianze volte a demistificare la natura penale delle misure di prevenzione (pur accogliendo, sotto il conseguentemente distinto parametro dell'art. 2 Prot. 4 CEDU, quelle relative alla radicale imprecisione nella formulazione delle stesse), richiamando sinteticamente i propri precedenti sul punto[292].

In aperta critica al ragionamento della Corte, si è allora proposto un ritorno alla afflittività della misura quale indicatore principale della *matière pénale*, definendosi a buon diritto "inquietante" il rischio di frodi delle etichette laddove «la sanzione, formalmente non penale secondo uno o più Stati, sia tuttavia grave, ovvero lesiva di diritti fondamentali della persona, eppure la si ritenga non "punitiva/repressiva" e deterrente/dissuasiva»[293].

---

question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature», laddove, per contro, nella versione francese «*le but*» è definito come «*à la fois* préventif et répressif». Un distacco evidente che avrebbe segnato per il futuro la giurisprudenza della Corte, occupata a intravedere in una misura il carattere deterrente, piuttosto che quello preventivo.

[290] G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019[8], XXIII ss.

[291] Cfr. *supra*, par. 4.4.

[292] Evocativa, in proposito, la *dissenting opinion* espressa dal Giudice Pinto de Albuquerque (spec. § 37), nella quale si rileva che le misure in commento «*had a general and special preventive purpose, like any ordinary criminal penalties. In practice, they were also based on the socially reprehensible nature of the suspect's conduct, a factor that likewise forms the basis for any criminal penalties. Italian legal scholars have always emphasised the close link between personal preventive measures and criminal law and its purposes*».

[293] A. CAVALIERE, op. cit., 33. In proposito, riteniamo doveroso discostarci in parte dalla tesi dell'autorevole Autore, pur condividendone appieno le linee essenziali. A nostro modo di vedere, finalismo e afflittività della sanzione potrebbero rivestire un ruolo di pari dignità nella valutazione del carattere penale di una misura. Basti pensare che la materia (formalmente) penale è altresì costituita da illeciti sorretti da sanzioni anche assai poco afflittive, eppure la relativa natura penale – evidentemente non messa in discussione, alla luce della qualificazione formale – permane se rapportata proprio alle finalità che con la stessa si intendono perseguire. A contrario, si dovrebbe pervenire ad analoga conclusione in relazione a illeciti (formalmente) amministrativi e, per così dire, bagatellari, eppure sorretti da finalità afflittive ovvero preventive. A nostro modo di vedere, la condivisibile insoddisfazione sottesa alle argomentazioni della Corte EDU sul punto non è tanto riconducibile all'utilizzo in sé e per sé del finalismo quale criterio principale di valutazione, bensì al *modo* in cui lo stesso viene concretamente applicato, posto che, come evidenziato nel testo, anche la prevenzione – non solo la retribuzione – interessa il diritto penale. Insomma, più che un problema di criteri impiegabili, si tratta di un problema del *quomodo* di applicazione concreta di tali criteri.

Solo l'esito del caso *Cavallotti*[294] potrà dare ragione a tale proposta ricostruttiva. La decisione costituirà, in effetti, un decisivo banco di prova, risultando infatti evidente che dall'eventuale riconoscimento del carattere penale delle misure di prevenzione – sia esso derivante dalla finalità afflittiva (e, perché no, da una riabilitata finalità preventiva), sia esso attribuibile, come prospettato da succitata dottrina, alla marcata gravità sottesa alle stesse – dipenderebbe il prossimo futuro della legalità europea, a livello convenzionale, il destino del codice antimafia, a livello interno. Sarà, allora, rilevante comprenderne gli sviluppi, seguendo l'andamento pendolare della dialettica tra efficienza e garantismo.

6.1.4. La declinazione della materia penale in chiave costituzionale

La casistica da ultimo esaminata offre l'occasione per trattare dell'attuale configurazione della *matière pénale*, anche con riguardo alla giurisprudenza interna. Diversamente dalla prevedibilità, la materia penale ha goduto – al netto di alcune vistose eccezioni (misure di prevenzione su tutte) – di indubbio riconoscimento anche sul versante nazionale, pur assumendo una declinazione *sui generis* nella elaborazione della Corte costituzionale.

A ben vedere, il dibattito sull'estensione poliedrica della materia penale non costituisce un *novum* incoraggiato dai recenti influssi europeistici. Per contro, la tematica affonda le proprie radici nella dottrina italiana operante a cavaliere tra le due Guerre, nella più generale polemica relativa alla concezione del reato[295]. Nuova linfa al dibattito sarebbe quindi pervenuta dalla stagione della

[294] Allo stato, questi i quesiti (per quanto di nostro interesse) richiesti dalla Corte alle parti nel caso *Cavallotti*, attualmente tra i *communicated cases*: «*2. Taking into account the characterisation of the contested measure under the domestic law and case-law (compare, inter alia, Court of Cassation, judgments no. 18 of 3 July 1996, no. 57 of 8 January 2006, no. 39204 of 17 May 2013 and no. 4880 of 2 February 2015; contra, judgment no. 14044 of 25 March 2013; see also, inter alia, Constitutional Court, judgment no. 21 of 9 February 2012, and no. 24 of 24 February 2019), its nature and purpose, the procedures involved in its making and implementation and its severity, did the confiscation of the applicants' assets pursuant to Article 24 of Decree no. 159 of 2011 amount to a criminal "penalty" of "punishment" within the meaning of Article 7 § 1 the Convention (compare Arcuri v. Italy (dec.), no. 52024/99, § 2, ECHR 2001-VII, Capitani and Campanella v. Italy, no. 24920/07, § 37, 17 May 2011, Gogitidze and Others v. Georgia, no. 36862/05, § 121, 12 May 2015, and, mutatis mutandis, Balsamo v. San Marino, nos. 20319/17 and 21414/17, § 58 et seq., 8 October 2019, and G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy [GC], nos. 1828/06 and 2 others, §§ 214 et seq., 28 June 2018)? If so, has there been a violation of Article 7 of the Convention on account of the ordering of the confiscation notwithstanding the acquittal of the first group of applicants of the charge of participation in a mafia-type criminal organisation (see G.I.E.M. S.R.L. and Others, cited above, § 251)?*». Evidenti le conseguenze travolgenti che discenderebbero da una risposta positiva a tale quesito con riferimento a tutti i casi, giudicati e giudicandi, che hanno applicato le misure di prevenzione patrimoniale presupponendone il carattere extra-penale.

[295] Per tale ricostruzione, su cui non possiamo qui soffermarci, v. soprattutto V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in M. DONINI-L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 167 ss.

depenalizzazione[296], che avrebbe occupato autorevoli studiosi[297] nella individuazione di criteri razionali di discrimine tra materia penale e amministrativa, nel tentativo di isolare i tratti caratterizzanti le due diverse tipologie di illecito[298]. A seguito di un periodo di latenza, si è assistito a un rinnovato interesse verso tali tematiche, sollecitato *in primis* dall'affermazione del sistema multilivello delle fonti, unitamente a una crescente considerazione da parte della stessa giurisprudenza costituzionale, supportata da recenti esempi provenienti dalla giurisprudenza ordinaria[299].

Ripercorrendo gli itinerari costituzionali, vanno annotate l'indubbia accelerazione e, soprattutto, la crescente sensibilizzazione espresse dalla Consulta in materia, al punto che – a differenza dello scenario pur correttamente registrato sino a pochi anni fa[300] – oggi può dirsi maturata una autonoma declinazione costituzionale della materia penale. Come noto, lo *starting point* di questa celere evoluzione va individuato nella sentenza n. 196 del 2010, in cui veniva accertata la natura di pena in relazione alla confisca del veicolo di cui all'art. 186, co. 2 lett. c) cod. strada[301], con conseguente dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione in commento, nella parte in cui detta confisca era prevista «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale»[302]. La Corte, con un'argomentazione virtuosamente aperta agli influssi del diritto sovranazionale – siccome testimoniato dagli ampi richiami alle sentenze gemelle del 2007 –, rilevava la finalità eminentemente sanzionatoria della misura, mostrandosi consapevole del rischio «che singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla CEDU, nell'escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengano all'ambito penale, possano determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale»[303].

---

[296] Già anteriormente alla legge 24 novembre 1981, n. 689, fulcro della stagione di depenalizzazione, la tematica aveva conosciuto approfondimento negli studi di Pietro Nuvolone che, nel commento alla legge 3 maggio 1967, n. 317 (Modificazioni al sistema sanzionatorio delle norme in tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali), precorreva i tempi, appoggiando con argomentazioni costituzionalmente orientate una concezione sostanziale di pena, rilevante ogniqualvolta il singolo avesse subìto limitazioni nelle proprie libertà fondamentali. In proposito, v. P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 60 ss.

[297] Per tutti, C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, Milano, 1988.

[298] Sul tema, diffusamente, L. MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., spec. 154 ss.

[299] Per esempio, C. app. Bologna, sez. III civile, 9 febbraio 2024, con nota di V. MANES, *La riconversione garantistica dell'illecito para-penale: il concorso mediante omissione dei sindaci nell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato* ex *art. 187* ter *TUF*, in *www.sistemapenale.it*, 15 marzo 2024.

[300] V. MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU*, cit., 544.

[301] Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, con nota di A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2323 ss.

[302] Nel caso di specie, il richiamo all'art. 240 c.p. determinava l'applicazione retroattiva della confisca in commento: un effetto, come evidente, distonico rispetto alla natura di pena, siccome ipotizzata dal giudice rimettente e, quindi, confermata dalla Corte costituzionale.

[303] Corte cost., 4 giugno 2010, cit., § 3.1.4.

Di qui, l'inaugurazione di una nuova nozione, «sempre meno formale e sempre più allargata»[304], che avrebbe dato la stura a un filone giurisprudenziale alimentato negli anni a venire.

Non è questa la sede per soffermarvisi approfonditamente. Nondimeno, preme sottolineare come, dopo alcune incertezze applicative, scandite da alcune pronunce intervenute nel 2017 – rispettivamente, le nn. 43[305], 68[306] e 109[307] – la Corte costituzionale abbia ripreso il proprio percorso[308] (al netto, come visto, del settore '*outsider*' e '*outcast*' delle misure di prevenzione).

---

[304] O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in C.E. PALIERO-S. MOCCIA-G. DE FRANCESCO-G. INSOLERA-M. PELISSERO-R. RAMPIONI-L. RISICATO, (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, 158.

[305] Corte cost., 10 gennaio 2017, n. 43, in *giurcost.org*, con note di A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 15 ss. e M.C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 293 ss. La decisione atteneva alla costituzionalità dell'art. 30, co. 4 legge n. 87 del 1953, che sancisce l'efficacia retroattiva delle sentenze costituzionali di accoglimento, sospettato di illegittimità nella parte in cui irragionevolmente, nella prospettiva del giudice rimettente, limita il 'travolgimento' del giudicato alle sentenze di condanna con le quali viene irrogata una sanzione formalmente etichettata come penale. Con un apparente *revirement* rispetto al 2010, dettato dalla indimostrata asserzione secondo cui una sanzione nel perimetro della *matière pénale* comporterebbe la sola applicazione delle garanzie CEDU, non di quelle costituzionali, la questione di legittimità viene ritenuta infondata in quanto nel sistema della Convenzione non compare una norma analoga all'art. 30, co. 4. In una prospettiva di chiusura, fondata sull'essenziale dualismo tra ordinamenti, la Consulta esclude la violazione dell'art. 7 CEDU, concernente – a tutto voler concedere – i valori di accessibilità e prevedibilità, non certo, a parere dei Giudici, il profilo della rimozione di un giudicato pernicioso. Sulle tre decisioni menzionate, v. in particolare L. MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 8-16.

[306] Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68, in *giurcost.org*, con nota di F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 269 ss. Nel caso di specie, si trattava di verificare la legittimità dell'art. 9 legge n. 62 del 2005, disposizione transitoria che permetteva l'applicazione retroattiva della confisca per equivalente in relazione all'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate. Più dettagliatamente, va rammentato che, all'esito della riforma del 2005, l'*insider trading* conosceva una bipartizione in illecito penale (già prima previsto, art. 184 T.U.F.) e illecito amministrativo (art. 187 *bis* T.U.F.): con riguardo a quest'ultimo, veniva statuita la confisca del prodotto, del profitto e dei beni utilizzati per commetterlo, retroattivamente applicabile altresì – ecco il *punctum dolens* – ai fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della riforma e dalla medesima depenalizzati. Evidenti i problemi in tema di retroattività ove fosse stata ricostruita la natura penale della ipotesi di confisca in commento. Mostrando di volersi discostare dal recente precedente, la Consulta condivide la correttezza dei parametri individuati dall'autorità rimettente e, segnatamente, degli artt. 117 e 25, co. 2 Cost. Nondimeno, la questione veniva rigettata, in quanto – pur presentando la confisca in esame carattere sostanzialmente penale – il complessivo trattamento sanzionatorio (comprensivo di confisca e sanzione amministrativa) sarebbe risultato più mite rispetto al precedente (che, come detto, contemplava una sanzione anche formalmente penale); di qui, l'inammissibilità della questione sollevata. Al di là della fallacia sottesa a detto sviluppo, dovendosi valutare la legittimità costituzionale di una pena *uti singula*, non certo alla luce di improbabili logiche compensative, va comunque sottolineato lo sforzo meritorio della Consulta, che riprende l'approccio sostanzialistico di matrice strasburghese inaugurato con la sentenza n. 196 del 2010.

[307] Corte cost., 5 aprile 2017, n. 109, in *giurcost.org*, con note di F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in questa *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 330 ss. e I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali nella materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 4, 172 ss. La questione di legittimità – parallela a quella decisa con sentenza n. 68 del 2017 – attingeva gli artt. 8 e 9 del D.Lgs. n. 8 del 2016 (Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67) che, nel convertire in illecito amministrativo il delitto di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali per importi non superiori a euro 10.000, disponeva che le sanzioni amministrative previste per i nuovi illeciti depenalizzati si applicassero anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore del decreto, salvo il limite del giudicato. La censura mossa dal giudice *a quo* veniva ancora una volta ritenuta inammissibile, in quanto il parametro evocato sarebbe stato erroneamente individuato nell'art. 25, co. 2 Cost., ove, per contro, al fine di valorizzare i criteri *Engel*, si sarebbe dovuto imprescindibilmente fare riferimento all'art. 117 Cost.

[308] Significativa, in materia di *ne bis in idem* – contesto nel quale è all'evidenza cruciale il corretto impiego, a fini garantistici, di una nozione sostanziale di materia penale – Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, con note, *ex plurimis*, di

Fondamentale – per le conclusioni cui perviene – appare la sentenza n. 32 del 2020[309] che rompeva la monotonia dell'orientamento, sino a quel momento consolidato, per cui «sia per la natura giuridica degli istituti, sia per il significato complessivo della normativa citata […] va ribadito che il principio di irretroattività delle norme penali si applica solo per le pene inflitte dal giudice della cognizione, ma non anche per le misure alternative alla detenzione stabilite dal giudice di sorveglianza e per ogni altra modalità esecutiva della pena»[310]. Sullo spartito dettato in materia dalla sentenza *Del Rio Prada c. Spagna*[311], la Consulta estende i confini della materia penale alle misure alternative alla detenzione per superare l'approccio esasperatamente formalistico[312], in base al quale dette misure sarebbero sottostate alla regola del *tempus regit actum*, determinando in capo al condannato evidenti effetti retroattivi *in malam partem*. La criticità era tangibile con riguardo alla riforma c.d. *Spazzacorrotti*: la stessa interveniva sul testo dell'art. 4 *bis* o.p., allargando il novero dei reati 'ostativi' a numerose fattispecie di delitti contro la P.A. e senza prevedere alcun regime intertemporale, con la conseguenza che i condannati per tali tipologie delittuose non avrebbero potuto accedere ai benefici penitenziari se non dopo aver 'collaborato' con l'autorità giudiziaria. Si badi: non soltanto i soggetti condannati in via definitiva dopo la entrata in vigore della riforma, ma altresì i soggetti condannati con sentenza già anteriormente passata in giudicato[313].

Un esito, per certo, non prevedibile neppure dal più accorto dei consociati, al netto di capacità divinatorie. Come adeguatamente sottolineato dal primo rimettente – in adesione a osservazioni già sviluppate in seno alla dottrina a prima lettura della legge *Spazzacorrotti*[314] –, tale interpretazione non

---

L. CARRARO, *La Consulta dichiara la parziale illegittimità dell'art. 649 c.p.p. per violazione del* ne bis in idem *in materia di diritto d'autore: la natura "ectoplasmatica" del test di* close connection, in *Arch. pen.*, 2023, 1; S. LONATI, *L'incostituzionalità del sistema di "doppio binario" in materia di diritto d'autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del* ne bis in idem*?*, in *Media Laws*, 2022, 3; N. RECCHIA, *L'ennesima stagione del* ne bis in idem *nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo* ubi consistam *processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 4, 1676 ss.; S. SEMINARA, *Il divieto di* bis in idem*: un istituto inquieto*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 11, 1381 ss.; nonché, volendo, J. DELLA VALENTINA*, Il paradigma del* ne bis in idem *tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e* overlapping protection, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2022, 3, 219 ss.

[309] Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, in *giurcost.org*, con nota di V. MANES-F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *www.sistemapenale.it*, 23 marzo 2020.

[310] Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2006, n. 24561.

[311] Corte EDU, GC, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, con nota di F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 30 ottobre 2013.

[312] Al punto da guadagnarsi, in dottrina, la evocativa definizione di "bizantinismo classificatorio": così G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 326.

[313] In tema, cfr. G.L. GATTA, *Art. 4*-bis *o.p. e legge* 'spazzacorrotti*': possibile, dopo la decisione della Consulta, e prima del relativo deposito, la sospensione degli ordini di carcerazione per i fatti pregressi?*, in *www.sistemapenale.it*, 17 febbraio 2020.

[314] In ragione della applicazione dell'art. 656, co. 9 c.p.p., che avrebbe determinato la triste conseguenza del c.d. "assaggio di pena", impedendo la sospensione dell'ordine di esecuzione.

incideva unicamente sulle modalità esecutive, riverberandosi qualitativamente sulla natura stessa della misura sanzionatoria, che da alternativa alla reclusione si trasformava in detentiva, «mortificando le più intime e basilari istanze del giusto processo e, a monte, lo stesso principio di certezza del diritto, di cui è proiezione il principio di affidamento»[315]. Nell'accogliere la questione, la Corte mostra – peraltro ricomprendendo tra i parametri rilevanti il principio di prevedibilità[316] – di raccogliere il frutto maturo di quanto elaborato *in nuce* un decennio prima. La materia penale non brilla più soltanto della luce riflessa dell'art. 117 Cost., assurgendo a pieno titolo a categoria (anche) nazionale: prova ne sia che il parametro costituzionale ritenuto violato venga individuato nell'art. 25, co. 2 Cost.[317]. Del resto, difficilmente potrebbe affermarsi che il radicale mutamento qualitativo subìto dalle modalità esecutive a seguito delle modifiche introdotte all'art. 4 *bis* o.p. per effetto della legge *Spazzacorrotti* esuli dalla nozione di 'pena' e, più in generale, di 'materia penale' siccome rilette alla luce degli insegnamenti di ascendenza convenzionale. Poiché, se è indubbio che una rigida estensione del principio di irretroattività a ogni misura dell'esecuzione penitenziaria rischierebbe di portare a un ingovernabile *maquillage* di regimi esecutivi paralleli, allorquando si assista a «una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato [va affermata la] piena operatività delle *rationes*, poc'anzi rammentate, che stanno alla base del divieto di applicazione retroattiva delle leggi che aggravano il trattamento sanzionatorio previsto per il reato»[318].

---

[315] Cfr. V. MANES, *L'estensione dell'art. 4*-bis *ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 116, il quale riprende, a propria volta, O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999, 232 ss., nella parte in cui l'Autore riconosce nell'affidamento un "limite alla libertà del legislatore di agire retroattivamente", piuttosto che un "limite all'efficacia di singole norme retroattive".

[316] In adesione a un virtuoso, seppur minoritario, orientamento di legittimità secondo cui «l'avere il legislatore cambiato *in itinere* le "carte in tavola" senza prevedere alcuna norma transitoria» presenterebbe «tratti di dubbia conformità con l'art. 7 CEDU e, quindi, con l'art. 117 Cost., là dove si traduce […] nel passaggio – "a sorpresa" e dunque non prevedibile – da una sanzione patteggiata "senza assaggio di pena" ad una sanzione con necessaria incarcerazione» (Cass. pen., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541).

[317] V. MANES-V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, 311 ss., evidenziano come l'art. 117 Cost., nonostante le potenzialità "*multitasking*", debba preferibilmente essere invocato soltanto laddove non rilevino violazioni di altri parametri costituzionali. In quest'ottica, ecco che assume rilievo la carica espansiva di disposizioni come, nel nostro caso, l'art. 25, co. 2 Cost., intese in direzione convenzionalmente orientata, risultandone valorizzata la intrinseca tendenza espansiva (come già avvenuto con Corte cost. 26 maggio 2010, n. 196, precedentemente trattata).

[318] Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, cit., § 4.3.3. E ancora: «Ciò si verifica, paradigmaticamente, allorché al momento del fatto fosse prevista una pena suscettibile di essere eseguita "fuori" dal carcere, la quale – per effetto di una modifica normativa sopravvenuta al fatto – divenga una pena che, pur non mutando formalmente il proprio *nomen iuris*, va eseguita di norma "dentro" il carcere. Tra il "fuori" e il "dentro" la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa. La pena da scontare diventa qui un *aliud* rispetto a quella prevista al momento del fatto; con conseguente inammissibilità di un'applicazione retroattiva di una tale modifica normativa, al metro dell'art. 25, secondo comma, Cost.
E ciò vale anche laddove la differenza tra il "fuori" e il "dentro" si apprezzi in esito a valutazioni prognostiche relative, rispettivamente, al tipo di pena che era ragionevole attendersi al momento della commissione del fatto, sulla base della legislazione allora vigente, e quella che è invece ragionevole attendersi sulla base del mutato quadro normativo. Proprio la giurisprudenza statunitense cui si è fatto poc'anzi riferimento (*supra*, 4.2.4.) mostra non a caso come – ai fini della verifica del carattere deteriore della modifica normativa sulla concreta vicenda esecutiva – non possa prescindersi da una valutazione prognostica circa la creazione, da parte della legge sopravvenuta, di un serio rischio che il condannato possa

6.2. Il secondo pilastro: la prevedibilità delle decisioni giudiziali

La tutela del singolo sul piano intertemporale viene assegnata nel contesto della Convenzione europea ai parametri di accessibilità e prevedibilità, valori entrambi che mirano ad assicurare, in estrema sintesi, che per il fatto addebitato all'individuo esista al momento del compimento dello stesso una idonea 'base legale' e che al momento del giudizio questa soltanto – non altre, non questa 'aggiornata' da *mutationes libelli* successivamente intervenute – costituisca lo strumento qualificatorio nella disponibilità dell'interprete.

L'accessibilità e la prevedibilità, pur accompagnandosi vicendevolmente nei giudizi della Corte di Strasburgo[319], conservano un'autonomia concettuale, guadagnata sin dalla risalente sentenza *Sunday Times c. Regno Unito*[320]. E se la prima viene più tipicamente raccordata alle fonti di matrice legislativa o, comunque, scritta – interessando un accettabile livello di diffusione e pubblicità di un atto normativo, al metro del quale misurare (e pretendere) il dovere di conoscenza dell'agente[321] – al parametro della prevedibilità vengono indistintamente ricondotte la legge positiva e la sua interpretazione. Secondo la *ratio decidendi* tipica di Strasburgo, non è affatto anomalo che il diritto positivo presenti margini di vaghezza e, anzi – lasciando la parola alla Corte –, «*however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation*»[322]. Altrimenti detto, a mutare rispetto al paradigma continentale – e di qui la ritenuta incomunicabilità tra sistemi sostenuta da molte voci in dottrina – è la stessa concezione dell'interpretazione, che si assume pacificamente creatrice. Il giudice ha voce in capitolo nella definizione del precetto, assumendo un ruolo verticistico nel panorama delle fonti[323].

Il che, si potrebbe osservare, in nulla si discosta rispetto alla quotidianità della nostra realtà applicativa.

Vero, ma solo se volessimo rimanere appagati dalla sostanza. Poiché, quanto alla forma, si è già a più riprese ricordata la fermezza della giurisprudenza italiana, posta innanzi all'affronto di chi l'additi come *ghost writer* di nuovo diritto, nel ribadire la valenza soltanto dichiarativa della propria attività. Ritornando a Strasburgo, è allora evidente che l'aperto riconoscimento del ruolo produttivo

---

essere assoggettato a un trattamento più severo di quello che era ragionevolmente prevedibile al momento del fatto, in termini di minore probabilità di accesso a modalità extramurarie di esecuzione della sanzione».

[319] V. MANES, *Art. 7*, cit., 279.

[320] Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. n. 13166/87.

[321] Corte EDU, 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG et al. C. Svizzera*, ric. n. 12726/87, § 68.

[322] Corte EDU, GC, *Vasiliauskas c. Lituania*, cit., § 155.

[323] V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, 101. Diffusamente, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, *passim*.

dell'interprete implica una formale copertura garantistica del consociato contro l'attività (non solo del diritto positivo, ma anche) del diritto giurisprudenziale. Insomma, Strasburgo e Roma (da Palazzo Spada a Palazzo della Consulta) sembrano sotto tale profilo agli antipodi geografici: dove per la prima l'interpretazione creatrice e il correlato presidio riflettono la luce del giorno, nella seconda questi stessi restano intrappolati nel cono d'ombra della notte.

Eppure ci sono, ma *si vuole che non si vedano*. Si tratta solo di portarli alla luce anche lì.

Nel panorama della CEDU, la prevedibilità offre pertanto una tutela ad ampio raggio, suscettibile di interessare sia il diritto positivo, sia il diritto giurisprudenziale, con un oggetto senz'altro più esteso di quello assunto dall'art. 2 c.p. Una tutela irrinunciabile, ove si ambisca a una legalità 'presa sul serio'[324], sensibile ai casi di retroattività occulta che l'attività interpretativa necessariamente innesca[325]. A un più vasto palcoscenico di attori legittimati a creare diritto deve corrispondere una garanzia in grado di salvaguardare il singolo dalle creazioni di ciascuno di questi. Il giudice amplia, restringe, fors'anche sfilaccia la trama della legge positiva, purché la sua attività sia ragionevolmente prevedibile. Continuando a 'saccheggiare' le preziose parole della Corte di Strasburgo, va rilevato come si prenda atto dell'incessante lavorio interpretativo che si sedimenta su di un testo, in quanto «[t]here will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances […] Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen»[326].

6.2.1. L'andamento rapsodico della Corte EDU: 'imprevedibilità della prevedibilità'

Ma cosa è prevedibile? O, più correttamente, dove si colloca il confine tra soluzione giuridica prevedibile e non "ragionevolmente prevedibile"? Affermiamo convintamente che, allo stato attuale, la criticità principale che può muoversi a detta garanzia è la estrema volubilità nella sua applicazione, al punto da essersi guadagnata, in seno alla dottrina, una considerazione al plurale: non esiste una prevedibilità, bensì molteplici prevedibilità[327], a seconda di come la garanzia venga fatta valere nella prassi giurisprudenziale della Corte EDU. A differenza di quanto di frequente si sostiene, non

[324] R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.
[325] V. VALENTINI, op. cit., 105: «Nella natura stessa dell'attività interpretativa, a bene guardare, si annida sempre un *ineliminabile* effetto retroattivo "indiretto" e "occulto", considerato che il giudice del giudizio stabilisce, *ora per allora*, significato, contenuto e 'confini' di una disposizione».
[326] Corte EDU, GC, *Valisiauskas c. Lituania*, *ibidem*.
[327] Emblematico il titolo del lavoro di C. SOTIS, *"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu*, cit.

costituisce un arretramento delle garanzie il parametro di prevedibilità in sé (anzi, ci sembra innegabile la sua carica espansiva), quanto la sua 'inaffidabilità' applicativa[328], rimessa di volta in volta alla discrezionalità della Corte. In tale prospettiva, non può non concordarsi con quanti affermano che tale – sia consentito – 'imprevedibilità della prevedibilità' dipenda strettamente dalla incostanza dei parametri prescelti a Strasburgo al fine di valutarne la violazione[329]. Nonostante nelle motivazioni delle decisioni *sub* art. 7 CEDU la prevedibilità appaia sovente filtrata attraverso un duplice *test*, alla luce del quale verificare l'esistenza di una base legale e la coerenza nella sua applicazione[330], lo scenario giurisprudenziale appare assai più frastagliato, potendosi ricondurre le decisioni che si sono interrogate sul rispetto del principio di prevedibilità quantomeno a tre distinte categorie[331].

Comune a tutte appare – indubbiamente – un vaglio preliminare circa la tecnica di compilazione del diritto positivo, ove esistente, e lo stato dell'arte giurisprudenziale sullo stesso sedimentatosi. Quanto meno preciso si presenta originariamente il precetto, tanto più laboriosa dovrà farsi l'opera ermeneutica dei giudici, al fine di ricostruire i confini del tipo criminoso interessato. Nondimeno, ciò va ulteriormente coordinato con la esplicita funzione nomopoietica dell'interprete, tale per cui anche una disposizione gravemente carente nella sua oggettività potrebbe trovare dettagliata elaborazione in seno alla giurisprudenza[332]. D'altro canto, neppure il ruolo – più o meno preponderante nella formazione del precetto – che ciascuno dei due formanti rivestirà può essere pronosticato a priori: se, da un lato, è indubbio che innanzi a una base legale di diritto positivo gravemente deficitaria l'indagine dei giudici strasburghesi nei confronti della giurisprudenza debba farsi più rigorosa (*De Tommaso c. Italia docet*); da un altro lato, non è meno vero che anche in presenza di una disposizione normativa soddisfacente in punto di tipicità-determinatezza (a voler ragionare con categorie

---

[328] Parla di parola "a *pericolosità crescente*" L. STORTONI, *Prevedibilità*, in G. MANNOZZI-C. PERINI-M. SCOLETTA-C. SOTIS-S. TAVERRITI (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 1749 ss.

[329] V. VALENTINI, op. cit., 138: «*più si allarga* il ventaglio dei parametri di cui tener conto, *più si restringono* le possibilità di censurare l'epilogo ermeneutico, considerandolo "ragionevolmente imprevedibile". E viceversa».

[330] Per esempio, Corte EDU, 24 marzo 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88, § 52: «The Court points out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable».

[331] In questo senso v., soprattutto, S. DE BLASIS, Oggettivo, soggettivo *ed* evolutivo *nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 4, 132 ss.

[332] Circostanza, non ci stanchiamo di ripetere, ricorrente altresì all'interno del sistema nazionale, sebbene strenuamente rinnegata a vantaggio di una concezione illusoriamente dichiarativa delle letture interpretative. Come a più riprese illustrato, tale patologia trova, sul piano nazionale, autonoma soluzione nella proposizione di questione di legittimità costituzionale per difetto di determinatezza.

nazionali) la valutazione debba riversarsi sulla elaborazione giurisprudenziale, che spesso, sfruttando l'inanità del divieto di analogia, sposa soluzioni non concesse dalla *littera legis*[333].

Il punto è che la predetta valutazione non si arresta ad un'analisi squisitamente incentrata sulla qualità del precetto (di diritto positivo o di formazione pretoria): meglio, *non sempre* si arresta, rinvenendosi tanto decisioni che ritengono bastevole una tale analisi, quanto decisioni che si spingono oltre. Orbene, tale asimmetria valutativa potrebbe trovare giustificazione allorquando i criteri nella disponibilità della Corte venissero applicati coerentemente: eppure, uno sguardo alla giurisprudenza di Strasburgo in punto di prevedibilità provocherebbe il disorientamento anche dell'osservatore più aperto a soluzioni, per così dire, *fuzzy*.

6.2.2. L'impiego del (solo) criterio oggettivo: diritto positivo retroattivo, mutamenti e contrasti giurisprudenziali

Talora la Corte si attiene effettivamente alle proprie premesse di principio[334] e si limita ad accertare il rispetto del principio dal punto di vista oggettivo dell'idoneità della base legale. Del resto, anticipando quanto verrà sviluppato nei paragrafi che seguono, un'analisi dei criteri ulteriori dovrebbe risultare superflua, una volta acclarata l'insussistenza di una valida base legale al tempo del fatto dell'agente, specie alla luce di una concezione della prevedibilità come espressione dinamica di un livello minimo di affidamento del consociato nelle strutture ordinamentali.

In effetti, sembra potersi osservare nei tracciati giurisprudenziali degli ultimi anni una certa sensibilizzazione verso predetta logica. Peraltro, non è irrilevante segnalare come tale tendenza sia testimoniata non soltanto da ipotesi di violazione dell'art. 7 CEDU da parte di norme di diritto

[333] Emblematico, una volta di più, il caso – attualmente al vaglio della Corte EDU – relativo al perimetro oggettivo dell'art. 615 *ter* c.p. La fattispecie in esame, come noto, si limita a sanzionare l'introduzione o il trattenimento abusivi all'interno di un sistema informatico, inequivocabilmente riferendosi – ci pare – alle ipotesi di *hackeraggio*, poste in essere da soggetti originariamente non autorizzati all'ingresso, che ne forzino le modalità. Per contro, la giurisprudenza ha gradualmente ampliato la portata applicativa dell'art. 615 *ter* c.p., estendendolo – dapprima – ai casi in cui il titolare delle credenziali accedesse al sistema in violazione delle prescrizioni impartite dal titolare dello stesso (Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 4694, *Casani*); quindi persino al titolare delle credenziali che, ancorché rispettando dette prescrizioni, accedesse al sistema perseguendo finalità altre rispetto a quelle per cui sarebbe stato legittimato all'accesso (Cass. pen., Sez. Un., 18 maggio 2017, n. 41210, *Savarese*): ipotesi entrambe che, ci pare, a fatica rientrano nel campo semantico della *littera legis* della fattispecie in commento ("chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico").

[334] Cfr. *supra*, nt. 330.

positivo estremamente vaghe[335] o esplicitamente finalizzate a retroagire[336] – certo di più immediata evidenza – ma altresì da illeciti interpretativi di matrice giurisprudenziale[337].

In *Plechkov c. Romania*[338], per esempio, un pescatore bulgaro veniva condannato a pena detentiva per avere esercitato la pesca nella zona economica esclusiva della Romania nel Mar Nero. L'accusa si basava, in particolare, sulla legge rumena attuativa della Convenzione di Montego Bay, ai sensi della quale il limite massimo delle acque su cui uno Stato può istituire la propria zona economica esclusiva si estende sino a 200 miglia. La disposizione era entrata in vigore all'inizio del 2002 in sostituzione della precedente, che individuava in 24 miglia il predetto limite: di qui la condanna del ricorrente, che al momento del fatto si sarebbe trovato a 29 miglia dalle coste rumene. Per contro, l'interessato faceva constare la mancanza di un accordo sul punto tra Romania e Bulgaria, oltre al fatto che la disposizione di nuovo conio non avrebbe fissato che il limite massimo di estensione delle acque territoriali possibile, senza definire quello in concreto rilevante[339]. La Corte EDU riconosceva la fondatezza del ricorso, rilevando l'inconferenza della disposizione invocata ma, soprattutto, la conseguente imprevedibilità della interpretazione fornita dai giudici rumeni[340], anche perché non

---

[335] Corte EDU, 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*, ric. n. 12157/05.

[336] Per esempio, Corte EDU, 3 dicembre 2019, *Parmak e Bakir c. Turchia*, cit. Dal medesimo tenore ci pare poi il caso che ha portato al parere espresso dalla Corte EDU, all'esito dell'attivazione del nuovo meccanismo di cui al Protocollo n. 16 della Convenzione, in data 29 maggio 2020. Più specificamente, la Corte costituzionale armena ha interessato i giudici di Strasburgo della dubbia compatibilità dell'art. 300 codice penale armeno del 2009 con l'art. 7 CEDU, con precipuo riguardo al principio di prevedibilità. Il quesito muoveva dall'imputazione elevata a carico dell'ex presidente dell'Armenia, Robert Kocharyan, per eversione dell'ordine costituzionale in relazione a fatti risalenti al 2008 e ricondotti a una fattispecie entrata in vigore in epoca successiva. Il codice penale armeno vigente fino al 2009 – al pari di quello attuale –, al precedente art. 300 disciplinava l'usurpazione di potere: di qui, la necessità di verificare quale, tra i due regimi, risultasse più favorevole, posto che, ove il nuovo art. 300 fosse risultato più severo sarebbe risultato inammissibilmente retroattivo. Sul tema, cfr. S. GIORDANO, *La ragionevole prudenza della Corte Edu: tra prevedibilità e accessibilità del precetto. Considerazioni a caldo sul parere della Corte (CEDH 150) del 29.05.2020*, in *www.giustiziainsieme.it*, 10 settembre 2020; F. VITARELLI, *Il nuovo meccanismo del Protocollo 16: un "rinvio pregiudiziale convenzionale" per rafforzare il dialogo con la Corte EDU?*, in *www.sistemapenale.it*, 18 novembre 2019.

[337] Oltre ai casi menzionati nel testo, Corte EDU, 24 maggio 2007, *Dragotoniu e Militaru-Pidhorni c. Romania*, ric. nn. 77193/01 and 77196/01; Corte EDU, 19 febbraio 2021, *Pantalon c. Croazia*, ric. n. 2953/14; Corte EDU, 5 marzo 2018, *Navalnyye c. Russia*, ric. n. 101/15: su quest'ultima nonché, più in generale, sulla complessiva "saga Navalny", v. A. BERNARDI, *Il caso* Navalny *alla Corte EDU e la parabola della Russia nel Consiglio d'Europa*, Torino, 2024, 57 ss.

[338] Corte EDU, 16 febbraio 2015, *Plechkov c. Romania*, cit.

[339] In effetti, l'interpretazione fornita dai giudici rumeni appariva manifestamente *contra legem*, atteso che la disposizione in esame al comma 2 disponeva – a nostro modo di vedere: chiaramente – che «[…] *l'étendue de la zone économique exclusive de la Roumanie* sera déterminée par le biais d'une délimitation à effectuer par voie d'accords conclus avec les États voisins *dont les côtes sont adjacentes ou font face aux côtes roumaines, sachant qu'en vertu de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, ratifiée par la Roumanie par la loi no 110/1996, la largeur maximale de la zone économique exclusive peut aller jusqu'à 200 milles marins, calculés à partir des lignes de base prévues à l'article 2*» (enfasi nostai). Con il che, l'assenza in concreto di un accordo tra Romania e Bulgaria determinava una *lacuna legis*, per certo non colmabile per via interpretativa sostenendo che la zona economica esclusiva fosse pari a 200 miglia, valore inequivocabilmente individuato come limite massimo astratto, non alla stregua di un indice sussidiario, come invece inteso dai giudici nazionali.

[340] Corte EDU, *Plechkov c. Romania*, cit., § 71: «*l'article 9 de la loi no 17/1990, telle que modifiée par la loi no 36/2002, en vigueur au moment des faits – et que les tribunaux ont dû substituer d'office, pour examiner la question de la culpabilité du requérant, à la base légale obsolète retenue par l'acte d'accusation – ne fixait pas avec la précision nécessaire la largeur de la zone économique exclusive roumaine. En outre, la détermination de « l'étendue » de la zone économique*

sostenuta da alcun precedente conforme. Una valutazione – come evidente – oggettivamente circoscritta al panorama giuridico, positivo e giurisprudenziale, e purtuttavia sufficiente a dimostrare la consumata violazione dell'art. 7 CEDU.

Ancora più significativi, per gli insegnamenti che possono trarsi, ci paiono i casi *Ĵaja c. Croazia*[341] e *Contrada c. Italia*[342], quest'ultimo 'contaminato' e – per l'effetto – talora travisato nella sua essenza da una babelica inflazione di strascichi dottrinali e giurisprudenziali[343].

In *Ĵaja c. Croazia*, il ricorrente operava in un contesto giurisprudenziale nebuloso, in quanto la rilevanza[344] della sua condotta – consistente nel circolare su territorio croato come cittadino croato residente in Stato estero con un autoveicolo senza aver versato la corrispondente tassa di circolazione – ruotava intorno alla interpretazione del vocabolo '*resident*', ricondotto nella esperienza giurisprudenziale croata a due significati opposti[345], con altrettanto opposte conseguenze giuridiche (integrazione delle condizioni soggettive per la perpetrazione dell'infrazione o meno). I Giudici alsaziani, una volta constatato che «*the wording of the relevant provision, and particularly its official translation into Croatian, gives rise to uncertainty and ambiguity*», procedeva alla usuale ricognizione del *case-law* rilevante, al fine di verificare «*whether the meaning of the term "persons resident" in the text of Article 5 of Annex C to the Istanbul Convention was elucidated through an interpretation by the domestic authorities*» (§§ 97-98). E proprio la profondità del conflitto giurisprudenziale in atto induceva i Giudici a concludere per l'assenza di una idonea base legale, in quanto un soggetto non avrebbe potuto comprendere se una condotta del tipo di quella contestata fosse lecita o meno. In fondo, «*no person should be forced to speculate, at peril of conviction, whether*

---

exclusive était dévolue expressément par le même article à un accord qui devait être conclu entre la Roumanie et les États aux côtes adjacentes ou faisant face aux côtes roumaines, dont la Bulgarie. La Cour considère qu'une telle disposition ne pouvait raisonnablement passer pour être d'application prévisible, en l'absence d'accord conclu avec la Bulgarie, ou de tout autre élément susceptible de permettre au requérant d'adapter son comportement».

[341] Corte EDU, 4 gennaio 2017, *Žaja c. Croazia*, ric. n. 37462/09.

[342] Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ric. n. 66655/13.

[343] Su tutti, il tema processuale dei cc.dd. 'fratelli minori', unitamente alla discussa natura 'non pilota' di detta decisione, tematiche affrontate dalla Suprema Corte nel suo massimo consesso (Cass. pen., Sez. Un., 3 marzo 2020, n. 8544, *Genco*, con nota di P. MAGGIO, *La prevedibilità 'col vestito di carta': le Sezioni unite escludono la portata generale della sentenza Contrada contro Italia n. 3*, in *Cass. pen.*, 2020, 6, 2277 ss.).

[344] Peraltro, il caso di specie originava da un procedimento formalmente amministrativo, che la Corte riteneva di ricondurre alla *matière pénale*, considerando la finalità deterrente della sanzione, peraltro alquanto afflittiva (§ 89).

[345] Più specificamente, la Convenzione di Istanbul sull'ammissione temporanea di beni e merci del 1990 dispone le condizioni alle quali un soggetto che trasporti beni all'interno di uno Stato sia esente da tassazione, individuando nell'ambito di tali ipotesi (art. 5, lett. b Annex C) mezzi di trasporto ad uso privato registrati in territorio estero a nome di un soggetto stabilito o '*resident'* in territorio estero. In proposito, numerose pronunce aderivano all'orientamento secondo cui '*resident'* sarebbe coinciso con la nozione croata di '*domicile'*, ossia stabile permanenza in territorio croato, la quale non viene meno nel caso in cui un soggetto, anche per diversi anni, lavori e viva all'estero (§§ 33-34). Altre pronunce ritenevano, all'opposto, che '*resident'* significasse 'soggetto dotato di dimora abituale' (§ 51). Come conseguenza, applicando il primo orientamento, il ricorrente – di nazionalità croata, ma che da anni viveva in Repubblica Ceca – non si sarebbe dovuto considerare '*resident in a territory other than that of temporary admission'*, rimanendo pertanto doveroso il pagamento della tassa di circolazione. Per converso, in applicazione del secondo orientamento, il Signor Ĵaja risultava '*resident'* in Repubblica Ceca, rientrando nella esenzione di cui all'art. 5, lett. b.

his or her conduct is prohibited or not, or to be exposed to unduly broad discretion of the authorities, in particular if it was possible, either by drafting legislation in more precise terms or through judicial interpretation, to specify the relevant provision in a way that would dispel uncertainty» (§ 105).

Non abbisogna di contestualizzazioni il caso *Contrada*, nell'ambito del quale, parallelamente, la protratta coesistenza di opposti orientamenti di legittimità, che all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente rispettivamente rinnegavano ovvero affermavano la configurabilità del delitto di concorso esterno in associazione mafiosa, avevano impedito la corretta formazione di una base legale almeno fino al 1994, con la sentenza *Demitry* (§§ 69-76). A nulla rilevava l'elevatissimo profilo professionale del ricorrente (capo dei servizi segreti e del SISDE e, come tale, tra i *public servants* forse massimo conoscitore del fenomeno mafioso), in quanto veniva riscontrato un più radicale difetto di tipicità, tale da rendere superflua una soggettivizzazione del giudizio di prevedibilità. Come correttamente rilevato in dottrina[346], nemmeno se per assurdo il ricorrente fosse stato uno dei giudici estensori delle decisioni che, in epoca anteriore alla sentenza *Demitry*, avevano affermato la sussistenza del concorso esterno la Corte avrebbe potuto affermare il rispetto della garanzia in commento. Contrada teneva una condotta che, per quanto deprecabile e carica di disvalore, al tempo *non poteva considerarsi reato* e ciò era addebitabile in via esclusiva a una 'indecisione' degli organi statuali deputati – seppur non istituzionalmente, trattandosi del formante giudiziale – a riconoscerne la configurabilità: di qui la responsabilità esclusiva dello Stato, non del singolo, essendo la regola di condotta «ancora vuota, incerta, imprecisa, o peggio, ancora *in fieri*»[347].

Nonostante permanga una patina di scetticismo in ragione dell'incostanza dei criteri applicati e, conseguentemente, degli esiti cui la Corte perviene (v. *infra*, par. 6.2.5.), non può non rilevarsi l'accresciuta sensibilità acquisita dai giudici di Strasburgo verso i casi di retroattività – più o meno occulta – di matrice legislativa e giurisprudenziale portati all'attenzione del sistema CEDU. Poco più di dieci anni fa, un esame ricognitivo delle pronunce *sub* art. 7 CEDU avrebbe restituito un'immagine debole della prevedibilità, fiaccata da un predominio di sentenze di rigetto, sovente mosse da chiaroscurali istanze di giustizia perequativa[348]. Intendiamo, nondimeno, andare oltre il mero dato numerico, per fare luce sui *contesti* in occasione dei quali è affiorata una violazione del principio di prevedibilità. Basta poco per rilevare come abbiano conosciuto la censura di 'inconvenzionalità' non soltanto casi più o meno macroscopici di disposizioni di diritto positivo applicate ora per allora ovvero

---

[346] C. SOTIS, op. cit., § 3.2.

[347] M. DONINI, op. ult. cit., 362. In senso critico verso la sentenza *Contrada*, con diversità di toni, G. AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, cit.; F. PALAZZO, *La sentenza* Contrada *e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 9, 1061 ss.; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 46 ss.

[348] V. VALENTINI, op. cit., 145;

di mutamenti giurisprudenziali, ma altresì di conflitti, la cui idoneità a ledere la legalità appare ancora profondamente discussa tra dottrina e giurisprudenza.

Il che, quantomeno, dovrebbe far dubitare circa una valutazione negativa 'a tuttotondo' della prevedibilità, specie se raffrontata alle garanzie che, in relazione ai medesimi fenomeni, riesce ad apprestare l'ordinamento nazionale.

6.2.3. L'esperienza dell'agente e il *legal advice* come fattori di esclusione della imprevedibilità (nei *mala quia vetita*)

Di frequente, la uniformità del criterio oggettivo-formale viene annacquata da valutazioni di carattere soggettivo che, facendo leva sulle *skills* possedute dal ricorrente, pervengono a giustificare la legittimità di una sentenza di condanna qualificabile come *overruling*, *revirement*, o persino caso nuovo, proprio in quanto prevedibile da un soggetto esperto al pari dell'interessato. Interessa relativamente la presenza o meno di una base legale: per contro, la prevedibilità viene misurata in una prospettiva strettamente soggettivizzante, per mezzo di un serrato confronto tra lo *status* del ricorrente e un agente modello particolarmente qualificato. Il che – come già evidenziato in seno alla parallela critica mossa al trattamento riservato dalla Corte costituzionale alla conoscibilità dei reati artificiali[349] – si traduce in uno smisurato ampliamento del debito informativo-conoscitivo richiesto all'agente, con l'effetto di ricostruire processualmente un elemento psichico doloso che, in verità, del dolo ha molto poco[350].

L'esempio più risalente e celebre si rinviene nella sentenza *Groppera Radio c. Svizzera*[351], ove venne riconosciuta la prevedibilità della decisione giudiziale anche a fronte di un testo di legge non ancora pubblicato, ma ritenuto accessibile in ragione della professione svolta dai ricorrenti (operanti nel settore delle telecomunicazioni). Più nel dettaglio, la base legale era identificata in una ordinanza del Consiglio Federale Elvetico del 1983, in materia di trasmissioni radiofoniche internazionali, attinente alla regolamentazione della corrispondenza via telegrafo o telefono e, segnatamente, delle licenze per la installazione di antenne, dal cui mancato rispetto sarebbe conseguita l'integrazione di un reato. I ricorrenti lamentavano una violazione dell'art. 7 CEDU, ritenendo la suddetta fonte (oltre che inapplicabile, poiché derivante dal diritto internazionale e, dunque, diretta soltanto allo Stato)

[349] Cfr. *amplius* A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni*, cit., 283 ss.

[350] Una vistosa eccezione alla tendenza a valorizzare la posizione soggettiva dell'agente si registra in Corte EDU, 12 febbraio 2007, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02, nella quale veniva ritenuta la violazione dell'art. 7 CEDU sulla base di valutazioni eminentemente oggettive (il fatto che la sentenza di condanna costituisse un *overruling in malam partem*; l'ambiguità della fattispecie incriminatrice) nonostante il contesto interessato (quello degli illeciti edilizi, notoriamente caratterizzato, anche nella giurisprudenza italiana, da un estremo rigore interpretativo).

[351] Corte EDU, 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG e a.c. c. Svizzera*, ric. n. 12726/87.

inaccessibile per i cittadini poiché inedita all'epoca dei fatti. Ciononostante, la Corte confermò la prevedibilità della condanna, valorizzando la 'intraneità' dei ricorrenti, appartenenti a una società commerciale del settore e, come tali, in grado di regolare di conseguenza il tenore delle proprie condotte[352].

Analogamente, in *Soros c. Francia*[353], la Corte EDU riconobbe la responsabilità del ricorrente, nonostante l'indeterminatezza della disposizione incriminatrice, in quanto ritenuto «familier du monde des affaires et habitué à être contacté pour participer à des projets financiers de grande envergure» (§ 59). Condannato per *insider trading*, Soros interessava la Corte di Strasburgo della propria vicenda, rilevando che la fattispecie incriminatrice vigente all'epoca dei fatti avrebbe ricompreso entro il proprio perimetro applicativo la condotta dell'*insider* primario e non – come nel caso di specie – di un soggetto terzo rispetto alla società detentrice delle informazioni privilegiate, tanto più che, sul punto, non esisteva giurisprudenza che autorizzasse quest'ultima soluzione. Nondimeno, una tale aridità normativa – pur riconosciuta dai giudici sul punto – non avrebbe impedito a un "investitore istituzionale" quale il ricorrente di percepire il disvalore sotteso alla propria condotta e che, pertanto, la scelta di investire in titoli bancari sarebbe potuta ricadere nell'ambito applicativo della summenzionata fattispecie.

Come realisticamente dimostrano i casi ora richiamati, detta chiave di lettura – che pur ha trovato plauso anche in seno alla dottrina italiana – rischia di svilire la prevedibilità a mero simulacro, in concreto giammai efficace. Se appare incontestabile il merito da riconoscersi a una interpretazione propensa a privilegiare la posizione dell'agente, non disdegnando di immergersi nella concretezza della prassi, tale virtù si esplica solamente in astratto, considerato il *quomodo* di applicazione del criterio soggettivo. È agevole constatare che la posizione dell'agente – valutata come particolare esperienza in relazione alle dinamiche che governano un determinato settore – venga valorizzata dalla Corte quasi esclusivamente *in malam partem*[354], al solo fine di statuire la legittimità di un'opzione interpretativa che mai supererebbe una valutazione oggettiva 'pura', ossia dedicata alla analisi della sola base legale. Una simile deformazione applicativa, oltre a minare l'efficacia garantistica del principio in esame, reca con sé ulteriori storture, sul piano fattuale e dogmatico.

---

[352] Sul caso cfr. *amplius* S. DE BLASIS, Oggettivo*,* soggettivo *ed* evolutivo, cit., 134.

[353] Corte EDU, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, ric. n. 50425/06.

[354] Analogamente, A. SANTANGELO, *Ai confini tra* common law *e* civil law*: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 332 ss., con riferimento a Corte EDU, 11 febbraio 2016, *Dallas c. Regno Unito*, ric. n. 38395/12. In detta decisione veniva ritenuto rispettato il parametro di cui all'art. 7 CEDU alla luce di un mero vaglio di natura oggettiva, senza che venisse minimamente preso in esame il criterio soggettivo che, considerata la persona della ricorrente – del tutto inesperta di diritto –, avrebbe potuto per contro far affiorare un profilo di censurabile imprevedibilità della condanna.

Con riguardo al primo, in quanto tale severa lettura interpretativa minaccia un pressante *chilling effect* che, tartassando i consociati di sentenze che predicano l'imperativo di non agire là dove è poco chiaro se il diritto penale tolleri o rimproveri, fa degenerare l'auspicata astensione *in dubio* in un deprecabile equivalente della medicina difensiva per i settori economico-produttivi.

Quanto alle incertezze dogmatiche, la iper-soggettivizzazione del parametro di prevedibilità (e, sul versante nazionale, di riconoscibilità) reca con sé una *fictio* che, a ben vedere, lumeggia la schizofrenia di detto criterio. Nella misura in cui si ritiene che l'*intraneus* possa sempre prevedere l'interpretazione 'peggiorativa' a suo carico – e, segnatamente, che il *trader* sospettasse dell'illiceità penale dell'*insider* secondario[355] o che il costruttore potesse rendersi conto che un permesso di costruire illegittimo equivalesse a un permesso di costruire mancante, potendo il giudice penale conoscere del vizio dell'atto amministrativo in quanto la liceità del permesso di costruire rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 44 T.U. edilizia[356] – ciò equivale a sovrapporre l'*intraneus* – o, meglio, il suo patrimonio conoscitivo – al *giurista* esperto.

A nostro modo di vedere, l'ordinamento non può pretendere che un consociato, tanto più ove non giuridicamente preparato, sia tenuto a prevedere – *recte*: sospettare – la venuta in essere di un orientamento giurisprudenziale peggiorativo. Perché se è lecito (doveroso) presupporre la competenza dell'*intraneus* in relazione alle regole e alle tecniche del settore di riferimento[357], appare

---

[355] *Ibidem*.

[356] Ci riferiamo all'ormai consolidato orientamento di legittimità che – pressoché sistematicamente, a seguito delle Sezioni Unite *Giordano* – ha rinnegato l'applicabilità dell'art. 5 c.p. alle ipotesi in cui l'agente erigesse un immobile sulla base di un permesso poi rivelatosi illegittimo. Scartata la teoria della (illegittima) disapplicazione dell'atto amministrativo, ancora dominante in dottrina, la giurisprudenza ha gradualmente elaborato l'opposta teoria dell'interesse sostanziale, legittimando per il futuro un singolare rigore applicativo. Per una esaustiva ricostruzione del tema – affrontato *amplius* al Cap. IV, con riferimento ai rapporti tra legalità e disapplicazione – A.R. DI LANDRO, *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*, Torino, 2018, spec. 1-35; con precipuo riferimento alle implicazioni in materia di prevedibilità, cfr. già G. FORNASARI, *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*, in *Foro it.*, 1986, II, 84.

[357] Cosa che, per esempio, avviene tipicamente con riferimento alla figura dell'agente modello nell'ambito del delitto colposo, ove nel giudizio di colpa (e, soprattutto, di prevedibilità della colpa) entra in gioco tutto il complesso delle informazioni e regole extragiuridiche che, ritenute doverosamente in possesso di un agente del calibro di quello interessato, fondano l'addebito. Al di là dell'omonimia, le due prevedibilità ora invocate manifestano una distanza concettuale che trascende, come evidente, la già drastica lontananza dei contesti in cui le stesse si calano, l'una attenendo agli assiomi dell'interpretazione in materia penale, l'altra agli scenari dell'elemento psichico. La prevedibilità della colpa si compone di una attenta valutazione circa le conoscenze – come detto – che ci si attende che l'agente possieda in ordine alle cautele e agli obblighi che una situazione di rischio presenta in concreto, informazioni affatto distinte da quelle relative alla interpretazione della *regula juris* che possa fondare la responsabilità penale dello stesso. Ma proprio una estremizzazione del criterio soggettivo, connotata da una presunzione di prevedibilità dell'orientamento peggiorativo equivale a traslare irragionevolmente la severità della valutazione in ordine alla *culpa facti* nella *culpa iuris* nei confronti di un soggetto che, invero, ha ben poca confidenza con le dinamiche del diritto penale ma che, per tale anomalia, viene pressoché costantemente ritenuto rimproverabile (seguendo la realistica formula del "dolo pieno di colpa" coniata da M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 5). Un argomento simile, ci pare, viene condivisibilmente enucleato da M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali della materia penale*, Bologna, 2020, 103, in margine alla sentenza n. 364 del 1988: «La Corte costituzionale, nella pronuncia poc'anzi in esame, nel momento in cui enuncia i doveri civici che il consociato dovrebbe osservare come prestazione sinallagmatica rispetto al dovere statuale di chiarezza nella

irrazionale esigere dal medesimo la conoscenza, se non la positiva risoluzione, delle *quaestiones iuris* afferenti il suo settore di riferimento professionale. A parti inverse, sarebbe forse logico che il giurista – al quale è richiesto perlomeno di intuire il rischio che una certa condotta possa rivestire rilevanza penale – dovesse conoscere approfonditamente le regole del gioco dei mercati finanziari, o le complesse tecniche che l'ingegneria e l'architettura richiedono per la edificazione di un immobile? Se così fosse, i giuristi non avrebbero più bisogno di consulenti tecnici e i tecnici non necessiterebbero più di assistenza legale[358]! Eppure, una estremizzazione del criterio soggettivo come è quella messa in campo dalla Corte finisce per rendere qualsiasi orientamento prevedibile, in quanto il *trader* e il costruttore non vengono valutati sotto la lente dell'agente modello '*trader*' o 'costruttore', bensì sotto quella – deformante – dell'agente modello 'giurista'[359].

6.2.4. L'essenza del reato e le retrostanti esigenze di giustizia sostanziale come fattori di esclusione della imprevedibilità (nei *mala in se*)

Il secondo fattore di 'contaminazione' della valutazione oggettiva di prevedibilità è espresso dalla "*essence of the offence*", elemento che permetterebbe di disvelare il nucleo di disvalore tipico che una fattispecie intende intercettare. Detto criterio – invero – aprirebbe a una raffinata indagine interpretativa, ponendo la Corte di fronte al compito di cogliere tra le maglie di una fattispecie la *quidditas* della stessa[360], non limitandosi al dato meramente testuale. O, meglio, la base legale costituirebbe il punto fermo da calare nella realtà fattuale, sul presupposto dell'aggiornamento che una fattispecie conosce in corrispondenza dell'evoluzione del contesto sociale, politico, economico.

---

produzione normativa, sembra configurare delle regole di comportamento piuttosto simili, nella struttura e nella funzione (preventiva in entrambi i casi), alle regole di condotta che sono alla base della più tradizionale forma di colpa, cioè quella che può sussistere con riferimento agli elementi del fatto tipico, normalmente all'evento del reato (anche se in questo caso sembra una colpa su un elemento preesistente o concomitante rispetto alla condotta). Pure il linguaggio usato dalla dottrina per indicare tale realtà che viene a profilarsi in relazione alla legge penale sembra deporre nel senso che sempre di colpa si tratti, dato che si parla spesso di *culpa iuris*, espressione impiegata per segnare una differenza, evidenziando però, al contempo, anche una natura comune rispetto alla *culpa facti*».

[358] Peraltro, neppure potrebbe ritenersi che ogni dubbio interpretativo possa essere dissipato per il tramite della consulenza legale, considerata la dimostrata sussistenza di *querelles* giurisprudenziali in cui la soluzione appare davvero ardua da pronosticare. Con il che, se in ognuna di tali situazioni l'esperto legale consigliasse sistematicamente l'astensione dell'agente – come auspicato dalla giurisprudenza stratificatasi sugli insegnamenti della pronuncia costituzionale del 1988 –, rischia di riaffiorare il criticabile *chilling effect* che l'attuale società del rischio sempre meno può permettersi.

[359] Generandosi, per contro, delle ipotesi di 'precolpevolezza', a nostro modo di vedere difficilmente compatibili con lo statuto garantistico del singolo. Sul tema, pur a partire dal contiguo terreno dell'*ignorantia legis*, cfr. la dettagliata ricostruzione di R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 180 ss. e, spec., 184: «quando si ha a che fare con l'*ignorantia legis*, l'attività professionale in sé e per sé considerata, come ad esempio l'esercizio dell'attività di imprenditore o di medico, non costituisce ancora un elemento idoneo a contrassegnare un soggetto "esperto", rispetto al quale si innalza la pretesa comportamentale di conoscere la qualifica di illiceità e si aumentano le condizioni di affidabilità della fonte. Ciò che viene in gioco nell'istituto dell'*ignorantia legis*, infatti, non sono le conoscenze tecniche relative all'attività che si sta compiendo, bensì le conoscenze tecnico-giuridiche».

[360] In questi termini C. SOTIS, op. cit., § 1; parla di criterio "evolutivo", siccome distinto da quelli "oggettivo" e "soggettivo", S. DE BLASIS, *L'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità*, cit., 223 ss.

Un'indagine che, a ben vedere, non si discosta dalla ricerca del 'tipo' intorno cui ruota una fattispecie, postulando un moto pendolare dell'interprete tra fattispecie astratta e realtà che ha molto dell'andirivieni dello sguardo elaborato nel pensiero dell'ermeneutica giuridica[361].

L'essenza del reato permette, in altre parole, alla fattispecie di 'respirare' nell'ordinamento, adattandosi – al fine di non cadere in desuetudine, a dispetto della obbligatorietà della legge penale – al mutevole scenario sociale, frutto di una protratta sedimentazione di condotte che, alla lunga, non possono non influenzare il perimetro applicativo della prima, pur prescindendo da un intervento normativo.

Se è inevitabile registrare una simile tendenza in seno pressoché a ogni fattispecie (si pensi, banalmente, ai contesti più eterogenei: dalla esigenza di ripensare il furto in caso di sottrazione di *files* informatici alla associazione con finalità di terrorismo estesa a isolate cellule di proseliti *jihadisti*; dalla corruzione 'impropria' nei casi di messa a libro paga del funzionario al "pubblico scandalo" nell'incesto), la Corte EDU ha di regola[362] saggiato l'*essence of the offence* in relazione a episodi di gravi offese alla persona, riconducibili alla categoria dei *mala in se* (o, perlomeno, dei c.d. *serious crimes*, ove si dubitasse della attualità della distinzione con i *mala quia vetita*)[363].

Il *leading case* è rappresentato dalle coeve sentenze *S.W.* e *C.R. c. Regno Unito*[364], nell'ambito delle quali veniva confermata la legittimità della condanna per *marital rape* dei due ricorrenti, nonostante detta condotta – la violenza sessuale 'coniugale' – fosse scriminata da un risalente principio di *common law*, seguìto dal vettore giurisprudenziale anche in epoca di poco successiva ai fatti[365].

---

[361] *Supra*, par. 2.2.1. Sul punto, *amplius*, F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, II, 2007, 1321: «Il concetto di sostanza della incriminazione sembra essere molto prossimo a quell'idea di tipo criminoso in cui si sostanzia e si esprime l'omogeneo contenuto di disvalore del reato, e che costituisce il reale asse portante del divieto di analogia (fondamento del limite interpretativo e criterio della sua praticabilità)».

[362] Non mancano, anche in tal caso, eccezioni che confermano la difficoltà di 'sondare' l'orientamento dei Giudici alsaziani: per esempio, il criterio della essenza del reato ha trovato altresì applicazione al fine di legittimare la prevedibilità di una "*novel interpretation*" in Corte EDU, 25 ottobre 2013, *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, ric. nn. 11082/06 and 13772/05, limitatamente a condotte di evasione fiscale e, segnatamente, all'ampiezza semantica della nozione di "*tax evasion*" (invero, nel caso di specie il riferimento al parametro della *essence of the offence* appare fugace, considerato altresì che la soluzione giurisprudenziale peggiorativa era già comparsa all'epoca delle condotte dei ricorrenti, i quali, per giunta risultavano soggetti dotati di particolare esperienza: di qui, la contestuale validazione della condanna anche ai sensi del criterio oggettivo e soggettivo).

[363] Sulla problematicità della distinzione, M. LANZI, op. cit., 235 ss.

[364] Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. e C.R. c. Regno Unito*, ric. nn. 20166 e 20190/92.

[365] In proposito, riteniamo doveroso precisare come, contrariamente a quanto talora si desume da certe letture dottrinali, all'epoca dei fatti contestati si contasse almeno un'altra pronuncia che, pochi mesi prima, aveva affermato il venir meno della *immunity*; nondimeno, fino al 1991 la stessa non sarebbe stata pubblicata all'interno dell'*All England Law Reports* (*S.W. c. Regno Unito*, cit., § 38), potendo sorgere perplessità circa la posizione del ricorrente – semmai – con riguardo al correlato, ma distinto, principio di accessibilità. Appare evocativo, in proposito, il passaggio (§ 43) in cui la Corte rileva che «[t]*he decisions of the Court of Appeal and then the House of Lords did no more than continue a perceptible line of case-law development dismantling the immunity of a husband from prosecution for rape upon his wife (for a description of this development, see paragraphs 11 and 23-27 above)*» e che *per giunta* ('*moreover'*) «*there was an evident evolution, which was consistent with the very essence of the offence, of the criminal law through judicial interpretation towards*

Questo in quanto una tale regola appariva manifestamente eccentrica rispetto al contesto in cui le vicende si calavano – la società civile degli anni Novanta, non più quella pre-vittoriana di Sir Matthew Hale – donde la piena prevedibilità della rilevanza penale di una condotta la cui legittimità era discussa in seno alla *Law Commission* già da tempo.

Ancor più evidente, se possibile, la deroga all'apparente inflessibilità dell'art. 7 CEDU nei c.d. casi del muro di Berlino[366], in relazione ai quali – si rammenta – veniva riconosciuta la responsabilità penale, oltre che degli esecutori materiali, di alcuni appartenenti al Consiglio Nazionale di Difesa della DDR per avere istigato la commissione di plurimi omicidi da parte di militari nei confronti di civili colti nel disperato tentativo di oltrepassare il confine che fino al 1989 avrebbe diviso Berlino e la Germania. Una condotta che le Corti tedesche ritenevano (sia in applicazione del diritto penale della DDR, sia in applicazione del diritto penale della BRD) non giustificabile, come invece prospettato dai ricorrenti, ai sensi del § 27, co. 2 del *Gesetzüber die Staatsgrenzeder Deutschen Demokratischen Republik* del 1982, che ammetteva l'uso delle armi da fuoco al fine di prevenire l'imminente commissione di un grave illecito penale[367]. La lettura interpretativa dei giudici tedeschi trovava l'avallo – pur implicito – della Corte che, chiamata a verificarne la innovatività nel panorama giurisprudenziale (e, per l'effetto, la non ragionevole prevedibilità) aggirava la innegabile insussistenza di precedenti valorizzando l'estrema gravità del fatto. Una mera "*appearance of legality*": una condotta talmente abnorme, paiono suggerire i giudici, da svuotare di ogni sostanza l'involucro formale in cui avrebbe potuto almeno astrattamente essere ricompresa, al punto da non essere più considerabile come "*law*" nel significato che vi attribuisce l'art. 7 CEDU e, pertanto, non meritevole di beneficiare dei canoni garantistici che dallo stesso promanano (§ 87). Un diritto ingiusto e, quindi, inefficace. Il che, meno elegantemente, sembra suggerire che ove il crimine sia particolarmente grave, non c'è irretroattività che tenga: va punito[368].

A corroborare ulteriormente il quadro, merita menzionare il più recente caso *Jorgic c. Germania*[369] ove il ricorrente, di origine serba, era stato condannato per il delitto di genocidio, punito dall'art. 222a del codice penale tedesco, in quanto nel 1992 si sarebbe unito a un gruppo paramilitare, partecipando attivamente a un tragico intervento di pulizia etnica di individui di religione musulmana residenti nella regione di Doboj, in Bosnia. Si lamentava, nello specifico, la violazione dell'art. 7 CEDU da

---

treating such conduct generally as within the scope of the offence of rape. This evolution had reached a stage where judicial recognition of the absence of immunity had become a reasonably foreseeable development of the law (see paragraph 36 above)».

[366] Corte EDU, GC, 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz. c. Germania*, ric. nn. 34044/96, 35532/97, 44801/98.

[367] Per una esaustiva ricostruzione della normativa in gioco, E.M. AMBROSETTI, *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della formula di Radbruch*, in ID. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, spec. 23-27.

[368] In termini analoghi, V. VALENTINI, op. cit., 144 s.

[369] Corte EDU, 12 ottobre 2007, *Jorgic c. Germania*, ric. n. 74613/01.

parte delle autorità giurisdizionali tedesche, le quali avrebbero fornito una interpretazione di un elemento normativo della fattispecie – e, segnatamente, dell'"*intent of destroy*" – eccessivamente ampia, senza poter fare affidamento su alcun precedente conforme[370]. La sterilità del panorama giurisprudenziale non impediva alla Corte di rigettare ogni dubbio di 'inconvenzionalità' ai sensi dell'art. 7 CEDU, concludendo che alla luce di un'interpretazione sistematica (§§ 105-106) e di una risoluzione ONU (§ 107) – successiva ai fatti di causa! – «*an interpretation of the scope of the offence which was – as in the present case – consistent with the essence of that offence must, as a rule, be considered as foreseeable*».

Non ci pare casuale che un tale parametro abbia trovato applicazione quasi esclusivamente in relazione a procedimenti scaturiti da gravissimi episodi di violazioni di diritti umani, in occasione dei quali – ci sembra ragionevole fornire questa lettura – sarebbe suonato come inammissibile far prevalere una regola giuridica (l'irretroattività) su una regola di civiltà[371]. Insomma, la necessità di assicurare una tutela alle vittime in caso di perpetrazione di delitti 'non convenzionali' prevarrebbe su ogni altra garanzia: in altre parole, il porre rimedio alla violazione di un diritto umano (della vittima) per effetto di un delitto giustificherebbe persino la violazione di un altro diritto umano (dell'agente/ricorrente).

Nei *mala in se*, il pregiudizio arrecato alla vittima si appalesa intollerabile al punto che la prevedibilità della condanna – nella prospettiva del ricorrente – assume una accezione distorta e paradossalmente moralizzante, divenendo un comodo *escamotage* per nascondere, dietro il diritto umano violato dall'agente, il diritto umano violato dallo Stato. Più correttamente, ci sembra che il parametro

---

[370] Per contro, il ricorrente riteneva che l'"*intent to destroy*' sottintendesse una volontà di distruzione psico-biologica di un intero gruppo di individui (*social unit*), la quale viceversa avrebbe difettato nelle condotte pur efferate poste in essere dall'agente. Più specificamente, si legge nella decisione che, nella ricostruzione del ricorrente, detto elemento sarebbe dovuto corrispondere al fine di annientamento «*in whole or in part,* [of] *a national, racial, ethnical or religious group as such. He maintained that, having regard to the literal meaning of the term "destroy", a mere attack on the living conditions or the basis of subsistence of a group, as in the present case, did not constitute destruction of the group itself. The "ethnic cleansing" carried out by Bosnian Serbs in the Doboj region had been aimed only at driving all Muslims away from that region by force, that is, at expelling that group, not destroying its very existence. It therefore could not be considered as genocide within the meaning of Article 220a of the Criminal Code*» (§ 92). E, effettivamente, tale ricostruzione – all'apparenza eccentrica – trovava autorevoli sostenitori in seno alla dottrina (§ 47) oltre che ratifica postuma da parte del Tribunale Penale per la ex Jugoslavia (ICTY), che in occasione del caso *Prosecutor v. Krstić* (IT-98-33-T, judgment of 2 August 2001, §§ 577-580) riconosceva che «*customary international law limits the definition of genocide to those acts seeking the physical or biological destruction* […]. *Hence, an enterprise attacking only the cultural or sociological characteristics of a human group in order to annihilate these elements which give to that group its own identity distinct from the rest of the community would not fall under the definition of genocide*».

[371] Per contrasto (in quanto proprio relativo a un reato artificiale), cfr. Corte EDU, *Pessino c. Francia*, cit., § 36: «*la Cour considère que la présente affaire se distingue clairement des arrêts S.W. et C.R. c. Royaume-Uni (paragraphe 19 ci-dessus), dans lesquelles il s'agissait d'un viol et d'une tentative de viol de deux hommes sur leurs femmes. La Cour avait pris soin de noter dans ces arrêts (§§ 44 et 42, respectivement) le caractère par essence avilissant du viol, si manifeste que la qualification pénale de ces actes, commis par des maris sur leurs épouses, devait être regardée comme prévisible et non contraire à l'article 7 de la Convention, à la lumière des objectifs fondamentaux de celle-ci, dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines*». Per una più vasta elencazione della casistica giurisprudenziale in materia v. S. DE BLASIS, *L'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità*, cit., 223 ss.

impiegato dalla Corte nei casi menzionati non sia la prevedibilità – che se applicata correttamente imporrebbe opposte conclusioni – quanto la gravità della violazione posta in essere dall'agente, che affiora carsicamente là dove i Giudici alsaziani affermano che «*the Court also has regard to the fact that the applicant was found guilty of acts of a considerable severity and duration* […]. *Therefore [sic! n.d.s.], the national courts' interpretation of the crime of genocide could reasonably be regarded as consistent with the essence of that offence and could reasonably be foreseen*». Tuttavia, se (comprensibili) istanze di giustizia in senso sostanziale inducono a preferire il paradigma vittimario, a noi pare che mai possa legittimarsi l'uso dei poteri coercitivi di un ordinamento in assenza di una base legale, perché ciò significa non riconoscere un limite in capo all'autorità, degenerando l'amministrazione della giustizia in arbitrio, ove la decisione su quale diritto umano dovrà prevalere dipende da contingenti e poco giuridiche esigenze perequative[372]. La violazione della legalità – nei termini descritti – è certo meno eclatante della privazione della vita: chi mai, digiuno di diritto penale, risponderebbe che l'applicazione retroattiva di una fattispecie è più riprovevole della negazione del diritto alla vita, magari di molte vite? Eppure il rango dei diritti in gioco è il medesimo. E allora, piaccia o no, o si riconosce la violazione dell'art. 7 CEDU perché il fatto non costituiva reato al tempo della commissione, o si giustifica la deroga al principio di legalità *espressamente*, mediante il dichiarato richiamo ad apposite clausole del tipo di quella contenuta al § 2 dell'art. 7 CEDU[373]. Non vediamo altra via per arrivare a un risultato analogo a quello da ultimo enunciato, pena la strumentalizzazione della prevedibilità, siccome piegata a esigenze opposte rispetto a quelle da cui origina.

6.2.5. Anatomia della prevedibilità: un principio forte, ma volubile, e dai troppi detrattori

Premesse tali esemplificazioni, risulteranno forse più chiare le denunce circa la estrema disinvoltura espressa dalla Corte nel valorizzare ora uno, ora un altro dei criteri succitati, al punto da far riaffiorare dubitativamente la massima – che pure autorevole dottrina aveva con convinzione ritenuto estranea al principio di prevedibilità[374] – dell''*habent sua sidera lites*'.

A voler mantenere accanto a una valutazione di carattere oggettivo gli ulteriori parametri dell'esperienza personale del ricorrente e dell'essenza del reato, riteniamo indispensabile, per ridurre

[372] E, ciò, nonostante l'apparente inderogabilità della clausola di cui all'art. 15, § 2 CEDU, esplicitamente rammentata – peraltro – dalla Corte anche nella motivazione del caso *S.W. c. Regno Unito*, § 34.)

[373] Tuttavia esclusivamente riferita, secondo la più consolidata giurisprudenza della Corte, ai soli fatti posti in essere nel corso della Seconda Guerra Mondiale. Sul tema v., per esempio, Corte EDU, GC, 18 luglio 2013, *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, con nota di F. MAZZACUVA, *La Corte Europea torna sul principio di legalità della pena e chiarisce la portata della c.d. formula di Radbruch*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 17 settembre 2013.

[374] F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., *passim*.

la frequenza di epiloghi decisionali 'deformanti', quantomeno una ricalibrazione degli stessi in sede applicativa. Sinteticamente, due ci sembrano le soluzioni percorribili, parimenti improntate a un comune sforzo di maggior coerenza, condividendo la valenza solo additiva – e non sostitutiva – del criterio soggettivo ed evolutivo rispetto a quello oggettivo.

Anzitutto, la Corte potrebbe adottare una prospettiva orientata in senso rigoristico tale per cui una base legale (comprensiva di *loi* e *droit*) anche assai carente non basterebbe a riconoscere una violazione del principio di prevedibilità. Si dovrebbe registrare, in altri termini, una violazione anche del criterio c.d. soggettivo e/o (non è sempre detto che in concreto entrambi vengano interessati) c.d. evolutivo. In tale prospettiva, questi ultimi criteri opererebbero esclusivamente a detrimento del ricorrente, recuperando un giudizio positivo di prevedibilità della condanna pure in assenza di un'idonea base legale. Vuoi perché il ricorrente era un soggetto esperto del settore interessato e, anche con riferimento a fattispecie ad elevato coefficiente tecnico, se non meramente sanzionatorie, avrebbe potuto, se del caso con l'assistenza di un esperto in materia legale, intuire che la propria condotta integrasse una violazione penalmente rilevante. Vuoi perché la condotta appariva a tal punto aberrante ed estranea all'apparato dei valori socialmente condivisi in una data epoca storica che, sebbene non esistesse neppure una legge che la incriminasse, la condanna sarebbe risultata egualmente prevedibile. Di qui, vicende come il caso *Contrada* conoscerebbero un epilogo senz'altro diverso.

Un tale sviluppo – fatto proprio dalla Corte, ancorché occasionalmente – appare per ampi tratti sovrapponibile alle trame argomentative della decisione costituzionale che dichiarava l'illegittimità dell'art. 5 c.p. Detta lettura dell'art. 7 CEDU si dipanerebbe in parallelo al noto decalogo stilato nella sentenza n. 364 del 1988[375]:

- è infondata a priori la scusabilità dell'ignoranza dei *mala in se* in quanto tali; esclusione assonante, *mutatis mutandis*, con la prevedibilità della nuova interpretazione (o nuova disposizione retroattiva) poiché coerente con l'essenza dell'illecito[376];
- viene, del pari, esclusa senza eccezioni la scusabilità dei *mala quia vetita*, ove l'agente sia un soggetto *intraneus* al settore in cui è stato integrato il reato, in quanto destinatario di un dovere

[375] Riprendiamo, soprattutto, la chiara ricostruzione di A. VALLINI, voce Culpa iuris, cit., 360 s. Sui criteri ricavabili dalla sentenza della Corte costituzionale cfr. *supra*, par. 5.1. ss.

[376] Non dissimile ci pare l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite che, con riferimento al delitto di cui all'art. 600 *ter* c.p., escludevano che la sopravvenuta superfluità di accertamento del requisito del 'pericolo di diffusione' integrasse un *overruling in malam partem*, in quanto l'agente non ne avrebbe potuto dubitare, tenuto conto dell'essenziale mutamento del quadro sociale e tecnologico di riferimento (Cass. pen., Sez. Un., 15 novembre 2018, n. 51815, con note di G. AMARELLI, *Pornografia minorile: le Sezioni Unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in *Giur. it.*, 2019, 1207 ss.; A. GALANTE, *Le Sezioni Unite in tema di pedopornografia: escluso il pericolo di diffusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 961 ss.; B. ROMANO, *La pornografia minorile nella (nuova) lettura delle Sezioni Unite: dal pericolo concreto al reato di danno*, in *Cass. pen.*, 2019, 2, 601 ss.)

di conoscenza sostanzialmente non delimitato da una soglia massima di esigibilità: epilogo non dissimile, per esempio, da precedenti quali *Cantoni*[377] o *Soros*;

- non assumono rilievo neppure gli errori su reati artificiali qualora l'agente – questa volta, inesperto – non abbia adeguatamente adempiuto al proprio onere informativo: nient'altro che, a ben vedere, il *legal advice* di 'consulenti illuminati' il cui mancato coinvolgimento la Corte sovente rimprovera ai ricorrenti meno accorti.

L'adesione a tale linea interpretativa comporterebbe che la prevedibilità assuma una declinazione marcatamente soggettivizzante, virando verso la nostrana – e notoriamente riduttiva – riconoscibilità. Sennonché, ciò non appare né auspicabile, né proficuo agli occhi di chi intenda conferire alla prevedibilità uno statuto (non soltanto coerente, ma altresì) appetibile in termini garantistici, atteso che i parametri succitati ingenererebbero una interminabile rincorsa verso l'alto in cui il consociato, prima o dopo, è destinato a essere superato[378]. Per dirla *expressis verbis*, «combinando parametri di questo tipo attraverso il metodo olistico […], un po' tutto diventa prevedibile, con buona pace delle garanzie della legalità penale»[379]: insomma, un illusorio, ridondante doppione dell'art. 5 c.p., parimenti destinato alla *turris eburnea* delle ricostruzioni raffinate e inapplicate.

Per contro, una ricostruzione che miri ad assicurare effettiva esplicazione alla garanzia in commento sarebbe quella che ammette una sorta di modello di tutela a più livelli, valorizzando l'operatività di ciascuno dei criteri menzionati (anche) *in bonam partem*. In applicazione di una simile ricostruzione, una volta accertata – alla luce del criterio c.d. oggettivo – l'assenza di una idonea base legale, diverrebbe del tutto superfluo addentrarsi in un'indagine circa le vicende soggettive e l'essenza del reato, difettando un presupposto logico imprescindibile. Solo nel caso di sussistenza della stessa, potrebbe intraprendersi l'analisi circa i profili soggettivi, i quali rendono unico e non riproducibile il caso di specie[380].

Un sistema, insomma, a tutele crescenti, caratterizzato (a) dalla superfluità delle analisi ulteriori, una volta acclarata la violazione dei parametri logicamente precedenti e (b) da una valorizzazione anche *in bonam partem* dei parametri soggettivi, di modo che non solo l'elevata esperienza dell'agente possa rendere prevedibile una base legale poco definita, ma anche la scarsa dimestichezza del medesimo con i profili *giuridici* della materia contribuisca, con particolare riferimento ai reati c.d. artificiali, a

---

[377] Corte EDU, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, ric. n. 17862/91, relativo al caso di una condanna per vendita abusiva di prodotti farmaceutici da parte di soggetto ritenuto 'esperto' (titolare di un supermercato).

[378] Cfr. *supra*, par. 6.2.3.

[379] V. VALENTINI, op. cit., 143.

[380] La logica precedenza della valutazione oggettiva di prevedibilità – tale da rendere superfluo ogni ulteriore vaglio, ove disvelasse l'assenza di tipicità e determinatezza della fattispecie considerata – viene altresì prospettata come soluzione percorribile e auspicabile da A. SANTANGELO, op. ult. cit., spec. 347 ss.

corroborare l'imprevedibilità della condanna di quest'ultimo. Da tale angolatura, *Contrada* è un caso risolto correttamente: nella misura in cui difettava radicalmente una base legale, in quanto si dovette attendere fino al 1994 una sentenza delle Sezioni Unite per ottenere conferma dell'esistenza nell'ordinamento del delitto di concorso esterno in associazione mafiosa (e le condotte ascritte al ricorrente spaziavano dal 1979 al 1988), il reato in questione non era prevedibile[381]. E tanto bastava per ritenere integrata la violazione dell'art. 7 CEDU.

Nessuno dei due modelli proposti trova, tuttavia, accoglimento da parte della Corte EDU. O, meglio, talora lo trovano entrambi, da ciò scaturendone un ibrido *tertium genus* che impedisce di riconoscere come la Corte deciderà, privilegiando ora l'uno, ora l'altro parametro. Proprio su tale volubilità si innestano le principali incertezze espresse dalla dottrina circa la efficacia del principio[382]. Ma da qui a ritenerne la sostanziale inanità corre una differenza non trascurabile, in quanto – a nostro modo di vedere – quando di tale principio la Corte EDU ha fatto corretta applicazione, se ne è potuta apprezzare appieno la portata valoriale. Tanto basterebbe, se non a prediligere la legalità europea rispetto a quella nazionale, perlomeno ad adottarla accanto ai corollari facenti capo a quest'ultima, in modo da contrastare esiti antigarantistici cui gli stessi non riescono a fare fronte, vuoi perché applicati nella loro versione debole, vuoi perché radicalmente ignorati. Si è cercato di porre in luce come tanto la mancanza di determinatezza, quanto i difetti di riconoscibilità generino inevitabilmente problemi di prevedibilità. E posto che è pacifica la sistematica ineffettività di questa coppia di corollari – annacquato il primo nella tassativizzazione del precetto, soccombente il secondo davanti all'astensione *in dubio* – se veramente si intenda assicurare una qualche forma di tutela dell'affidamento del singolo non ci si può esimere dal prendere in considerazione l'importazione – ad oggi per certo non avvenuta se non in minima parte – di un rimedio che ha già rivelato le proprie potenzialità.

---

[381] M. DONINI, *Il Caso Contrada*, cit., 362: «Nel caso qui ipotizzato si è commesso un fatto che *oggettivamente non era chiaro se fosse reato oppure no*. O meglio: un fatto che non era possibile oggettivamente qualificare come reato in modo affidabile per *carenza di informazione cognitiva* da parte del sistema *sulle stesse condotte punibili*. Il concorso esterno esisteva come tipologia di condotta, ma i suoi contorni non erano definiti e la sua stessa legittimità era *da anni* ancora *sub iudice*».

[382] Pur riconoscendone le "potenzialità virtuose", per esempio, F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, 943; analogamente, G. AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in *www.criminaljusticenetwork.eu*, 16 novembre 2018. Sulla auspicabilità di una versione forte e "non bilanciabile" della prevedibilità come diritto umano, G. CARUSO, voce *Prevedibilità e legalità*, cit., 541 s.

7. La prevedibilità, questa sconosciuta (nella giurisprudenza italiana)

Varrebbe la pena che di tale acquisizione avesse maggiore consapevolezza la giurisprudenza nazionale. A Strasburgo, le oscillazioni interpretative possono essere illegittime; a Roma, tendenzialmente, no. E ciò, al di là di una più o meno verificabile apertura della magistratura italiana a sentirsi anche magistratura europea, è rappresentato da una scarsa propensione della stessa a ragionare con le categorie di matrice convenzionale, lasciando inalterata la distanza esistente tra due ordinamenti che invece dovrebbero compenetrarsi.

Un esempio – forse il più eloquente – va individuato nella netta dicotomia che, in seno alla giurisprudenza di legittimità (nonché, per vero, talora altresì alla stessa dottrina), si registra tra mutamenti e conflitti giurisprudenziali.

Se i giudici nazionali più aperti alla tanto declamata prospettiva di integrazione di tutele[383] tra diritto interno e sovranazionale sembrano concedere – tendenzialmente solo sul piano teorico – una copertura nei confronti di chi si sia visto condannare in ragione di una decisione tacitamente retroattiva (purché, come ci sembra, del tutto eccentrica rispetto anche al più remoto precedente dell'ultimo giudice di provincia[384]), adottano il massimo rigore ove si prospetti un conflitto, sempre giustificato nelle mentite spoglie dell'arricchente consolidamento giurisprudenziale.

Mentre è possibile equiparare, seppur al prezzo di una qualche forzatura dogmatica – per noi, accettabile; per la giurisprudenza, spesso eccessiva[385] – il mutamento alla nuova incriminazione di matrice legislativa, altrettanto non può affermarsi in relazione al conflitto. Il mutamento introduce nell'ordinamento una nuova *regula juris*, alla stregua di una norma di diritto positivo che intenda disciplinare *ex novo* un fenomeno meritevole di risposta penale (con l'unica differenza che la giurisprudenza, per ovvie ragioni, è costretta a farlo agendo sul diritto già scritto, plasmandolo, possibilmente, secondo le soluzioni che la portata semantica delle parole concede). Il contrasto – se volessimo proseguire nella similitudine – equivarrebbe al bizzarro caso di più disposizioni vigenti

---

[383] F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., 13; R. BARTOLI, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale*, in *www.sistemapenale.it*, 14 aprile 2022, con precipuo riguardo al fenomeno di virtuosa interazione tra paradigmi che l'Autore definisce "meta-costituzionalismo".

[384] G. CARUSO, voce *Prevedibilità e legalità*, cit., 551 s. Condivisibilmente, l'Autore pone l'accento sulla tendenza giurisprudenziale a giustificare un tale rigorismo per il tramite di una (errata) equazione, in base alla quale 'prevedibilità' equivarrebbe a 'mancanza di assoluta imprevedibilità', con una insidia sottile che nasconde violazioni grossolane. Analogamente, ID., *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, in *www.sistemapenale.it*, 20 aprile 2021.

[385] A nostro modo di vedere, ove non si volesse scomodare il tabù dell'art. 2 c.p., anche costituzionalmente interpretabile come espressivo del *nullum crimen sine iure*, invece che secondo la più ristretta prospettiva del *nullum crimen sine lege* (come intuito nella più accorta dottrina già da quasi trent'anni), sarebbe sufficiente applicare con maggior frequenza il rimedio (soggettivo) di cui all'art. 5 c.p.: al cittadino interessa relativamente essere assolto perché il fatto non costituisce reato ovvero perché il fatto non è previsto dalla legge (dal diritto) come reato al momento del fatto! Sul tema, v., per tutti, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, rimandando al Cap. III per più esaustivi riferimenti bibliografici).

che, a un tempo, suggeriscano soluzioni specularmente opposte. Un'anomalia del sistema, verrebbe da dire. Certo inaccettabile e tuttavia di più ardua verificazione, eppure superabile applicando i più comuni criteri di risoluzione delle antinomie: posto che, salvo palesi schizofrenie legislative, le due disposizioni sono entrate in vigore in diversi momenti storici, sarebbe sufficiente adottare il criterio cronologico, indossando le lenti della abrogazione implicita[386]. Una soluzione che, tuttavia, non si offre per il contrasto di matrice giurisprudenziale.

Ma allora, se il mutamento può – quantomeno in via teorica – trovare una ragionevole soluzione di tutela del consociato, perché non può assicurarsi altrettanto nel caso del conflitto?

Prova regina dell'arbitrarietà di una tale asimmetria sia, una di volta di più, la giurisprudenza europea. In seno ad essa la dicotomia tra contrasti e mutamenti è sconosciuta, essendo i primi idonei a violare la copertura di cui all'art. 7 al pari degli *overrulings*. Sul punto, la posizione dei giudici della CEDU ci pare infatti chiara: la base legale può venir meno – o non venire originariamente in essere – *anche* in presenza di una contestuale pluralità di soluzioni giuridiche, tali da disorientare il consociato nelle proprie scelte (vedi *Žaja*, vedi *Contrada*). Se del caso, potrà verificarsi se le peculiari abilità dell'agente o l'abnorme distanza della condotta dai fondamentali principi di convivenza umana riescano a emendare a posteriori un tale difetto, eppure si tratta di un elemento posteriore a valenza eminentemente soggettiva, che sana, ma non cancella, la assenza di una idonea base legale: la giurisprudenza, se oltremodo caotica, diviene "inconsistent"[387] e, come tale, convenzionalmente illegittima, analogamente all'*overruling*. Eppure, il caos giurisprudenziale che a Strasburgo è vettore di imprevedibilità, nella giurisprudenza nazionale – proprio in contrapposizione al mutamento – per un curioso paradosso si converte in indicatore di prevedibilità: è ormai consolidata, in sede di legittimità, l'*opinio juris* per cui «il dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, che giunga sino all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga tale incertezza, proprio perché il dubbio, non equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è ontologicamente inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità»[388].

Una distinzione 'tutta italiana' che, però, non trova ragion d'essere.

A ben vedere, nulla autorizza una così netta cesura tra contrasto e mutamento. Anche strutturalmente, le due entità non differiscono, se non per una questione prettamente quantitativa. Se per anni vigeva

---

[386] Potrebbe obiettarsi che la situazione ipotizzata possa generare a propria volta un contrasto interpretativo di vedute, venendo così risucchiata nel vortice del conflitto giurisprudenziale. Vero: occorre tuttavia controbattere che, semmai, tale ragione costituirebbe un motivo in più per preoccuparsi della tutela del consociato a non vedersi disorientato in un sistema che contravvenga, in questo caso palesemente, alla propria obbligazione di 'guida' giuridica.

[387] Corte EDU, *Žaja c. Croazia*, cit., § 106.

[388] Da ultimo, Cass. pen., Sez. Un., 17 aprile 2024, n. 16153.

un orientamento che predica la soluzione 'x' e, un giorno, la serenità di questo cielo è improvvisamente squarciata da una sentenza che sancisce la opposta soluzione 'y', non si assiste forse – grammaticalmente – a un *contrasto*? Certo, un contrasto di '*n*' sentenze contro una sola, ma pur sempre un contrasto. E non esiste nessuna disposizione nell'ordinamento che ci fornisca una definizione di contrasto, tantomeno in termini numerici (sarebbe ironico, considerata l'indifferenza del nostro sistema positivo verso il fenomeno del diritto giurisprudenziale, se eccettuiamo il riferimento contenuto nell'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p.). Pure in una prospettiva linguisticamente 'laica', il contrasto corrisponde a una contrapposizione tra entità diverse, non numericamente connotata. Sicché, anche in un rapporto di cento a uno, anche qualora l'uno sopravvenga alla sequenza ininterrotta di cento, è lecito parlare di 'contrasto' tra orientamenti. In questi termini, il mutamento integra allora una tipologia di contrasto, sebbene anomala sul piano 'aritmetico' e quanto a scaturigine (non una disordinata sovrapposizione di entità contrapposte, bensì una interruzione della monotona uniformità di un orientamento).

Così ricostruita l'unitarietà strutturale, dobbiamo aggiungere che, nemmeno sul piano dei principii con cui paiono stridere, contrasti e mutamenti divergono. Con riguardo al mutamento, è agevole avvedersi della marcata analogia con una legge penale retroattiva. Anzi, il meccanismo di retroazione è analogo, cambia soltanto la veste giuridica della regola che retroagisce: non una disposizione, ma una sentenza. E tanto basterebbe a garantire piena copertura al mutamento giurisprudenziale: antigarantistico ma tendenzialmente ammissibile, e comunque coperto dalla garanzia *ex* art. 7 CEDU, forte della equiparazione tra legge e diritto, sul piano convenzionale; (sempre antigarantistico e pure) inammissibile a livello nazionale – se si resta fedeli alla garanzia formale del monopolio del legislatore nella produzione di nuovo diritto – e pertanto ancor più meritevole di copertura garantistica[389]. Insomma, viene integrata una situazione a pieno titolo rientrante – sul piano teorico – nel perimetro del divieto di retroattività, si voglia o meno riconoscervi tutela.

Da parte sua, il contrasto accende una spia sulla carenza di determinatezza e tassatività di una disposizione (quindi, riconoscibilità del precetto). Se su dieci decisioni, cinque sposano un orientamento, altre cinque l'orientamento opposto, ciò non può che suggerire o un difetto strutturale di formulazione della fattispecie[390], o – pur in presenza di una fattispecie caratterizzata da elementi

[389] In certo senso, si assiste a un paradosso: proprio nel sistema in cui si predica che la giurisprudenza non abbia poteri creativi, non si rinviene alcuna forma di tutela contro gli stessi, invece apprestata a livello convenzionale, che esplicitamente ne riconosce l'ammissibilità. Come ovvio, il paradosso è innescato a monte, nella misura in cui si nega il potere creativo della giurisprudenza, nonostante lo stesso sia sotto gli occhi di tutti. Il tutto al fine di mantenere intatta – soltanto sul piano teorico – la purezza della riserva di legge: un prezzo costosissimo, in termini di garanzie, per cui vale ancora la pena che i consociati paghino?

[390] In via esemplificativa, si pensi alla infelice riformulazione del reato di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.), che aveva dato origine a un acceso contrasto interpretativo risolto (*in malam partem*) da parte delle Sezioni Unite *Passarelli*.

sufficientemente precisi[391] – la presenza di un filone giurisprudenziale che – più 'ardito' di quello contrapposto, invece fedele al tenore delle soluzioni concesse dalla portata semantica del testo di legge – mira ad estenderne i confini applicativi. Il che equivale ad affermare, *mutatis mutandis*, un deficit di determinatezza, nel primo caso, un deficit di riconoscibilità, nel secondo caso.

E, come si è cercato lungamente di dimostrare, ciascuna di queste garanzie – irretroattività, determinatezza, riconoscibilità –, quali corollari della legalità, si riallaccia al fine di orientamento del consociato, allo scopo di assicurargli la previa conoscenza dell'ordinamento in modo tale che egli possa decidere di conseguenza il proprio contegno, autodeterminandosi[392]. Dunque, se proprio l'affidamento funge da polmone della legalità penale, non vediamo una ragione valida per non tutelare *mai* il consociato contro i mutamenti e, ancor di più, dai contrasti.

Quale il criterio per distinguerli? Quale *la ragione* per distinguerli?

Con questo, non stiamo certo affermando che ogni tipologia di conflitto meriti la copertura della imprevedibilità. Altrimenti, a voler applicare alla lettera tali direttrici, si finirebbe per ammettere una tutela dell'affidamento dai confini talmente ampi che chiunque, confidando nella esistenza di un unico, risalente e distonico precedente, potrebbe confidare in una verosimile assoluzione. Una tale prospettiva apparirebbe inopportuna, oltre che suscettibile di devitalizzare la complessiva efficacia del sistema[393]. Tuttavia, al contempo, occorre adottare una più spiccata sensibilità nei confronti della sconfinata zona grigia: una condizione, come evidente, non guadagnabile per il tramite di freddi canoni aritmetici.

In medio stat virtus. Su di una immaginaria linea delle oscillazioni giurisprudenziali, i poli sarebbero rappresentati rispettivamente dal mutamento *in malam partem* e dal contrasto in cui l'orientamento peggiorativo soverchi quello *in bonam partem*: certamente meritevole di tutela il primo, certamente irrilevante il secondo. Nel mezzo, si colloca una potenzialmente infinita gamma di situazioni le quali, gradatamente, meritano una decrescente tutela dell'affidamento. Continuando nell'esempio, appena

---

Sulla vicenda giurisprudenziale e sulle implicazioni in tema di prevedibilità, tra molti, C. BERNASCONI, *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, 195 s.; F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e* ars interpretandi, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 4, 174 ss.

[391] Basti pensare alla formulazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso (art. 416 *ter* c.p.) – nella versione anteriore alla riforma del 2014 – secondo cui «La pena stabilita dal primo comma dell'articolo 416-bis si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-bis in cambio della erogazione di denaro». La disposizione, inequivoca nell'individuare l'oggetto della controprestazione al voto nella dazione di danaro, registrava uno scenario difforme dalla realtà, per contro caratterizzata dalla concessione – da parte dell'uomo politico – di favori tendenzialmente di carattere affaristico-economico: la giurisprudenza, nondimeno, suppliva alle insufficienze della disposizione scritta, identificando il 'denaro' con la onnicomprensiva 'utilità', con ciò tuttavia esondando dal tipo criminoso, in sé sufficiente chiaro – per quanto scarsamente realistico – nel circoscrivere l'oggetto della controprestazione alla utilità pecuniaria. Esempio riportato anche in M. PAPA, Fantastic voyage, cit., *passim*.

[392] M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., 25.

[393] Sulla ricerca di tale difficile equilibrio, G. COCCO, *Alcuni caposaldi dell'interpretazione liberale. Insegnamenti e differenze con l'esperienza statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 4, 1339 ss.

dopo il mutamento si collocherà il contrasto giurisprudenziale tra numerose decisioni *in bonam partem* e poche sentenze *in malam partem*: un conflitto, certo, ma che pende numericamente verso le soluzioni favorevoli al punto da non poter non dare adito a una tutela del singolo che abbia fatto affidamento su tale, preponderante, orientamento. Peraltro, su tale valutazione inciderebbero ulteriori fattori: basti pensare al caso in cui, per converso, il pur minoritario orientamento sia di più recente formazione, suggerendo così l'ormai imminente superamento della previgente *regula juris*.

Ciò che è certo è che trattasi di valutazioni che abbisognano di essere calate nella concretezza della prassi e che, tuttavia, pongono in risalto l'irragionevolezza dell'orientamento che a priori escluda la scusabilità in relazione a qualsiasi tipologia di oscillazione interpretativa. L'interpretazione è 'auto-contenitiva': non esiste un rimedio né una formula magica per emendarla; tuttavia, la qualità della stessa più migliorare, ma solo a patto che l'interprete acquisisca una maggiore sensibilità[394] circa le garanzie ad essa connesse. A tale fine, sarebbe sufficiente una minima disponibilità a mettere in discussione l'intangibilità di dogmi obsoleti.

Ma una tale propensione, ad oggi, ancora latita, rendendo non più rinviabile la esortazione degli studiosi a perseverare nella ricerca di soluzioni concretamente praticabili.

[394] In questo senso, va però segnalata la virtuosa prassi incardinata in seno alla Suprema Corte e consistente nella organizzazione spontanea di riunioni sezionali, volta alla instaurazione di un proficuo confronto tra magistrati in relazione a questioni interpretative in via di consolidamento, al fine di delineare un indirizzo comune e, per il futuro, prevedibile. Dette riunioni hanno permesso, in via esemplificativa, di risolvere le incertezze ermeneutiche relative al delitto di turbata libertà negli incanti ovvero ai delitti di malversazione e indebita percezione di erogazioni pubbliche con riguardo alle misure di sostegno alle imprese previste nell'ambito del PNRR. Con riguardo a tali prassi, v. *amplius* G. FIDELBO, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 36 ss.

CAPITOLO TERZO

IMPREVEDIBILITÀ E CORRETTIVI: PROFILI DI DIRITTO COMPARATO (UNO SGUARDO AL *COMMON LAW*, CON ALCUNI RICHIAMI 'CONTINENTALI')

SOMMARIO: 1. Prima premessa: il ruolo della comparazione. - 1.1. Seconda premessa: la probabile sopravvalutazione della dicotomia contrasti-mutamenti. - 1.2. 'Applicazione' e 'disapplicazione' come giustificazione dogmatica al problema dell'imprevedibilità: un preludio del Capitolo IV. - 2. Il *prospective overruling* come possibile antidoto alla intrinseca retroattività del diritto giurisprudenziale e la ritrosia verso il paradigma del giudice-fonte. - 2.1. Struttura e limiti applicativi di un rimedio prevalentemente teorico. - 2.2. Le proposte dottrinali di importazione del *prospective overruling* nell'ordinamento penale italiano. - 2.3. Ponti sullo stretto (della Manica): la introduzione del precedente 'verticale' nell'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p. - 3. Il *mistake of law* e la tutela oggettiva della buona fede. - 3.1. Una possibile rivisitazione dell'art. 5 c.p. in chiave oggettiva? - 3.2. Il *Verbotsirrtum* nel diritto penale tedesco. - 3.3. La positivizzazione dell'*erreur invincible* nel nuovo *Code pénal* belga - 4. La *rule of lenity* nel diritto inglese e nordamericano. - 4.1. Le alterne fortune della *rule of lenity* tra *textualism* e *purposivism*. - 4.1.1. «*if lenity invariably comes in 'last', it should essentially come in never*». - 4.1.2. *Textualism* e *lenity-second* sotto l'influsso di Justice Scalia. - 4.1.3. «*lenity may therefore block all broader readings - even if they, too, are plausible*»: emersioni giurisprudenziali della *lenity-first*. - 4.2. Le proposte di trasposizione della *rule of lenity* nella dottrina italiana. - 4.2.1. Possibili referenti costituzionali della *rule of lenity*. - 4.2.2. Scenari futuribili e prospettive di attuazione, tra *lenity-second* e *lenity-first*.

1. Prima premessa: il ruolo della comparazione

La frequenza con cui si consumano violazioni dell'affidamento del singolo, nel segno della prevedibilità, sembra caratterizzarsi per un rapporto di proporzionalità inversa rispetto al riconoscimento delle stesse da parte della giurisprudenza, sebbene sempre più di frequente sollecitata a censurarle. La casistica esistente[1] mette in luce due essenziali direttrici di tale fenomeno.

[1] Si pensi, tra tutte, alle vicende giurisprudenziali che hanno visto coinvolte le Sezioni Unite, tra le quali, oltre a quella, più risalente, in materia di concorso esterno ad associazione di stampo mafioso, ancora attuali appaiono quella relativa al perimetro applicativo del delitto di accesso abusivo a un sistema informatico, richiamata in nota al Cap. II, par. 6.2.1., nonché quella attinente alla consumazione del delitto di pornografia minorile, richiamata in nota al Cap. II, par. 6.2.5. La casistica, anche tra le sezioni semplici della Suprema Corte, appare ricchissima: tra le vicende da ultimo venute alla ribalta, basti citare la recente *querelle* in materia di frodi nelle sovvenzioni pubbliche (su cui *infra*, par. 4.2., in nota) o il contrasto, infine positivamente ricomposto, sorto in seno ai delitti di turbativa, con precipuo riferimento alla ipotesi dei concorsi pubblici 'truccati' (su cui v., per tutti, A. SANTANGELO, *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, Bologna, 2023, 115 ss. In generale, per un'antologica rassegna, D. PERRONE, Nullum crimen sine iure, Torino, 2019, spec. 67-133.

Sul primo versante, è emersa la peculiare 'predisposizione' del principio di prevedibilità a smascherare gli illeciti interpretativi, anche alquanto differenti tra loro[2]. Ha trovato conferma, in altri termini, l'ipotesi avanzata in chiusura del Capitolo I[3], in base alla quale la prevedibilità trova applicazione 'trasversale' agli aggiramenti dell'affidamento del singolo addebitabili al diritto giurisprudenziale. Tanto il difetto di determinatezza (vuoi come intellegibilità, vuoi come verificabilità) della fattispecie, quanto l'irriconoscibilità del precetto, pur potendo trovare soluzione, in prima battuta, in altri corollari della legalità penale, precludono al consociato la possibilità di conoscere anticipatamente le conseguenze della propria condotta, con la conseguenza che, in alternativa a una diretta censura della violazione dei medesimi, potrà invocarsi l'imprevedibilità della decisione[4].

Sul secondo versante, il sistematico rigetto – al netto di rarissime eccezioni[5] – di pur raffinate doglianze difensive che denunciassero tali violazioni registra un evidente divario tra dottrina e giurisprudenza quanto ai rimedi esperibili avverso gli illeciti di origine interpretativa. Anzi, può senz'altro affermarsi che, sul tema, la dottrina abbia rinvenuto nella giurisprudenza un interlocutore tutto fuorché loquace. Se, come visto, nelle motivazioni rese da quest'ultima si assiste quasi regolarmente alla negazione di un «*overruling* in contrasto con l'art. 7 CEDU quando l'interpretazione colpevolista sia già emersa precedentemente alla commissione del fatto nell'ambito della giurisprudenza di legittimità»[6], la dottrina, dal canto suo, ha proposto numerosi correttivi, tanto *de jure condendo*, quanto estrapolati dalle soluzioni che l'ordinamento già offre, che, però, non trovano pressoché alcun riscontro pratico.

Basta accostarsi all'ampio ventaglio di soluzioni avanzate dalle posizioni accademiche – con un'indubbia accelerazione nell'ultimo decennio – per apprezzare la 'fibrillazione' che la dottrina sta vivendo, posto che è sul come (e, ancora prima, sul *se*) tali proposte troveranno applicazione che il sistema penale italiano potrà dare attuazione a una legalità – davvero – convenzionalmente orientata. Da una rassegna delle stesse, emergerà come i variegati correttivi che si sono da più parti prospettati condividano, pur con accenti più o meno pronunciati, una matrice comparatistica di *common law*. Anche là dove si sono avanzate soluzioni *de jure condito*, gli istituti interessati – come vedremo,

---

[2] Cap. II, par. 1 e *passim*.
[3] *Supra*, Cap. I, par. 5.
[4] Vedremo poi (*infra*, Cap. IV, parr. 3 ss.) come talora la stessa garanzia potrà altresì venire in rilievo autonomamente, come nei casi di disapplicazione del diritto interno per contrasto con il diritto Ue da cui discenda l'inaspettata incriminazione del singolo.
[5] Su tutte, Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2024, n. 28594, *Boenzi*, trattata *amplius* in nt. 84.
[6] Per esempio, Cass. pen., sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 10659, *Najim*; Sez. V, 9 luglio 2020, n. 25944, *Paciletti*.

essenzialmente riferibili alle disposizioni degli artt. 2 e 5 c.p. – non sono stati quasi[7] mai valorizzati alla luce della loro attuale formulazione codicistica, ma sempre per il tramite di una rielaborazione che ne elasticizzasse le maglie troppo strette per ricomprendere il diritto di elaborazione giurisprudenziale. Conclusione necessaria, considerato il contesto storico – senz'altro estraneo a un tale fenomeno – in cui le medesime furono redatte. Di qui, il parallelismo quasi obbligato con un sistema giuridico nel quale anche la giurisprudenza è suscettibile di creare regole senza equilibrismi atti a celarne la funzione nomopoietica. È infatti evidente il contrasto con le *defences* di *common law* che, movendo dall'unanime riconoscimento – quantomeno una volta superata la teoria dichiarativa[8] risalente a Blackstone[9] – di detta circostanza, risultano strutturalmente più performanti con riguardo alle cautele da assicurare in capo al singolo. Con ciò, non si intende affermare la sovrapponibilità dei due sistemi, che rimangono rispettivamente contraddistinti da evidenti peculiarità[10]: d'altro canto, non può negarsi che il ruolo creativo fatto proprio dalla giurisprudenza sia all'evidenza presente in entrambi, ma solo al di là della Manica venga ratificato come tale (e, dunque, debitamente presidiato da adeguate tutele)[11].

In via di premessa, significativi e insuperati ci paiono i risultati dell'indagine comparatistica portata avanti da Alberto Cadoppi, con riguardo al ruolo del giudice nell'ambito dell'ordinamento italiano e di quello scozzese[12]. La ricerca, avviata allo scopo di confrontare la diversa origine di alcune figure delittuose, a seconda del sistema giuridico prescelto – ad opera della High Court of Justiciary, in Scozia; su iniziativa del legislatore, in Italia – restituiva uno scenario del tutto inaspettato, nella misura in cui, in entrambi gli ordinamenti, l'elaborazione del tipo criminoso risultava di matrice

---

[7] Con riguardo alla idoneità dell'art. 2 c.p., *rebus sic stantibus*, a regolare gli *overrulings* giurisprudenziali peggiorativi v. però R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 4, 1796.

[8] B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Portland, 2008, 119 ss.

[9] Sulla quale v., per tutti, E. GRANDE, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di «*common law*»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro it.*, I, 1990, spec. 419.

[10] A. CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 245. Sulla struttura e organizzazione giudiziaria degli ordinamenti inglese e nordamericano, ampiamente, A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, 135-172; per approfondire, S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002, *passim*.

[11] V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica contemporanea*, Milano, 2012, 162: «quando si descrive il rapporto fra interpretazione del giudice di *common law* e legge parlamentare, si preferisce parlare di *construction*, anziché di *interpretation*: la disposizione scritta, infatti, è solo un "canovaccio" […] In breve: anche quando vuol 'correggere' *defects* della legge comune, oppure abrogare un precedente giudiziale, la legge scritta, attraverso la (ri)costruzione-interpretazione giudiziale, è come se venisse ri-calibrata e ri-condotta in quel sistema consuetudinario, *anche a costo di forzare, se non proprio il dato testuale, l'intenzione del legislatore*» (corsivi dell'Autore).

[12] A. CADOPPI, *La genesi delle fattispecie penali. Una comparazione tra* civil law *e* common law, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, 147 ss.; nonché ID., *Legalità tra* common law *e* civil law, in AA.VV., *Studi in onore di Giovanni Grasso*, II, Pisa, 2023, 775 ss. La scelta per il sistema penale scozzese si deve, come rileva l'Autore, alla purezza che ancor oggi continua a connotare la struttura di *common law* di detto ordinamento. Diversamente, su tutti, dall'ordinamento inglese (*recte*: da quanto ivi formalmente enunciato con riguardo alla House of Lords), la High Court of Justiciary di Edimburgo ancora oggi si adduce il c.d. *declaratory power*, creando esplicitamente nuove fattispecie di reato.

giurisprudenziale. In altre parole, anche in Italia figure quali il furto d'uso e la violenza sessuale mediante sostituzione di persona erano state introdotte nella nomopoiesi giurisprudenziale, per beneficiare della ratifica postuma del legislatore, con ciò assottigliandosi visibilmente la distanza esistente nei processi di formazione di nuovo diritto tra i due ordinamenti. Con la sola differenza che, ciò che in Scozia costituisce un procedimento istituzionalizzato, in Italia rimane un vero e proprio tabù[13], sotto gli occhi di tutti, ma sulla bocca di nessuno[14].

1.1. Seconda premessa: la probabile sopravvalutazione della dicotomia contrasti-mutamenti

Nel corso del Capitolo II abbiamo anticipato come in seno alla dottrina italiana si sia consolidata una stretta dicotomia, recepita altresì dalla giurisprudenza, tra contrasti e mutamenti giurisprudenziali[15]. Nella trattazione del principio di prevedibilità, è agevole osservare come tutti gli illeciti interpretativi vengano uniformemente ricondotti all'una o all'altra di queste macrocategorie, da cui discenderebbero, per l'effetto, differenziati strumenti di tutela. Più specificamente, se tra gli studiosi si registra una quasi unanime propensione ad assicurare una copertura in riferimento ai mutamenti e una tendenziale apertura verso soluzioni garantistiche, ancorché più 'contenute', in relazione ai contrasti, la giurisprudenza restringe alla prima categoria la legittimità della tutela del singolo, rilevando nel secondo caso come il consociato, nel dubbio, avrebbe fatto meglio ad astenersi dall'agire[16].

Nondimeno, ci pare doveroso rilevare che problemi di prevedibilità possano ben trovare altre scaturigini oltre alle oscillazioni interpretative, come ad esempio dimostrato dal tema dei conflitti

---

[13] V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra 'diritto giurisprudenziale' e 'legge' ([Osservazione a] Corte cost. 8 ottobre 2012, n. 230)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3474, per cui l'omologazione del valore della giurisprudenza a quello della legge costituirebbe icasticamente un totem per i sistemi di *common law*, un tabù per quelli di *civil law*.

[14] Tra le prime voci che, in dottrina, davano atto della problematica afferente ai contrasti giurisprudenziali, V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni all'unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1988, 1576 s., il quale già avvertiva, rispetto a tale fenomeno – che avrebbe «trovato nella Cassazione una occasione di legittimazione, piuttosto che la sede di risoluzione» – una «singolare sottovalutazione dei costi in termini di diseguaglianza dei cittadini davanti alla legge». Analogamente, si auspicava in un «rafforzamento della cultura e della cura del valore formale del precedente, ancora carente nella nostra prassi» nella lettera del Presidente Ferdinando Zucconi Galli Fonseca ai Presidenti di sezione e ai consiglieri della Corte del 13 giugno 1994, riportata in A. ESPOSITO-G. ROMEO, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Padova, 1995, 44 ss. Per approfondimenti, M. VOGLIOTTI, *Indipendenza del giudice e rispetto del precedente*, in *Leg. pen.*, 2020, 41 ss.

[15] Sulle origini e la opportunità di tale distinzione e di quella, ulteriore, tra contrasti sincronici e diacronici, v. *infra*, nt. 22-23.

[16] *Supra*, Cap. II, par. 7. Per tutte, riportiamo Cass. pen., Sez. Un., 17 aprile 2024, n. 16153: «il dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, che giunga sino all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga tale incertezza, proprio perché il dubbio, non equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è ontologicamente inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità».

triadici tra disposizioni di diritto interno e disposizioni di diritto Ue[17], ove l'imprevedibilità da cui viene colto il singolo è attribuibile alla violazione della pur consolidata regola secondo cui «una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni».

Precisato che non tutto il tema della prevedibilità può essere esclusivamente proiettato sul piano della dicotomia tra contrasti e mutamenti – ancorché indubbiamente questa ne costituisca la più frequente manifestazione – al tempo stesso, a nostro modo di vedere, una partizione così pronunciata appare eccessiva.

Come evidenziato, nella giurisprudenza della Corte EDU, detta rigidità viene meno, non rinvenendosi una distinzione tra contrasti e *overruling* sotto il cappello dell'art. 7 CEDU[18]. Evocativi, a riguardo alcuni passaggi della ricordata vicenda *Contrada*, nella quale veniva riconosciuta la violazione della legalità convenzionale in quanto «il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni Ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza *Demitry*. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo»[19]. Vero che i giudici strasburghesi hanno talora escluso la imprevedibilità di soluzioni giurisprudenziali esplicitamente retroattive valorizzando, *in malam partem*, le peculiari conoscenze detenute dal ricorrente ovvero la gravità delle condotte, vero altresì che ove tali problematiche non venissero in essere – attenendo il ricorso non a condotte delittuose abnormi o comunque non essendo ritenuto il ricorrente un soggetto esperto rispetto al settore in cui la violazione era perpetrata – o, per quanto esistenti, non venissero prese in considerazione[20], allora una base legale intaccata dalla incertezza dei contrasti non si sarebbe potuta ritenere idonea e, dunque, conforme al parametro dell'art. 7 CEDU.

[17] Alla tematica, che fa luce sulle connessioni esistenti tra imprevedibilità e disapplicazione *in malam partem* di una disposizione interna per contrasto per una disposizione o un principio di ascendenza eurounitaria, sono dedicati i parr. 3 ss. del Cap. IV, cui si rinvia.

[18] Pur ammettendo la stessa Corte l'esistenza di fisiologiche oscillazioni applicative: cfr., in via esemplificativa, Corte EDU, GC, 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia*, ric. n. 13279/05; sez. I, 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, ric. n. 30123/10. Per l'anticipazione di tali considerazioni nel Cap. II, cfr. *supra*, par. 7.

[19] Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ric. n. 66655/13, §§ 74-75.

[20] Come, del resto, avvenuto nella poco sopra citata *Contrada c. Italia*. Sul punto, ricordiamo come, a nostro modo di vedere, detta scelta non appaia scorretta, purché applicata con coerenza. Nel caso citato, infatti, l'intensità del contrasto giurisprudenziale aveva dato luogo a un deficit di tipicità della fattispecie che, come evidente, non sarebbe potuto ricadere sul consociato, per quanto deprecabile ne risultasse la condotta. Nondimeno, in casi simili veniva valorizzata l'esperienza dell'agente (che per certo sarebbe stata ravvisabile nei confronti del capo della Squadra Mobile di Palermo) al fine di escludere l'imprevedibilità di una condanna anche costituente l'esito di una profonda oscillazione giurisprudenziale.

In secondo luogo, si è già evidenziata (Cap. II, par. 7) la matrice comune a contrasti e mutamenti. Pur essendo state proposte ulteriori e ancor più dettagliate partizioni[21] – che, nondimeno, non trovando riscontro nel dato positivo ci pare sottendano un certo grado di apoditticità – la differenza tra le due entità si apprezza solo da un punto di vista strettamente quantitativo[22]. Se un longevo orientamento viene ribaltato da una decisione che sancisce un'opposta soluzione interpretativa, quest'ultima costituisce senz'altro un mutamento. Ma, a ben vedere, essa al contempo instaura altresì un contrasto. Non va infatti dimenticato che il contrasto si limita a descrivere la contrapposizione tra entità distinte che sorge al tempo stesso del mutamento e *per effetto* di esso. In questa prospettiva, il mutamento darebbe allora origine alla più 'estrema' tipologia di contrasto, poiché caratterizzata dalla contrapposizione di '*n*' *versus* uno, ma pur sempre tale. Il mutamento, più correttamente, è il *potenziale punto di avvio* di un contrasto, senz'altro più immediatamente percepibile, ma che per ciò solo non può godere di una tutela esclusiva, a scapito di situazioni che appaiono parimenti meritevoli di copertura. È vero che con il mutamento si assiste alla formulazione di una nuova regola che pericolosamente retroagisce travolgendo la precedente, ma a ben vedere, in occasione del contrasto, una vera regola spesso non c'è proprio, posto che al momento dei fatti nessuna delle soluzioni già emerse in via pretoria prevale sulle altre[23]. Sicché, tanto nel caso del mutamento, quanto – entro certi

[21] Per esempio A. GALANTE, *Legalità e mutamenti giurisprudenziali nel diritto penale*, Firenze, 2021, 164 s., distingue tra mutamenti e *overrulings*, considerando il secondo come una sottospecie del primo e dotato di una peculiare autorevolezza, tale da determinare la perdita della forza vincolante del precedente: «[p]ertanto, mentre tutte le decisioni che deviano per la prima volta da una precedente giurisprudenza danno luogo ad un mutamento giurisprudenziale, solo quelle che determinano la perdita di autorità della precedente pronuncia sono veri e propri *overrulings*».

[22] Invero, ci troviamo parzialmente scettici in ordine alla stessa praticabilità della distinzione, posto che – come ci pare evidente – affinché si inneschi un contrasto è necessario un mutamento, con ciò inevitabilmente confondendosi i due termini all'apparenza così lontani. Peraltro, è agevole rilevare come il mutamento – a mo' di un fotogramma – fissi uno specifico istante, in cui una decisione si discosta dai precedenti, là dove il contrasto – a mo' di un corto- (sincronico) o lungo- (diacronico) metraggio – necessariamente implica una valutazione cronologicamente più dilatata. Affiorando, per l'effetto, tutta la difficoltà di un paragone tra entità, in questi termini, strutturalmente divergenti. Nel testo, ad ogni modo, confutiamo la nettezza della distinzione anche presupponendone la legittimità.

[23] Ci sembra che la citata bipartizione, oggi all'apparenza incontestabile in seno alla letteratura penalistica, derivi da un chiaro '*snowball effect*'. Introdotta nella penalistica da Elisabetta Grande, in occasione del lavoro summenzionato – al precipuo scopo di ricollegare i contrasti al "gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari" e i mutamenti a una delle situazioni che avevano dato luce all'orientamento relativo all'applicazione del criterio della buona fede nelle contravvenzioni –, la distinzione costituisce un'importazione del diritto processuale civile e, segnatamente, da S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 118 ss. Invero, in tale sede, la stessa consisteva nella mera scissione dei contrasti sincronici da quelli diacronici, senza che fossero menzionati i mutamenti, proprio in quanto costituenti un'entità strutturalmente incomparabile. Ciononostante, la distinzione, ulteriormente complicata dalla (fuorviante) aggiunta dei mutamenti, è stata gradualmente e carsicamente fatta propria dalla penalistica che, a nostro modo di vedere, ne ha parzialmente frainteso l'essenza. A ben vedere, scriveva Sergio Chiarloni che i «contrasti che più sfavorevolmente colpiscono l'osservatore esterno [siano] i contrasti segnati da un nesso di vicinanza temporale molto stretto, o addirittura da un nesso di quasi contemporaneità», rilevando poi che nel caso dei contrasti diacronici «le ragioni della stabilità, se non la si vuole meccanicamente concepire come rigida e inalterabile fissità, possono trovarsi a dover cedere le armi alle ragioni del cambiamento, senza per questo negare se stesse, ma, anzi, riaffermandosi ad un superiore livello di sintesi storica». Se l'Autore mostrava, quindi, un *favor* per i contrasti diacronici, ritenendo per contro i contrasti sincronici particolarmente odiosi, lesivi dell'affidamento e, per l'effetto, bisognosi di un vincolo al precedente che ne riducesse il numero, è frequente rilevare nell'attuale

limiti – del contrasto, interviene una regola che, al momento delle condotte astrattamente delittuose, o non esisteva o non si era adeguatamente formata.

Da ultimo, va ribadito che anche a voler mantenere ferma la differenziazione sul piano strutturale, non si può negare l'esistenza di un denominatore comune circa i principii cui contrasti e mutamenti fanno capo. Se il mutamento pare stridere con il principio di irretroattività *in malam partem*, il contrasto, come visto, interessa la determinatezza e la riconoscibilità del precetto[24].

Per esigenze di semplificazione, continueremo nel prosieguo della trattazione a riferirci alla bipartizione contrasto-mutamento, anche in ragione della corrispondente differenziazione dei rimedi a tutela dell'affidamento che la dottrina ha variamente proposto, pur con l'accorgimento che senza un mutamento un contrasto non può esistere e che, semmai, la distinzione mantiene rilievo sui piani numerico e cronologico[25].

1.2. 'Applicazione' e 'disapplicazione' come giustificazione dogmatica al problema dell'imprevedibilità: un preludio del Capitolo IV

Di una tale impostazione hanno innegabilmente risentito le vicende giurisprudenziali connotate anche da aspri e protratti contrasti ermeneutici, tanto che le spesso timide soluzioni prospettate dalla dottrina – la quale ha pur mostrato una sensibilità non corrisposta dalla giurisprudenza – non hanno fatto presa nell'esperienza pratica. Infatti, si vedrà come la maggior parte delle trattazioni, pur con minimi

---

penalistica una vertiginosa inversione di prospettiva, tale per cui la 'sincronia' dovrebbe mettere il consociato sull'attenti, là dove la 'diacronia' – peraltro talora indebitamente sovrapposta al mutamento – ne imporrebbe il proscioglimento.

[24] In questa prospettiva, riprendiamo quanto anticipato alla nota che precede, sottolineando che, a nostro avviso, anche la partizione tra contrasti sincronici e diacronici ci pare sopravvalutata, scontrandosi con l'obiezione, difficilmente superabile, che non esiste alcun criterio oggettivo idoneo a sancire quando un contrasto passi dall'essere sincronico a diacronico. Sul punto, calzante ci sembra – *mutatis mutandis* – il rinvio al paradosso del sorite evocato da O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 2, 17: «come è impossibile stabilire "quanti chicchi fanno un mucchio", così sarebbe difficile stabilire "quante sentenze fanno un orientamento consolidato"». Esemplificando: su di una immaginaria linea delle oscillazioni giurisprudenziali, i poli sarebbero rispettivamente rappresentati dal contrasto in cui l'orientamento peggiorativo soverchi quello *in bonam partem* e dal mutamento *in malam partem*: certamente irrilevante il primo, certamente meritevole di tutela il secondo. Nel mezzo, si colloca casistica infinita di combinazioni le quali, gradatamente, meritano una crescente tutela dell'affidamento. Continuando nell'esempio, appena prima del mutamento si collocherà il contrasto giurisprudenziale tra numerose decisioni *in bonam partem* e poche sentenze *in malam partem*: un conflitto, certo, ma che pende numericamente verso le soluzioni favorevoli al punto da non poter non dare adito a una tutela del singolo che abbia fatto affidamento su tale, preponderante, orientamento. Peraltro, su tale valutazione inciderebbero ulteriori fattori: basti pensare al caso in cui, per converso, il pur minoritario orientamento sia di più recente formazione, suggerendo l'ormai maturato superamento della previgente *regula iuris*.

[25] Nel senso che l'affidamento dell'agente il quale incapperà nel 'caso zero' subisce una violazione senz'altro più clamorosa rispetto al soggetto che operi in un contesto 'ermeneuticamente' dispersivo, nel quale purtuttavia la soluzione peggiorativa che gli viene applicata abbia già trovato almeno un precedente. Vero è che ciò non muove, a nostro modo di vedere, il deficit di prevedibilità che alligna in entrambe le situazioni, posto che, nella seconda, esso può emergere alla stregua di mancanza di tipicità di una fattispecie in ragione del protrarsi di un contrasto che ne ha impedito la corretta affermazione.

scostamenti da autore a autore, si risolva in una rilettura dei paradigmi degli artt. 2 e 5 c.p. astrattamente condivisibile che, però, continua ad attendere in un limbo un recepimento da parte della giurisprudenza che fatica ad arrivare.

Preso atto di ciò – ed essendo innegabile che le tesi avanzate indichino una comune direttrice –, la enucleazione di una ulteriore variante ai paradigmi già esplorati da ogni angolatura ci sembra poco utile. È un argomento cui dedicheremo l'ultima parte della nostra ricerca, ma che riteniamo doveroso anticipare già in queste battute. Quello che cercheremo di fornire, dopo avere analizzato i diversi antidoti alla prevedibilità presentati sinora dalla dottrina, è (non tanto un correttivo, quanto) una proposta di metodo che, anche con riferimento ai contrasti giurisprudenziali, al pari dei mutamenti, possa rendere di più agevole fruizione i rimedi esistenti. Come si vedrà, la ricostruzione muoverà dalla anomala casistica di imprevedibilità – emersa, seppur soltanto a sprazzi, nel Capitolo II[26] – scaturente dai c.d. conflitti triadici tra disposizioni. Facendo leva sul concetto di 'disapplicazione' – inteso nell'accezione 'comunitaria' – si instaurerà un parallelismo con le altre forme di disapplicazione che sovvengono nel diritto penale, a partire da quella che attinge l'atto amministrativo. Quindi, si cercherà di estendere il paradigma della disapplicazione – intesa alla stregua di non-applicazione di un'entità giuridica – anche all'attività interpretativa, nella misura in cui si sostiene che la preferenza espressa dall'interprete per un orientamento su un altro non determina il venir meno dello stesso, bensì il mero 'congelamento' di esso, che ben potrà riemergere in séguito. Con la conseguenza che, non essendo questo orientamento mai venuto meno – se non una volta divenuto del tutto minoritario, alla luce di una reiterata disapplicazione, e, di fatto, caduto in desuetudine – ma, anzi, rimanendo a ogni effetto *vigente*, il consociato potrà continuare a riporvi il proprio affidamento, non potendo essere penalizzato dallo Stato là dove abbia seguito una soluzione che un organo dello Stato stesso (la giurisprudenza) abbia precedentemente offerto in sede applicativa.

Insomma, pur non negando – come vedremo – la nostra preferenza verso alcuni rimedi, ciò che conta è un'applicazione giurisprudenziale quantitativamente più frequente degli stessi, sia essa mediante l'una o l'altra soluzione, con ciò assumendo rilievo la necessità di una solida giustificazione dogmatica cui la giurisprudenza possa rifarsi.

[26] *Supra*, Cap. II, par. 4.4. e diffusamente *infra*, Cap. IV, parr. 3 ss.

2. Il *prospective overruling* come possibile antidoto alla intrinseca retroattività del diritto giurisprudenziale e la ritrosia verso il paradigma del giudice-fonte

Numerose posizioni dottrinali hanno scorto nella disposizione dell'art. 2 c.p. un rimedio o, quantomeno, un punto di partenza su cui elaborare una modalità di gestione degli illeciti interpretativi sul piano intertemporale. Il presupposto, comune a ciascuna delle ricostruzioni, risiede nella equiparazione – quanto a effetti[27] – del diritto giurisprudenziale al diritto positivo, essendo in proposito evidente l'analogia secondo cui i due formanti operano. Quando una decisione è chiamata ad affrontare un caso nuovo – di cui effettivamente non constino precedenti accostabili, o che sia ritenuto tale all'esito di un *distinguishing*[28] – così come quando ritenga opportuna una virata dalla lettura interpretativa che, sino a quel momento, governava i casi analoghi, la stessa arricchisce il panorama giuridico innovandolo con una regola prima non esistente. Tale operazione, come evidente, non si discosta negli effetti dalla entrata in vigore di una nuova legge: entrambe saranno destinate a disciplinare per il futuro le vicende ricadenti nel loro perimetro oggettivo, e i consociati saranno tenuti alla conoscenza tanto dell'una, quanto dell'altra.

La principale differenza risiede nel contesto in cui le due regole vengono formulate: nell'ambiente 'neutro' della Gazzetta Ufficiale il diritto positivo, in sede giudiziale la regola di elaborazione pretoria. Come conseguenza, con l'entrata in vigore di una nuova *legge* viene individuato un punto, lungo la linea del tempo, che fungerà da spartiacque tra i fatti che potranno essere dalla medesima regolati e quelli che, viceversa, le sfuggiranno in virtù del chiaro disposto degli artt. 25, co. 2 Cost. e 2 c.p. Più complesso è il meccanismo da cui scaturisce il diritto giurisprudenziale, nella misura in cui la regola decisoria viene elaborata movendo dal caso concreto al vaglio dell'interprete, mediante un adattamento del diritto positivo in funzione dello stesso[29]. Altrimenti detto, la regola giurisprudenziale nasce 'pronta all'uso', per essere *immediatamente* applicata. Ma è proprio in ciò che si genera il cortocircuito per cui detta regola – là dove si discosti dai precedenti o là dove decida un caso mai prima esaminato – disciplina la vicenda che ne ha stimolato la scaturigine, inevitabilmente

---

[27] Prerequisito che, come evidente, appare pienamente recepito dalla dottrina incline ad accostarsi al pensiero giusrealista o dell'ermeneutica giuridica (per cui v. *supra*, Cap. II), le quali fondano sul valore (esclusivamente!) creativo della interpretazione. Nella penalistica, sovente viene accettata una versione attenuata di tali posizioni (la quale, a nostro modo di vedere, altro non fa che riportare tali insegnamenti con toni meno graffianti per il penalista di *civil law*), ben compendiata nella espressione della giurisprudenza come 'formante' del diritto (terminologia la cui paternità è da rinvenirsi nella dottrina comparatista, per cui v. R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, 1, 1 ss. e 2, 343 ss.), ripresa nella dottrina italiana, per esempio, da F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 19 gennaio 2021, *passim*.

[28] *Amplius* S. VINCIGUERRA, op. cit., 87 ss.

[29] È quanto abbiamo visto ben espresso nel pensiero ermeneutico, compendiato icasticamente nella immagine dell'andirivieni dello sguardo da fattispecie a fatto concreto (su cui v. Cap. II, par. 2.2.1.):

retroagendo[30]. Tuttavia, il fatto che Tizio ha commesso in *t0* non può ricevere differente regolazione in ragione della sola circostanza che la regola intervenuta in *t1* sia di origine legislativa ovvero giurisprudenziale.

Solo in apparenza, ad appianare tale irragionevole disparità – che oltre a risultare in insanabile conflitto con il principio di eguaglianza, si pone in rotta con la garanzia della irretroattività *in malam partem* – basterebbe la piena equiparazione tra legge e giurisprudenza, parificandosi a tutti gli effetti lo *ius* alla *lex*, come avviene in sede convenzionale. Infatti, è noto come tale operazione genererebbe una catena di criticità ulteriori e, su tutte, l'inconciliabilità con lo stesso obbligo di sottoposizione del giudice alla legge, *ex* art. 101, co. 2 Cost.[31].

D'altronde, lo sbarramento alla percorribilità di tale itinerario è stato affermato dalla stessa Corte costituzionale che, con sentenza n. 230 del 2012, ha ritenuto inammissibile detta equiparazione, sebbene con riguardo alla ipotesi, invero distinta, del mutamento *in bonam partem*[32]. Un'apertura, in tal senso, sembrava essere stata convintamente segnata dalla Suprema Corte che, riunita nel massimo consesso[33], aveva riconosciuto l'applicabilità dell'istituto dell'indulto anche a soggetti che, sulla base della previgente interpretazione, non ne avrebbero potuto beneficiare, in ragione dell'*overruling* favorevole pronunciato dalle stesse Sezioni Unite in altra occasione[34]. Per questo, incoraggiato da

---

[30] Sulla "retroattività occulta" v. ampiamente A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., *passim*; nonché A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 2202 ss.

[31] V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2024, 131.

[32] Tanto che in dottrina si è talora affermato che, a contrario, in alcune righe della motivazione potrebbe intravedersi una certa apertura nei confronti del mutamento sfavorevole: in tema, R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo*, cit., 1799, il quale rileva come la Corte, effettivamente, avesse precisato che «stante l'"affidamento" generato nei consociati dalla decisione delle Sezioni Unite, il giudice della cognizione che si discosti da quest'ultima non potrebbe comunque condannare l'imputato, in virtù della ipotizzata estensione del principio di irretroattività anche alla nuova interpretazione sfavorevole della norma penale». Un passaggio nel quale, come evidente, «la stessa Corte lascia intendere che può operare il principio di irretroattività [con] portata generale essendo estensibile a tutte le ipotesi di mutamento giurisprudenziale sfavorevole».

[33] Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 18288, *Beschi*, con nota di R. RUSSO, *Il ruolo della* law in action *e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2011, 29 ss. Le Sezioni unite, con una motivazione profondamente criticata in epoca successiva, inquadravano lucidamente «il vero problema di fondo, che è quello del rapporto tra legge e giurisprudenza – o, meglio – tra norma e interpretazione», aderendo a una soluzione cui, poi, solo pochi si sarebbero rifatti, in dottrina e giurisprudenza (in termini positivi, riconoscendo in tale decisione una sapiente opera di "mediazione culturale", M. VOGLIOTTI, op. cit., 51, nonché ID., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, Milano, 2015, 165 ss. In particolare, la questione atteneva alla presenza di un *overruling* in tema di indulto, determinato a partire da Cass. pen., Sez. Un. 10 luglio 2008, n. 36527, *Napoletano*, con cui il massimo collegio aveva per la prima volta ritenuto applicabili le norme dell'indulto anche a condannati all'estero trasferiti in Italia per la sola espiazione della pena; il quesito di fondo andava però a concentrarsi sul se il diritto vivente fosse considerabile davvero una fonte, il che andava a rivangare la *vexata quaestio* dei rapporti tra legge e giurisprudenza e, ancor prima, lo stesso ruolo della legalità *ex* art. 7 CEDU. Per ulteriori approfondimenti, cfr. 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. – Riv. trim.*, 2012, 3-4, 167 ss.

[34] Nondimeno, la scia tracciata dalla sentenza *Beschi* ha conosciuto alcune sporadiche applicazioni in sede di legittimità, specie in materia di esecuzione, in ipotesi di mutamenti giurisprudenziali *in bonam partem* fatti valere dagli interessati

tale dimostrazione di modernità, il Tribunale di Torino, in veste di giudice dell'esecuzione, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che l'*abolitio criminis* di origine giurisprudenziale, a seguito di mutamento *in bonam partem*, potesse dare luogo alla revoca del giudicato di condanna al pari di quella positivizzata all'art. 2, co. 2 c.p.[35]. In tale procedura, tuttavia, la Consulta leggeva una inaccettabile «trasfigurazione della riserva di legge in riserva di diritto»[36]. A ben vedere, la chiusura espressa sul punto dai giudici costituzionali appariva rivolta, più in generale, allo stesso fenomeno del diritto giurisprudenziale[37]. Visibilmente preoccupata del ruolo che, all'esito di un tale mutamento di paradigma, avrebbe potuto assumere il giudice comune, La Corte erigeva un muro a presidio dei canoni della legalità tradizionalmente intesa, rilevando la minore estensione del principio convenzionale di legalità penale rispetto a quello previsto in Costituzione, al primo rimanendo «estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost.»[38]. Veniva, cioè, recisamente rinnegata l'immagine della giurisprudenza-fonte[39], assegnataria

mediante incidente di esecuzione. In particolare, cfr. Cass. pen., sez. I, 12 febbraio 2016, n. 12955, *Buscaglia*; Cass. pen., sez. III, 1º aprile 2014, n. 27702, *Auricchio*.

[35] Il Tribunale di Torino, in veste di giudice dell'esecuzione, era stato interessato da incidente di esecuzione al fine di dare rilievo, *in bonam partem*, a un mutamento interpretativo favorevole. La questione di diritto muoveva da una discussa riforma del 2009 (con legge n. 94) intervenuta al fine di modificare, circoscrivendolo, l'ambito soggettivo della contravvenzione di omessa esibizione di documenti di identità da parte di soggetti stranieri, prevista all'art. 6, co. 3, t.u. immigrazione, rispetto alla quale risultava incerto se potesse assurgere ad *abolitio criminis* o meno. A dirimere il contrasto erano intervenute le Sezioni Unite (Cass. pen., Sez. Un., 27 aprile 2011, n. 16543, *Alacev*) che riconoscevano effetto abolitivo alla novella di cui sopra (in aggiunta a dettagliate argomentazioni a carattere sistematico, in favore di tale conclusione militava la *littera legis*, che tra le condotte di omessa esibizione del documento di identità e del documento di soggiorno inseriva la congiunzione "e", dando, ovviamente, per presupposta la espunzione dal campo di applicazione della disposizione la figura del soggetto soggiornante 'irregolare', come tale privo di entrambi i documenti).

[36] Cfr. C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, 1, 185; in senso favorevole a tale ricostruzione, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 105 ss., la quale ritiene fermamente non si possa passare da una dimensione di riserva di *legge* a riserva di *diritto*; la prima risulterebbe, nel nostro ordinamento, irrinunciabile: l'Autrice conferma questa sua tesi ritenendo che la chiusura di sistema sia garantita dalla Corte costituzionale, che assicura il rispetto di tale principio.

[37] 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.*, 2016, 1, 371, ripreso anche da D. PERRONE, op. cit.,, 219, laddove segnala il *self-restraint* adottato dalla decisione nei confronti del possibile trapianto all'interno del nostro sistema del criterio della prevedibilità, definendolo una "tendenza conservatrice" della Consulta, la quale ha rifiutato di «volersi aggiornare culturalmente al diritto come disposizione e norma, che pure fa parte della sua quotidiana epistemologia (diritto vivente, la norma reale come oggetto di legittimità, sentenze interpretative, rinvio costante all'interpretazione conforme compiuta dalla magistratura ordinaria etc.)».

[38] Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, § 7.

[39] Cfr. Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, § 11, per cui, «ad opporsi ad una simile equazione non è, peraltro, solo la considerazione – svolta dalla giurisprudenza di legittimità precedentemente richiamata, in sede di individuazione dei confini applicativi dell'art. 673 cod. proc. pen. – attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una pronuncia delle Sezioni unite. Vi si oppone anche, e prima ancora – in uno alla già più volte evocata riserva di legge in materia penale, di cui allo stesso art. 25, secondo comma, Cost. – il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge».

di un ruolo soltanto dichiarativo[40], con ciò risultando superflue le proposte di tutela dei consociati avverso gli illeciti di matrice giurisprudenziale. A dette prospettive di tutela del singolo era, insomma, preferita la preservazione di una identità costituzionale ad accezione forte[41].

2.1. Struttura e limiti applicativi di un rimedio prevalentemente teorico

Se è con tale, irremovibile, posizione che si deve misurare la dottrina la quale intenda rinvenire un qualche antidoto a presidio del principio di prevedibilità, nondimeno, «anche dal punto di vista del positivista più ostinato, una certa funzione creativa va riconosciuta alla giurisprudenza, in relazione [alla] qualità che le regole del diritto scritto talvolta assumono e sempre più spesso, secondo taluni punti di vista, dovrebbero assumere nel governo della società complessa»[42].

Di qui, dunque, l'imprescindibilità di uno sguardo al di là della Manica e, più oltre, dell'oceano, ai paradigmi inglese e statunitense, fisiologicamente più attrezzati nei confronti delle regole di elaborazione giurisprudenziale. Che la tutela dell'affidamento risulti, anche in detti contesti, un'esigenza cui far fronte[43], è infatti cosa nota. Più specificamente, il tema viene declinato sul piano

---

[40] Posizione, questa, allineata alle coeve Sezioni Unite civili (Cass. civ., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144) che, purtuttavia, autorizzavano, a «determinate condizioni, la praticabilità del *prospective overruling* al fine di evitare gli effetti "penalizzanti" d'un improvviso *revirement* su norme processuali, [avendo] tenuto, infatti, ferma la valenza soltanto dichiarativa dell'interpretazione giurisprudenziale, a fronte della quale la giurisprudenza si limita a disvelare una potenzialità semantica del testo, senza porsi quale vera fonte di "nuovo diritto"», secondo quanto rilevato da V. NAPOLEONI, op. cit., 176. Per un commento a detta sentenza, v. F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di* overruling, in *Corr. giur.*, 2011, 1392 ss.

[41] Cfr., in particolare, O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, 5, 3464 ss., il quale ritiene come la questione rimessa alla Corte costituzionale andasse a porre in discussione le stesse radici del sistema, ponendo i giudici costituzionali di fronte ad un'alternativa. Opportunamente, secondo l'Autore, la Consulta avrebbe schivato una trattazione *ex professo* dello stato della legalità, pur affermandone il paradigma più tradizionale. Ciò, in antitesi rispetto a correnti di pensiero ritenute imprudentemente avanguardiste: «Il nuovo millennio ha portato con sé un diritto penale (e processuale penale) liquido, altamente deformabile dall'intervento giurisprudenziale, in balia delle più disparate suggestioni europee, retto da principi ritenuti, a torto, obsoleti e, quindi, resi malfermi, costantemente esposto alla smania della giustizia del caso singolo. A fronte di queste nuove tensioni alimentate spesso, ma non sempre, dall'intento di garantire i diritti fondamentali a prescindere dalla volontà di un legislatore inadeguato a fronteggiare le sfide della modernità, non deve sembrare una battaglia di retroguardia invocare il principio di legalità la riserva di legge, l'intangibilità del giudicato». In prospettiva simile, V. MANES, *Prometeo alla Consulta*, cit., 3841 s., il quale ritiene la pronuncia in oggetto non un'abiura del sempre più decisivo formante giurisprudenziale, indifferente alle istanze di razionalizzazione del sistema, quanto un limite al ruolo para-normativo che il giudice non può varcare, in quanto ciò creerebbe un eccessivo disequilibrio del sistema, facendo venire meno la stessa quadratura costituzionale.

[42] S. CHIARLONI, op. cit., par. 3, alludendo, in particolare, alla legislazione per principii e al fenomeno delle clausole generali. Pur prescindendo da una espressa adesione a opposte opzioni teoriche, poco sopra, l'illustre Autore rileva condivisibilmente che «l'attività creativa più intensa ad opera della giurisprudenza può venire e di solito viene, in ambiente giuspositivistico, contrabbandata come un'attività meramente dichiarativa ricorrendo all'*escamotage* di dichiarare che soltanto la soluzione attuale del singolo problema affrontato è corretta "alla luce del diritto vigente", men tre quelle diverse o contrarie che vengono abbandonate meritano simile destino, perché erano invece inquinate dall'errore».

[43] In senso parzialmente contrario, v. però V. VALENTINI, op. cit., 159 ss. e spec. 170 ss., ove viene rilevato che nel sistema britannico – ove la irretroattività verrebbe concepita alla stregua di una mera "presunzione vincibile" – le deroghe al *nullum crimen sine praevia lege* siano giustificate, e tendenzialmente indiscusse, ove si tratti di punire violazioni di diritti

dei mutamenti sfavorevoli prospettandosi, a riguardo, adeguate contromisure alla congenita retroattività dell'interpretazione[44].

Il paradigma dello *stare decisis* – originariamente riflesso nella teoria dichiarativa, tuttavia da tempo transitata da dogma a "*childish fiction*"[45] – pur assurgendo a vero e proprio obbligo giuridico[46], conosce alcune deroghe: in parte necessarie, nella misura in cui l'assoluta fissità[47] determinerebbe l'obsolescenza del sistema nei confronti della realtà, e tuttavia particolarmente '*slippery*', rispetto alle esigenze di orientamento dei consociati. Più specificamente, là dove il giudice ritenga di discostarsi da un precedente, il più delle volte sarà propenso a farlo velatamente, mediante un *distinguishing* che, "spaccando il capello"[48], incentiva una esaustiva ricognizione del quadro dei precedenti esistenti sul *thema decidendum*[49]. E tuttavia, accanto a questa ipotesi 'implicita' (e per il consociato alquanto rischiosa) di evoluzione ermeneutica[50], il decisore può altresì considerare opportuno prendere le distanze dalla precedente regola di giudizio esistente su un caso ritenuto speculare, di fatto correggendo la erroneità della previgente lettura interpretativa. L'*overruling*, cioè, segna un cambio di rotta doveroso, all'esito di un bilanciamento nella eterna dialettica tra stabilità e correttezza della soluzione giuridica che, in tal caso, pende in favore della seconda. Del resto, la possibilità di ribaltare il precedente ha trovato esplicita ratifica nel *Practice Statement* reso dalla *House of Lords* nel 1966

---

fondamentali. Connotandosi, detto ordinamento, come «sbilanciato sulle istanze di sicurezza, sull'idea di retribuzione-vendetta, sulla salvaguardia delle vittime», con una netta preferenza per i principi d'ispirazione collettivo-garantista su quelli liberali. Radicalmente diversa l'opinione dell'Autore circa il sistema nordamericano (179 ss.) nel quale, rinviene, per contro, una speciale attenzione verso i *constitutional standards*, mai subordinabili a esigenze di difesa sociale, di sicurezza e di lotta al crimine.

[44] Sulle connessioni tra *prospective overruling* e retroattività della *regula juris* giurisprudenziale, di recente, M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, I, Milano, 2024, 1016 ss.

[45] R. MANDELLI, *Recenti sviluppi dello* stare decisis *in Inghilterra ed in America*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 662, nel richiamare l'espressione risalente a John Austin.

[46] Pur costituendo da tempo prassi consolidata, sarebbe evoluto a obbligo giuridico soltanto nel XIX Secolo, in occasione, in particolare, della riorganizzazione gerarchica delle corti inglesi per mezzo dei *Judicature Acts* del 1873-1875. Sarebbe, quindi, stato formalmente recepito dalla giurisprudenza con la sentenza *London Street Tramways Ltd. v. London County Council*, AC 375, nel 1898, come rileva F.M. DAMOSSO, *Riflessioni organiche sul precedente anglo-americano*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 21 ottobre 2020, 5 s. *Amplius*, sul tema, U. MATTEI-E. ARIANO, *Il modello di* common law, Torino, 2018, 177 ss.

[47] Argomento, anche questo, da ridimensionare, considerata la rilevantissima produzione di *statute law* che caratterizza gli ordinamenti britannico e nordamericano e demistifica il carattere presuntamente giurisprudenziale-puro degli stessi. Sulle connessioni tra '*statutorification*' e '*overcriminalization*' A. SANTANGELO, op. cit., 168-172. In tema anche A. CADOPPI, *Il codice Zanardelli e la codificazione nei paesi di* common law, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 4, 1052 ss. nonché, più di recente, D. PERRONE, op. cit., 267.

[48] U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e* stare decisis, in *Dig. disc. priv. – Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, par. 11.

[49] A. SANTANGELO, op. cit., 212.

[50] H.C. BLACK, *Law of Judicial Precedent*, Minnesota, 1912, 62: «The process of distinguishing cases is a legitimate and even necessary part of the right application of the doctrine of precedents. It is only by this means that the value and importance of earlier decisions can be exactly appraised and certainty and precision be given to the principles of law announced from the bench».

che, di fatto, ne ha ammesso la revisione, seppur riservandola – in senso orizzontale[51] – a sé medesima[52].

Va detto che, in verità, pur a seguito di detta legittimazione, il numero degli *overrulings* nel diritto giurisprudenziale britannico, così come – benché si registri una maggior flessibilità[53] – in quello nordamericano[54], resta contenuto e, comunque, senz'altro meno consistente delle svolte interpretative che conosciamo all'interno del nostro ordinamento[55]. La tendenza a propendere per decisioni di natura conservativa sarebbe dettata – oltre che dal costante rischio di un eccessivo sconfinamento nelle prerogative riservate al legislatore (criticità che, peraltro, vedremo essere alla base altresì dei correttivi agli *overrulings*) – proprio dalla principale controindicazione che il mutamento reca con sé, ovverosia dalla intrinseca retroattività del medesimo. Di qui, una serie di accorgimenti volti ad autorizzare detta pratica solo allorquando essa si appalesi davvero imprescindibile e fondata, come eloquentemente testimoniato oltreoceano, da quanti prospettavano la necessità di una *supermajority* all'interno del collegio giudicante per autorizzare il ribaltamento interpretativo[56].

A fronte della più o meno estrema cautela con cui lo strumento dell'*overruling* viene impiegato, restano ferme le criticità derivanti dall'utilizzo in concreto del medesimo, ove si consideri la mancanza, per le ragioni culturali suesposte, di una esplicita costituzionalizzazione del divieto di

---

[51] Mentre un ufficio gerarchicamente subordinato non può ribaltare il precedente affermato dal giudice sovraordinato, può farlo in relazione ai propri precedenti. Sennonché, tale regola trova nel *Practice Statement* un limite ulteriore, essendo riservata alla House of Lords, benché, negli anni successivi, la Court of Appeal abbia provato a estenderla a proprio favore: per approfondimenti, A. SANTANGELO, op. cit., 175 s.

[52] Testualmente riportato in L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il ruolo del precedente nel* common law *inglese*, in U. VINCENTI (a cura di), *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, Padova, 1998, 182 ss.: «I Lords considerano l'uso del precedente come un fondamento indispensabile su cui decidere quale sia il diritto e la sua applicazione ai casi particolari. Esso offre almeno un certo grado di certezza su cui gli individui possono basarsi nella condotta dei propri affari nonché una base per uno sviluppo ordinato delle regole giuridiche. Nondimeno i Lords riconoscono che un'adesione troppo rigida al precedente può condurre all'ingiustizia nel caso di specie nonché inibire l'adeguato sviluppo del diritto. Da ciò il loro proposito di modificare l'attuale pratica e, pur mantenendo i precedenti di questa Camera come di regola vincolanti, di dipartirsi dalle precedenti decisioni quando appaia giusto farlo. A questo proposito essi terranno a mente i pericoli insiti nel disturbare retroattivamente le basi su cui si sono fondati i contratti o le negoziazioni in materia fiscale o proprietaria, nonché le particolari esigenze di certezza quali quelle in materia penale. Il presente annuncio non intende avere effetto sull'uso del precedente in sedi diverse da questa Camera dei Lords».

[53] A. SANTANGELO, op. cit., 193 s., in prospettiva opposta a quella condivisa da Vico Valentini e illustrata *supra*, nt. 43, ritiene tuttavia che in tale ordinamento «la deferenza imposta nei confronti del precedente non è da intendere in termini assoluti: talvolta, è necessario accettare gli effetti negativi che conseguono al *novum* giurisprudenziale, in ragione di preminenti interessi di carattere collettivo». Analogamente, F.M. DAMOSSO, op. cit., 38 ss., enumera quali possibili fattori di un più disinvolto ricorso alla tecnica di *overruling* nel sistema nordamericano la presenza di una Costituzione scritta; la struttura federale dell'ordinamento; la capillare organizzazione del *law reporting*; l'istituzione delle *Law Schools* e il diffondersi del pensiero sociologico di Roscoe Pound.

[54] Così già E. WAMBAUGH, *The Study of Cases*, Boston, 1894, 108, testualmente ripreso in U. MATTEI, op. cit., par. 11: «il potere di *overruling* è stato assai di rado utilizzato come mezzo di improvviso cambiamento del diritto, ma è stato semplicemente adoperato come un lento sistema per portare i vecchi princìpi in armonia con le idee moderne. In altre parole, viviamo in un sistema di *stare decisis* leggermente temperato dal potere di *overruling*».

[55] Sulle criticità sottese all'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p., il quale pur dovrebbe contribuire a deflazionare il numero dei contrasti che insidiano la stabilità ermeneutica del sistema penale italiano, v. *infra*, par. 2.3.

[56] Ancora, A. SANTANGELO, op. cit., 197, la quale richiama la decisione *Burnet c. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932).

retroattività con riferimento al diritto di formazione giurisprudenziale[57]. Problematica di certo non accantonata – a nostro modo di vedere – dalla marcata preminenza degli *statutory crimes* sui *common law crimes*, essendo del tutto evidente che anche lo *statute* è un canovaccio[58] soggetto a interpretazione, su cui si formeranno precedenti potenzialmente esposti al rischio di superamento.

In questa prospettiva, divenne presto chiara la necessità di erigere una qualche forma di tutela per i casi in cui il giudice ritenesse doveroso enunciare una *regula juris* che si discostasse dal precedente: sicché, nel sistema nordamericano iniziò a farsi strada, con una graduale transizione dal pensiero dottrinale alla esperienza giurisprudenziale, l'idea che il decisore potesse ribaltare lo *status quo ante* interpretativo *prospectively*. Altrimenti detto, per il tramite del *prospective overruling* il giudice modula gli effetti intertemporali della pronuncia, «decidendo […] il caso di specie in applicazione della regola superata»[59], per evidenti ragioni di affidamento. Affidamento che, in tal modo, viene preservato, al tempo stesso assicurandosi la necessaria evoluzione interpretativa dell'ordinamento.

Nondimeno, va sul punto osservato che detto rimedio non ha trovato che sporadica applicazione pratica (e tanto basterebbe, a nostro avviso, a far desistere quanti ne sollecitano l'adozione all'interno del nostro sistema, il quale nemmeno è imperniato su analoga regola di *stare decisis*). Se negli Stati Uniti possono tuttavia contarsi illustri esempi – portati avanti a partire dal pensiero di Justice Cardozo[60] –, nel Regno Unito tale tecnica risulterebbe addirittura "atrofica"[61], rimanendo confinata entro il perimetro delle opzioni teoriche e, semmai, accantonata a beneficio di rimedi alternativi[62].

Nonostante la condivisibile matrice compromissoria che lo innerva, il *prospective overruling* è infatti andato incontro a una serie di obiezioni difficilmente superabili e racchiudibili, con una formula, nella

---

[57] Ricavabile, per contro, con riferimento al diritto scritto già dalla *rule of law* nel sistema britannico e dal divieto di *ex post facto law* nel sistema nordamericano.

[58] Così V. VALENTINI, op. cit., 162.

[59] U. MATTEI, op. cit., par. 15. I primi casi documentati, in particolare, coincidono con *Woodstock Iran Co.*, 10 50 635 (1891); *Kelley, Thoads*, 51 P. 593 (1898); *Harris, Jex*, 55 N. Y. 421 (1874).

[60] In giurisprudenza, in occasione della sentenza *Great Northern Ry Co. v. Sunburst Oil & Reflining Co.*; in dottrina, in M.E. HALL, *The Nature of Judicial Process*, in ID., *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, New York, 1947, *passim*.

[61] Così U. MATTEI, op. cit., par. 15, il quale all'uopo riporta le parole della polemica portata avanti da Lord Scarman nei confronti di Roger J. Traynor: «Il legislativo si preoccupa di regolare il futuro e non il passato. Il suo ruolo è nettamente differenziato da quello delle Corti. La funzione di queste deve necessariamente essere quella di stabilire fatti passati rilevanti per la disputa da risolvere e quindi rendere il giudizio su questi fatti passati una volta provati. Ho difficoltà a capire la biforcazione del processo giudiziario menzionata da Traynor e che, come tutti sappiamo, è stata utilizzata in vari Stati in America. Trovo difficile capire come un giudice possa dire che un caso viene deciso in un determinato modo per le parti che egli ha di fronte, ma dar notizia che in futuro sarà deciso in modo diverso per le diverse parti che verranno. Questa mi pare una forzatura del potere giudiziario che dobbiamo evitare se possibile».

[62] Su tutti, emerge la tecnica dell'*absolute discharge* che ammetterebbe una deroga al principio della inesacusabilità dell'ignoranza in un più vasto ventaglio di ipotesi. In particolare, la peculiare efficacia rivestita da detto rimedio – operante alla stregua di condanna meramente formale – risalterebbe specie in relazione alle fattispecie di pura creazione legislativa e di nuovo conio, permettendo una graduale diffusione della conoscenza delle stesse, sino a quando assurgano a *moral wrongs*, proprio per mezzo delle prime decisioni che ne facciano applicazione, seppur omettendo, in concreto, la punizione dell'imputato. In tema, v. ampiamente E. GRANDE, voce Justification and excuse *(le cause di non punibilità in diritto anglo-americano)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1990, spec. 316.

valenza 'demistificatoria'[63] immanente allo stesso. Altrimenti detto, la esplicita scelta del decisore di disporre soltanto per il futuro l'operatività di una nuova regola disvelerebbe con eccessiva franchezza la funzione creativa sottesa allo *ius-dicere*, mettendo a dura prova l'equilibrio che regge la separazione dei poteri. Anche in un sistema – specie quello britannico – in cui l'eredità della pur superata teoria dichiarativa appare ancora latente, «le istituzioni giudiziarie non poss[o]no porsi come gli agenti del cambiamento, appartenendo il monopolio di esso alle istituzioni che sono il luogo di residenza della sovranità popolare, cui spetta il compito di adeguare le regole giuridiche alle esigenze sociali, che via via storicamente si determinano»[64]. In definitiva, per il tramite del *prospective overruling*, la sentenza diverrebbe assai più simile al diritto positivo di nuova emanazione e, se da un lato ciò consentirebbe una miglior tutela della posizione del singolo nel caso concreto (e in tutti i casi analoghi)[65], dall'altro lato uscirebbe irrimediabilmente pregiudicata la componente democratica della *rule of law*[66]. Detta argomentazione, come evidente, diviene ancor più attuale se calata all'interno del nostro ordinamento che, a matrice marcatamente continentale, ancora meno sopporterebbe una ratifica del ruolo creativo della giurisprudenza. Con il rischio, conseguente, di far scivolare l'ipotetico correttivo nelle sacche argomentative in cui erano incorse le Sezioni Unite *Beschi*, a seguito della citata pronuncia n. 230 del 2012.

D'altronde, non si tratta dell'unica controindicazione, ancorché della più incisiva. Si è infatti altresì sostenuta l'argomentazione secondo cui la tutela offerta da detto istituto nel caso concreto al singolo conoscerebbe un intollerabile prezzo da pagare – divenendo, per l'effetto, indesiderabile – nel sacrificio cui andrebbe incontro la controparte in giudizio, che risulterà l'ultimo sfortunato soggetto a sottostare a una disciplina sfavorevole e (oltre al danno, la beffa) erronea[67]. A quest'ultima

---

[63] F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *www.sistemapenale.it*, 10 aprile 2020, 31.

[64] S. CHIARLONI, op. cit., 2.

[65] Ferma restando la eventuale declinazione del rimedio in una prospettiva generalizzata (*pure*), invece che *selective*, come rilevato da A. SANTANGELO, op. cit., 207.

[66] V. VALENTINI, op. cit., 165 ss. sostiene che tale esigenza risulti particolarmente pressante nell'ordinamento britannico, costituendo una componente della legalità prevalente su quella imperniata su di una concezione più strettamente personalistica. La principale critica mossa alla concreta praticabilità del *prospective overruling* si rinviene, nella dottrina italiana, già in W. BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi Urbinati*, 1933-34, 59, ove si afferma che proiezione al futuro sottesa a detto strumento fa sì che «si esorbiterebbe dall'ambito del diritto giudiziario vero e proprio e si verrebbe a creare una categoria di sentenze molto simili agli *arrets de règlements* francesi». Più dettagliatamente, analizza la difficoltà di penetrazione del *prospective overruling* all'interno del pensiero del giudice di *common law* U. MATTEI, Stare decisis*, Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, 309 ss., rilevando che detto paradigma comporterebbe il contemporaneo sradicamento di due pilastri del *common law* classico quali la funzione dichiarativa della giurisdizione e la distinzione all'interno della decisione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* i quali, pur avendo conosciuto serrate critiche (la prima) o contrastanti rielaborazioni (la seconda) faticano ad abbandonare il metodo di ragionamento del *common lawyer*.

[67] U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e* stare decisis, cit., par. 15; analogamente, A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 317 s. Sul punto, appare rilevante rammentare che le Sezioni Unite civili abbiano ammesso il *prospective overruling* esclusivamente in ambito processuale, non sostanziale, con ciò alimentando i dubbi avanzati dalla succitata dottrina: circa tale orientamento v. *supra*, nt. 40.

obiezione, per certo attenuata, quando non caducata, per ovvie ragioni, in materia penale, se ne sommano del resto altre. Anzitutto, la difficoltà di rinvenire un solido appiglio dogmatico, tale da consolidare 'costituzionalmente' la teoria del *prospective overruling*. Di detta criticità costituisce eloquente indizio l'incerta ascendenza del rimedio, individuata, al netto di continue contraddizioni, ora nel principio di ingiusta punizione, ora nel divieto di *ex post facto laws*, ora nei più generali e *plainest principles of justice*[68]. Senza contare, dipoi, la *querelle* – specificamente rilevante *in criminalibus* – circa il perdurare dell'interesse a impugnare una sentenza di assoluzione della parte pubblica consapevole del fatto che, anche in caso di *overruling*, mai si potrebbe pervenire alla condanna dell'imputato[69].

2.2. Le proposte dottrinali di importazione del *prospective overruling* nell'ordinamento penale italiano

L'alterna fortuna di cui il *prospective overruling* ha goduto nei sistemi di *common law* non ha fatto desistere parte della dottrina italiana da tentativi di assimilazione. È agevole rilevare come caratteri comuni a ciascuna di tali posizioni siano, da un lato, la collocazione dogmatica sul piano della irretroattività e, dall'altro lato, l'ostacolo derivante dal tenore della lettera dell'art. 2 c.p., nella parte in cui inequivocabilmente si rifà al diritto positivo[70]. Ciononostante, si registra sul punto una bipartizione, nella misura in cui parte di dette ricostruzioni opera 'a bocce ferme', parte ritiene viceversa imprescindibile un intervento normativo *ad hoc*.

Nell'ambito del primo filone si inseriscono i correttivi che incoraggiano una rilettura del nucleo forte insito nell'art. 25, co. 2 Cost., ricomprendendovi altresì il diritto interpretato. Più specificamente, l'attuale conformazione giuridica dell'ordinamento penale dovrebbe essere presa *tel quel*, ovverosia connotata da una predominante impronta giurisprudenziale. In tale prospettiva, muterebbero i rapporti di forza esistenti tra i diversi corollari della legalità, affievolendosi la rilevanza dei principii che discendono da una interazione tra legislatore e giudice (determinatezza) e divenendo centrale la relazione tra interpretazione e cittadino (irretroattività). In un sistema così ricalibrato, la irretroattività – assurta a corollario principale della legalità – non potrebbe che estendersi ai mutamenti

[68] In merito a tale obiezione e con puntuali riferimenti alla giurisprudenza nordamericana che di volta in volta ha ritenuto di farla propria, E. GRANDE, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale*, cit., 418, nt. 7.

[69] Quest'ultima criticità parrebbe superabile attraverso l'introduzione di una forma di ricorso "nell'interesse della legge", su modello di quello già previsto in sede civile all'art. 363 c.p.c., come rileva E. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, 3, 911 ss.

[70] A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 255 e, ancor più chiaramente, ID., *Legalità penale e diritto europeo:* c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 89, con riferimento al sintagma "entrata in vigore".

giurisprudenziali, altrimenti venendo meno la ragion d'essere della medesima. Di qui, «non v'è alcun dubbio che possa operare già in via interpretativa il principio di irretroattività e quindi il meccanismo del c.d. *prospective overruling*»[71]. Tale conclusione sarebbe supportata dalle sempre più vistose influenze della giurisprudenza della Corte EDU: il che non significa, secondo tali correnti di pensiero, che la legittimazione costituzionale della irretroattività giurisprudenziale debba rinvenirsi nel combinato disposto degli artt. 117 Cost. e 7 CEDU[72], potendosi ben estrapolare dallo stesso art. 25, co. 2 Cost. (oltre che dall'art. 2 c.p.). Risulterebbe, infatti, logico che, una volta allargata al diritto giurisprudenziale la prestazione cui è tenuto il consociato nel sinallagma che lo lega allo Stato[73], venga proporzionalmente ampliato l'ambito oggettivo della garanzia operante sul piano intertemporale. Questo in quanto nel suddetto sinallagma controparte del consociato non sarebbe esclusivamente il legislatore bensì, più genericamente, lo Stato, altresì comprensivo degli organi amministratori della giustizia, i quali pure dovrebbero adempiere alla propria funzione orientativa[74]. L'intimo fondamento della irretroattività conserverebbe infatti matrice personalistica[75], approfondendosi, per l'effetto, la distanza dai restanti corollari della legalità che più direttamente ne realizzano il fondamento politico-democratico[76].

A voci intermedie – che subordinavano il funzionamento dell'art. 2 c.p. nei termini anzidetti alla previa codificazione di un vincolo orizzontale del precedente[77] – se ne sono aggiunte di recente altre che prospettano la introduzione di una disposizione *ad hoc*[78]. Da tale angolatura, si è anzitutto ritenuto

---

[71] R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo*, cit., 1796.

[72] Spunti in tal senso, già prima delle sentenze 'gemelle' del 2007, che hanno consolidato il ruolo dell'art. 117 Cost., in S. RIONDATO, op. cit., 255.

[73] *Supra*, Cap. II, par. 5.1.

[74] A. GALANTE, *Legalità e mutamenti giurisprudenziali*, cit., 186. Sembra favorevole a un'apertura della giurisprudenza italiana al *prospective overruling* per via interpretativa, in ragione di una lettura costituzionalmente orientata ai sensi dell'art. 111 Cost., seppur con riferimento ai mutamenti interpretativi che intervengano in materia processuale, M. MIRAGLIA, *Successione di orientamenti giurisprudenziali nel tempo: retroattività, irretroattività e* prospective overruling, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 4, spec. 512.

[75] *Contra*, tuttavia, V. VALENTINI, op. cit., 165, con riguardo al fondamento della versione 'britannica' della irretroattività.

[76] *Ibidem*. Analogamente – e argomentando dall'intima connessione tra irretroattività e colpevolezza – F. MAZZACUVA, *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 3, spec. 425. Sostiene poi l'estensione dell'art. 2, co. 2 c.p. ai mutamenti giurisprudenziali, argomentando dalla consolidata interpretazione dell'art. 2, co. 4 c.p., rilevante con riferimento alla *abolitio criminis* parziale (come tale, relativa a *sottofattispecie*, la quale farebbe emergere la distinzione tra disposizione e norma, a propria volta utile per conferire autonomo rilievo alle interpretazioni giurisprudenziali) M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 114.

[77] In questo senso, A. CADOPPI, op. ult. cit., 324: «l'assetto proposto in questa sede, di un precedente relativamente vincolante, renderebbe più plausibile un tale fenomeno [l'operatività solo *pro futuro* del mutamento *in malam partem*, n.d.s.], dal momento che la pronuncia delle Sezioni Unite che attua l'*overruling* sarebbe presumibilmente caratterizzata – più di ogni altra pronuncia – dalla particolare autorevolezza ed anche dalla prevedibile stabilità nel tempo».

[78] Oltre a quelli *infra* citati in nota, V. MANES, *"*Common-lawisation *del diritto penale?" Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, 974; J. SILVA SANCHEZ, *Sullo stato della legalità penale*, in A.M. STILE–S. MANACORDA–V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 189. Di recente, ritiene imprescindibile una modifica dell'art. 2 c.p. – non

"più lineare" aggiungere all'art. 2 c.p. un comma 1 *bis*, dal seguente tenore: "Nessuno può essere punito per un fatto la cui punibilità, secondo l'interpretazione della legge del tempo in cui fu commesso, era imprevedibile"[79]. Parallelamente, altra posizione auspicherebbe che detto comma recitasse che "nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la prevalente interpretazione della legge penale nel tempo in cui fu commesso, non costituiva reato o era diversamente qualificato se la nuova qualificazione giuridica comporta conseguenze peggiori"[80].

Sul punto, ci limitiamo a esprimere tendenziale condivisione verso ognuno dei correttivi proposti – *de jure condito* o interpolativi che siano – nella misura in cui tutti intuiscono la stretta e inconfutabile connessione esistente tra la specifica ipotesi del mutamento peggiorativo e il principio di irretroattività.

Movendo dalle soluzioni che intenderebbero arricchire il testo dell'art. 2, occorre tuttavia osservare che la modifica legislativa dovrebbe essere adeguatamente calibrata, per non incorrere in imprecisioni che ne inficino *ab origine* l'efficacia. In questa prospettiva, entrambe le versioni sopra riportate sollevano problematicità. Tralasciando il riferimento alla "punibilità", che ci pare esposta al rischio di sovrapposizione con categorie estranee al tema, affidare il proscioglimento per intervenuto mutamento *in malam partem* alla prevedibilità della "interpretazione della legge del tempo in cui [il fatto] fu commesso" non fa che traslare l'interrogativo. *Quando* l'incriminazione può dirsi imprevedibile? L'interpretazione di *quale organo* doveva ritenersi vigente all'epoca del fatto: del giudice comune, delle sezioni semplici, delle Sezioni Unite? *Quale organo* può avere proceduto a *overruling*: anche il mero giudice comune, o per forza la Suprema Corte nel suo massimo consesso? Del pari, estremamente aleatorio ci sembra il rinvio a elementi valutativi in una materia in cui l'alea costituisce il male, se non da sconfiggere, perlomeno da contenere: quando l'interpretazione può dirsi "prevalente"? Occorre una perfetta uniformità o, viceversa, sono ammesse pronunce di segno contrario? In quest'ultimo caso, quante al massimo? E di quale organo? Come è agevole rilevare, i pur meritori sforzi, per non restare vani, devono necessariamente portare alla compilazione di una disposizione – questa volta sì – quanto più possibile chiara, che non si presti ad ambiguità. Altrimenti, il rischio è che l'interpretazione autentica sia fatta a propria volta oggetto di interpretazione, in una spirale senza fine.

Ci limitiamo a due, brevissime, notazioni. Anzitutto, se si volesse introdurre un rimedio chiaramente riconnesso alla irretroattività, allora non lo si potrebbe che vincolare a ipotesi, per così dire, *black or*

---

adattabile per via interpretativa – ove si propenda per questo istituto, invece che per quello di cui all'art. 5 c.p., E. LUPO, *Prospettive della legalità penale*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 117.

[79] D. PERRONE, op. cit., 381.

[80] S. DE BLASIS, *L'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità della norma penale*, Napoli, 2023, 295.

white, lasciando la scala di grigi ad altri correttivi[81]: insomma, l'unico caso davvero meritevole di rientrare nell'ipotetico art. 2, co. 1 *bis* c.p. è quello relativo al soggetto cui venga applicata una *regula juris* inesistente al tempo della condotta. Con la conseguenza che, a questo punto, occorre soffermarsi su cosa debba intendersi per 'inesistente', elemento che rimanda, come evidente, al tipo di autorità che si sia pronunciata sulla *quaestio juris*. Ecco la seconda questione, che si riallaccia alla prima: determinare quale sia l'agente interpretativo legittimato a determinare il mutamento. Anche in tale ipotesi, le soluzioni sono plurime e le conseguenze di ognuna andrebbero adeguatamente soppesate[82]. Volendosi, in questa sede, limitare alla giurisprudenza di legittimità, andrebbe chiarito se il mutamento sia attribuibile alla pronuncia di una sezione semplice ovvero se sia esclusivamente il dirompente *overruling* delle Sezioni Unite. Nel primo caso, come evidente, il rimedio conoscerebbe senz'altro maggior diffusione: del resto, «a rigore *una sentenza* della Cassazione dovrebbe bastare. Questo perché troppo difficile sarebbe tracciare una linea tra la nozione di giurisprudenza isolata e giurisprudenza costante, o consolidata»[83]. Il secondo caso, per contro, ancorché caratterizzato da indubbia assonanza con il tenore dell'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p., celerebbe la *fictio* per cui, una volta intervenute le Sezioni Unite, le stesse avrebbero innovato l'ordinamento ancorché la soluzione proposta dalle stesse fosse già prima emersa, sebbene nelle motivazioni di una sezione semplice. In altre parole, il mutamento non sarebbe da intendersi in senso letterale – introduzione *ex novo* di una soluzione prima mai apparsa e opposta a quella esistente –, bensì come mutamento in quanto soluzione, sebbene emersa in sede di legittimità, per la prima volta prescelta dal massimo consesso (con l'ulteriore complicazione, peraltro, di dover stabilire se la soluzione precedente debba essere stata necessariamente affermata da precedente pronuncia a Sezioni Unite[84] o se, più semplicemente,

---

[81] Come quelli descritti *infra*, parr. 3 ss.

[82] Le criticità, peraltro, non si esauriscono in quanto descritto nel testo: se in relazione a una tematica non si è ancora formata giurisprudenza (caso c.d. di *first impression*), dovrà riconoscersi una cautela avverso la prima sentenza che vada a deciderla (o, ancor più, avverso la sentenza che decida senza tenere conto di una sentenza dal tenore opposto, e antecedente, ma la cui motivazione non sia stata ancora resa nota al tempo della seconda decisione). Proprio per la infinita varietà di sfumature che il tema può assumere, la soluzione *tranchant* risiederebbe probabilmente nell'accentrare la decisione sulla *querelle* interpretativa in capo a un solo organo, al fine di garantire una certa uniformità di trattamento dei consociati. In tale prospettiva, si muovono le letture dottrinali che propongono l'introduzione di un istituto modellato sul *recurso de amparo* spagnolo, come suggerito, per esempio, da A. CADOPPI, *Il "reato penale"*, cit., 332 ss. Come evidente, una tale soluzione assicurerebbe un maggior livello di certezza, ma non necessariamente di copertura garantistica nei confronti dell'imputato interessato dal singolo caso (sul tema, v. i contributi citati alla nt. 84).

[83] A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 305.

[84] Come afferma una delle rarissime pronunce che, ad oggi, hanno fornito tutela (seppur per tramite dell'art. 5 c.p.) a un caso di mutamento giurisprudenziale *in malam partem*, con tale locuzione intendendo proprio l'*overruling* delle Sezioni Unite rispetto a una precedente pronuncia delle medesime, nonostante, *medio tempore*, la soluzione peggiorativa fosse già comparsa nella giurisprudenza della V Sezione della Cassazione. Questo in quanto «[n]el caso di specie, l'imputato, al momento in cui i fatti furono commessi, poteva fare affidamento su una regola stabilizzata che escludeva la rilevanza penale della propria condotta e non vi erano concreti, specifici, "segnali" che inducessero a prevedere che, dopo cinque anni dalla sentenza "Casani", le Sezioni unite della Corte avrebbero in seguito attribuito a quella condotta rilievo penale, rivedendo in senso "peggiorativo" il precedente orientamento. L'imputato poteva ragionevolmente confidare di porre in essere un fatto lecito in ragione di una norma "vivente", che operava in concreto e che impedisce di formulare un giudizio

abbia conosciuto l'adesione di una sezione semplice), realizzandosi in quest'ultimo caso l'auspicio di quanti[85] hanno riconosciuto nella decisione delle Sezioni Unite il vero possibile precedente. Il quale, per l'effetto, «non sorgerebbe come un "fulmine a ciel sereno", ma si affermerebbe pian piano, con il progressivo affinamento delle problematiche sottese alla risoluzione dei casi, in modo "democratico", e con la partecipazione delle stesse magistrature di merito»[86]. Da tutte queste insidie il legislatore dovrebbe senz'altro guardarsi in sede di compilazione dell'art. 2, co. 1 *bis* c.p., ove non intenda affidarne la successiva 'chiarificazione' al soggetto che da tale disposizione dovrebbe essere regolato, ovverosia la giurisprudenza[87].

Le criticità non si arrestano, peraltro, al momento della redazione di una regola *ad hoc*.

V'è, intanto, da osservare – sia con riferimento ai correttivi *de jure condito*, sia con riferimento ai correttivi che mirerebbero a una modifica dell'art. 2 c.p. – come il limite principale a una rivisitazione (solo interpretativa o anche normativa) di quest'ultima disposizione sia di matrice 'culturale', mostrandosi la giurisprudenza ancora poco propensa a orientarsi in un sistema imperniato sul

---

di colpevolezza-rimproverabilità soggettiva» (Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2024, n. 28594, *Boenzi*, con commenti di F. PALAZZO-R. BARTOLI, *Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività*, in *www.sistemapenale.it*, 17 settembre 2024; A. MASSARO, Prospective overruling *all'italiana: l'art. 5 c.p. come strumento di gestione dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Cass. pen.*, 2025, 1, 71 ss.; A.M. MAUGERI, *"Uso alternativo del diritto" quale lettura costituzionalmente orientata del diritto penale e il ruolo della giurisprudenza*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 12 novembre 2024, 61 ss. e, volendo, J. DELLA VALENTINA, *Quando il custode custodisce se stesso: note a margine della censura di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 11, 1482 ss.). Prima, a quanto consta, in senso conforme, solo Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 1994, n. 435, *Garofoli* e, in sede di merito, Trib. Reggio Emilia, 18 febbraio 2022, n. 336, con nota di M.F. CARRIERO, *La fattispecie di accesso abusivo al sistema informatico tra contrasti giurisprudenziali e "tipicità sopravvenuta"*, in *Cass. pen.*, 2023, 269 ss.

[85] In particolare, G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1737, il quale riprende M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un "nuovo" ruolo della Corte di Cassazione a fianco o al posto del vecchio? Recensione a Alberto Cadoppi, Il valore del precedente nel diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2002, 1177: «V'è infatti da chiedersi se, considerata la tradizione culturale di una giurisprudenza di *civil law* come quella italiana, non sarebbe una forma di intollerabile trapianto autoritario pretendere di introdurre il principio del vincolo (sia pure relativo) del precedente anche in presenza di una prima e unica pronuncia di una sezione semplice della Cassazione: essendo nella nostra tradizione giurisprudenziale l'autorevolezza di una pronuncia affidata soprattutto ad una persuasività argomentativa convalidata attraverso momenti di confronto dialettico, attribuire rilievo al mero precedente avrebbe oltretutto per conseguenza di "stoppare il pluralismo diffuso, per incanalarlo in un pluralismo organico, più orientato alla certezza e eterodiretto dall'alto».

[86] A. CADOPPI, op. ult. cit., 331 s.

[87] Una critica alla prospettiva di revisione dell'art. 2 c.p. viene sollevata da F. PALAZZO, *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 2, 9, il quale, pur movendo dalla specifica ipotesi dei contrasti giurisprudenziali, definisce una tale soluzione "fantadiritto", in quanto «aggiungerebbe incertezza a incertezza. Infatti, quale dovrebbe essere lo stato d'incertezza originario tale da inficiare l'efficacia della norma legislativa? Quanti dovrebbero essere i precedenti contrari perché si possa dire esistente un contrasto? E i contrasti, per essere tali, dovrebbero essere perfettamente "in termini" o sarebbero sufficienti divergenze di impostazione interpretativa? Dovrebbe trattarsi di un contrasto già protratto nel tempo o sarebbe sufficiente un contrasto allo stato nascente? Insomma, non solo l'efficacia delle norme, e il potere della loro abrogazione, sarebbero consegnati nelle mani del giudice, ma l'esercizio di questo potere muoverebbe da presupposti assolutamente incerti. Senza contare, infine, il serio problema di eguaglianza di trattamento che un tale meccanismo creerebbe. Ed invero, i fatti commessi prima dell'insorgenza dello stato d'incertezza applicativa sarebbero regolarmente giudicati e puniti, mentre per quelli commessi durante la situazione d'incertezza scatterebbe lo sbarramento costituito dall'art. 2 c.p. Se occorresse differenziare tali ipotesi, più ragionevole sarebbe farlo attraverso lo strumento dell'errore sul precetto piuttosto che operare sulla base di una diversa efficacia di una norma che legislativamente continua ad esistere immodificata».

precedente o, quantomeno, sulla conformità al tipo[88]. Nonostante sembri lentamente stare facendo presa anche in seno alla giurisprudenza di legittimità la concezione secondo cui un mutamento giurisprudenziale peggiorativo, «nei casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni»[89], determina conseguenze analoghe a una disposizione incriminatrice retroattiva, allo stato trattasi di mere affermazioni teoriche, venendo pressoché costantemente escluso il carattere innovativo-peggiorativo di una pronuncia[90]. Il decisore che intendesse discostarsi dalla precedente giurisprudenza sarebbe tenuto, di fatto, a motivare la erroneità o la obsolescenza della medesima, ergendosi quale promotore della 'spaccatura' interpretativa e, peraltro, essendo tenuto ad assolvere il consociato che gli abbia fornito l'occasione di una tale innovazione, magari anche in un contesto particolarmente esposto alla spada della giustizia mediatica, con gli strascichi derivanti da una dissociazione tra esito del processo penale ed esito del processo mediatico[91]. Uno scenario – ci pare – che il giudicante preferirà per lo più evitare, mostrando tutto il proprio apprezzamento per la più discreta (e certo temuta dai garantisti) tecnica del *distinguishing*, in virtù della quale potrà comunque innovare l'ordinamento, ma in punta di piedi.

2.3. Ponti sullo stretto (della Manica): la introduzione del precedente 'verticale' nell'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p.

Una versione italiana[92] dei correttivi all'imprevedibilità – operante sul versante processuale – è invero quella cristallizzata all'interno del comma 1 *bis* dell'art. 618 c.p.p., nella pragmatica prospettiva,

---

[88] Si richiama, in proposito, la sintesi di differenti paradigmi della legalità proposta da R. BARTOLI, op. ult. cit., *passim*, per cui, tra il paradigma legalista e il paradigma puramente giurisprudenziale, si collocherebbe il più auspicabile paradigma tipologico-teleologico, che non pecca di eccessiva fedeltà al diritto positivo né, al contempo, aderisce a una concezione della giurisprudenza illimitatamente creatrice.

[89] Per esempio, Cass. pen., Sez. Un., 3 marzo 2020, n. 8544, *Genco*, con nota di P. MAGGIO, *La prevedibilità 'col vestito di carta': le Sezioni Unite escludono la portata generale della sentenza Contrada contro Italia n. 3*, in *Cass. pen.*, 2020, 6, 2277 ss.

[90] Se si eccettua, ad esempio, la decisione richiamata in nt. 84, nell'ambito della quale – come detto – il rimedio veniva rinvenuto nell'art. 5 c.p., e non nell'art. 2 c.p., nonostante, a più riprese, i toni della motivazione sembrino più vicini a quest'ultimo correttivo, quasi a tradire – come abbiamo scritto in altra sede – «una 'bugia' a fin di bene, per scongiurare il rischio di far degenerare una sentenza coraggiosa in una svolta (secondo il giudizio di molti) addirittura eversiva».

[91] Elemento rispetto al quale il giudicante dovrebbe rimanere impermeabile ma che, come noto, oggi più che mai interferisce con la serenità di giudizio del medesimo: sul tema, per tutti, V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022, 39-42; sulle distorsioni processuali imposte dalla giustizia mediatica, in particolare, G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, in *Enc. dir. – Annali X*, Milano, 2017, 646 ss.; E. AMATI, *L'enigma penale*, Torino, 2020.

[92] La quale, pur dovendo molto agli spunti dottrinali che si sono affacciati alla dottrina del *binding precedent* di *common law*, si connota altresì per una rilevante similitudine con la tedesca *Vorlagepflicht*, regolata unitamente per il diritto civile e il diritto penale ai §§ 121, co. 2, e § 132 GVG, sulla quale v. diffusamente A. GALANTE, op. cit., 153 ss.

prima che di interesse verso il singolo rimasto disorientato nel turbine della giurisprudenza, di scongiurare verosimili duplicati della maldigerita vicenda *Contrada*[93].

Sinteticamente rievocandone la struttura, tale istituto consiste nel riconoscimento della natura vincolante delle pronunce delle sole Sezioni Unite nei confronti delle sezioni semplici, sebbene circoscritta tanto soggettivamente, quanto oggettivamente. Da un lato, esso opera soltanto in verticale ed esclusivamente rispetto ai più elevati gradini della scala gerarchica (sia consentita, a soli fini descrittivi, una raffigurazione piramidale della giurisdizione): i giudici di merito, fermo restando il doveroso ossequio al *dictum* del massimo collegio, non ne sono *formalmente* vincolati[94]. Da un altro lato, la predetta vincolatività appare assai più mitigata rispetto alle versioni diffuse nel *common law*, in quanto assume valenza meramente negativa. Ciò significa, più specificamente, non tanto che, una volta affermato il principio di diritto nella sede di massima autorevolezza, la sezione semplice sia tenuta a conformarvisi – donde, peraltro, un rischioso 'ingessamento' della fluidità evolutiva dell'ordinamento –, quanto semmai che la stessa, non condividendolo, devolva la questione alle Sezioni Unite, affinché le stesse si pronuncino (nuovamente). Nella sostanza, si è voluto riproporre uno schema nella mente del legislatore già all'epoca dell'approvazione del codice Vassalli[95], ma sino alla legge n. 103 del 2017 mai trasposto in alcun referente codicistico, che mirasse a inverare, nella materia processualpenalistica, il concetto di 'nomofilachia', che l'art. 65 ord. giud. declina nella sua forma più pura[96].

Così descritta la struttura, occorre saggiare l'effettività pratica dell'istituto, nella prospettiva d'indagine adottata. Va detto che l'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p. non gode di buona fama, soprattutto tra i 'sostanzialisti', esponendosi a numerose obiezioni, che scetticamente ne ravvisano l'inconciliabilità con un ordinamento a base eminentemente positiva[97]. Preliminarmente, un dato ci pare però arduo da contestare: nel 'procedimentalizzare' il dissenso[98] della sezione semplice, viene consolidata una modalità di risoluzione dei contrasti interpretativi, a beneficio di una migliore prevedibilità – a

---

[93] R. APRATI, *Stabilità e mutamento del diritto giurisprudenziale: alla ricerca di un giusto equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2024, 7-8, 2092.

[94] Auspicano, viceversa, una introduzione anche orizzontale del precedente vincolante A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 303 ss. e F.M. DAMOSSO, *Il vincolo al precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*, Torino, 2022, 184 ss.

[95] Sul mai introdotto art. 610 *bis* c.p.p., previsto dal progetto definitivo del codice di procedura penale, G. FIDELBO, *Sezioni Unite e principio di diritto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 29 gennaio 2018, 1 s.

[96] Per una ricostruzione dettagliata, coniugata alle tematiche in oggetto, cfr. F.M. DAMOSSO, op. ult. cit., 115 ss.

[97] Tra i tanti, A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del "diritto penale vivente" interno ed europeo*, in *Ind. pen.*, 2017, 3, 657 ss.; G. INSOLERA, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in *Arch. pen.*, 2018, 733 ss.; A. MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 265 ss.; O. MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità*, in *Arch. pen.*, 2018, 723 ss.

[98] G. FIDELBO, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 39.

costante rischio, tuttavia, di degenerazione in 'immobilità'[99] – delle decisioni future: le Sezioni Unite vengono infatti chiamate a fare chiarezza su una questione, statuendo una regola dalla quale sarà consentito alla giurisprudenza di legittimità discostarsi solo attraverso una nuova remissione al massimo collegio. Una istituzionalizzazione delle modalità di gestione dei conflitti interpretativi che, nel lungo periodo, non potrà non giovare alla linearità interpretativa, oltre a garantire una deflazione del contenzioso in sede di legittimità.

Ciò detto, occorre annotare come alla positiva accoglienza abbia fatto fronte una serrata critica dottrinale, che non ha mancato di instillare dubbi circa la costituzionalità di tale precedente vincolante '*soft*'[100]. Non ci soffermeremo sulle trite argomentazioni che sostengono l'incompatibilità con il principio di soggezione del giudice alla legge (art. 101, co. 2 Cost.) e, in uno, con quello di precostituzione per legge dello stesso (art. 25, co. 1 Cost.), convogliate nella osservazione per cui, nei fatti, un giudice di legittimità è tenuto a sottostare al *decisum* di altro interprete, per quanto autorevole. Così come, del resto, viene da molti battuta la pista della inammissibilità della instaurazione di un ordine gerarchico interno alla magistratura che l'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p. invece implicherebbe.

Pur nel condividere la cautela con cui una forma di precedente vincolante debba essere accolta in un ordinamento impostato, almeno in via di principio, sul diritto positivo, ci sentiamo di sostenere un'attenuazione dei toni della contesa, per la decisiva – ma talora offuscata – circostanza che l'istituto in esame rimane cosa assai remota dalla versione 'canonica' del *binding precedent*. Nella rimessione, imposta a una sezione semplice, della questione controversa al massimo collegio, è possibile leggere – al più – una maggior 'responsabilizzazione' della prima nella redazione di un'ordinanza fondata e adeguatamente argomentata, oltre che uno sforzo di positivizzazione delle dinamiche della nomofilachia, che se pur risulta incardinata nel *plenum* della Cassazione, innegabilmente trova nel *decisum* delle Sezioni Unite la sua più convincente espressione. Il che, appunto, non si traduce certo in una *capitis deminutio* della 'sovranità giurisdizionale' riconosciuta alle sezioni semplici nello svolgimento della funzione nomopoietica: le quali, anzi, attraverso l'ordinanza di rimessione possono determinare l'impulso decisivo nel segno del mutamento (o della risoluzione del conflitto). In definitiva, la scelta intrapresa dal legislatore del 2017 – sebbene non esente da ambiguità – sembra costituire un ragionevole compromesso tra esigenze di stabilizzazione dell'ordinamento, di

[99] R. APRATI, *Stabilità e mutamento*, cit., 2095: «paradossalmente, il risultato che si sta delineando alla luce del nuovo art. 618 c.p.p. è eccessivo rispetto all'obiettivo che si voleva raggiungere. Mentre la Corte edu ci sta dicendo che dobbiamo ricercare un giusto equilibrio fra la "stabilità" e il "mutamento" della base legale, il nostro sistema è passato da un'eccessiva flessibilità ad un'eccessiva stabilità dei principi di diritto».

[100] G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente?*, cit., 17.

preservazione dell'autonomia decisionale del giudice (di ogni giudice) e di contenimento del numero di condanne dello Stato italiano per violazione dell'art. 7 CEDU.

Quanto osservato non significa, tuttavia, che lo stesso possa definirsi rimedio soddisfacente contro le oscillazioni giurisprudenziali. In proposito, è sin troppo evidente la limitatezza di prospettiva entro cui lo stesso è confinato. L'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p. opera dichiaratamente in un ristretto numero di ipotesi, circoscritte sia per quanto concerne l'autorità giurisdizionale (solo la sezione semplice della Cassazione) che in concreto rilevi il nodo interpretativo, sia per quanto concerne la genesi di detto nodo, sul quale deve essersi necessariamente pronunciata – pur senza essere riuscita a dissipare l'incertezza – la Corte riunita nel suo massimo consesso.

Quanto al primo problema, ne discende che niente – se non l'autorevolezza – vincola verticalmente il giudice di merito al *dictum* delle Sezioni Unite, così come non sussiste alcun vincolo di natura orizzontale in seno alla giurisprudenza di legittimità, secondo quanto un tempo auspicato da autorevole dottrina[101]. Ora, ci pare che tale limite soggettivo, specie con riguardo al 'libero arbitrio' della giurisprudenza di merito, non si riveli insuperabile: per quanto ci si muova in un'ipotesi remota, poco male se un giudice di tribunale non intendesse attenersi a una decisione delle Sezioni Unite. L'ordinamento all'uopo garantisce ulteriori gradi di giudizio in cui far censurare tale 'disobbedienza' (che peraltro, se ritenuta fondata da parte della sezione assegnataria in sede di legittimità, permetterebbe di ricondurre l'anomalia entro il circuito dell'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p.): insomma, la gravità della lacuna è ben colmata dalla fisiologica provvisorietà della pronuncia che la abbia generata.

Per contro, maggiori perplessità affiorano là dove si ponga l'attenzione sulla estrema ristrettezza del rimedio rispetto al novero degli scenari contemplati. Si rammenti che, da un lato, lo stesso opera solo ed esclusivamente là dove già esista un arresto delle Sezioni Unite e, dall'altro, per una sua eventuale violazione non è previsto alcun tipo di sanzione. Da ciò deriva, anzitutto, che il mutamento peggiorativo può travolgere senza ostacoli un orientamento consolidato e il contrasto può serenamente continuare a prosperare nelle massime, venendone rimessa la risoluzione al *buon senso* – non certo all'obbligo! – di una sezione semplice rimettente *ex* art. 618, co. 1 c.p.p.

A queste criticità, che la disposizione in commento non è suscettibile di emendare, semplicemente perché estranee a una previa pronuncia da parte delle Sezioni Unite, va – come detto – sommata la sin troppo facile elusione del meccanismo anche in presenza di un principio di diritto statuito dal massimo collegio, essendo «inalterato lo spazio di *distinguishing* che il giudicante vorrà

[101] *Supra*, nt. 94.

ammettere»[102]. Occorre, sul punto, intendersi: a ben vedere, la reale minaccia all'affidamento del cittadino non si annida tanto (o, perlomeno, non solo) nella franca opposizione della sezione semplice che, 'sfidando' le Sezioni Unite, ne contraddica il principio di diritto, emettendo una decisione in aperta violazione del dettato dell'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p. – evenienza da affidare a rimedi di natura processualpenalistica[103]. La maggior criticità alberga altrove e, segnatamente, nel falso *distinguishing*, agli occhi dell'interessato così palese e nella realtà dei fatti pressoché inattaccabile, poiché rientrante nella impenetrabile sfera di discrezionalità interpretativa riservata al decisore. Come censurare la decisione che si sia discostata da un arresto delle Sezioni Unite, facendosi scudo con un'argomentazione che rilevi la peculiarità del caso di specie, indi la doverosamente distinta *ratio decidendi*?

Se raffrontato alla realtà dei casi verificabili, l'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p. rischia di rivelarsi un'arma spuntata. Sarebbe, cioè, fuorviante pretendere di eleggere lo stesso a rimedio contro le oscillazioni interpretative, non prestandosi la struttura stessa del correttivo a operare 'su larga scala'. Come correttamente osservato, con la positivizzazione del precedente relativamente vincolante, si assiste a un tentativo di correzione delle distorsioni *a monte*[104]. Ciò appare coerente con la *ratio* ispiratrice, partorita da un legislatore scottato dalla vicenda *Contrada* – la quale, si ricorderà, interessava da vicino il ruolo delle Sezioni Unite – e dunque sulle Sezioni Unite modellata, al fine di ottenere una graduale implementazione della coerenza della giurisprudenza di legittimità nel lungo periodo. Non interessa, in altre parole, all'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p. salvare il consociato dalle forche del mutamento sfavorevole o dal *thin ice* dei contrasti interpretativi su cui questi, con piedi di piombo, è costretto a muoversi, quanto garantire che in futuro le occasioni da cui tali vicende scaturiscono possano essere, se non scongiurate, almeno numericamente contenute, in una prospettiva – a nostro modo di vedere – che solo indirettamente e nel lungo periodo potrà giovare al singolo. La collettività beneficerà di una più elevata qualità nella redazione di un numero minore di motivazioni[105]: ma pensare a un tale approdo – per certo strumentale a una migliore uniformità interpretativa – come fattore di un drastico

---

[102] F.M. DAMOSSO, op. ult. cit., 218.

[103] Dedica, per contro, estese riflessioni a tale eventualità E. RECCIA, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite*, Torino, 2020, 108 ss. Considera la violazione dell'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p. da parte della sezione semplice un'ipotesi di inesistenza della decisione, rilevabile in via processuale, F. R. DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, in *Cass. pen.*, 2019, 878.

[104] Concordiamo con D. PERRONE, op. cit., 368: «Come tutti i rimedi preventivi, anche quello volto al rafforzamento della funzione nomofilattica è inidoneo, però, da solo a risolvere il problema della tutela delle garanzie personalistiche: si pensi, ad es., ai contrasti interni alla giurisprudenza di merito, ai contrasti in assenza di un orientamento consolidato dalle Sezioni Unite, nonché alle ipotesi dei c.d. falsi *distinguishing*».

[105] Diffusamente, R. APRATI, *Stabilità e mutamento*, cit., 2091 ss.; ID., *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. MARANDOLA-T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 293 ss.

abbattimento delle incoerenze interpretative, evenienza che talora si tende a concepire in rapporto di immediata consequenzialità, appare utopistico. Ecco perché, nella prospettiva adottata nell'ambito di queste pagine, occorre focalizzarsi sui rimedi del caso concreto, operanti *a valle*.

3. Il *mistake of law* e la tutela oggettiva della buona fede

La percezione delle criticità sottese all'adattamento dell'art. 2 c.p. come insuperabili ha indotto parte della dottrina a ricorrere al più confortante paradigma dell'art. 5 c.p. Del resto, l'arco dell'errore di diritto ha a disposizione molte frecce, sia di carattere comparatistico, sia di 'legittimazione' costituzionale. Vero è che, anticipando considerazioni ulteriori, nella accentuata spendibilità dogmatica dell'istituto risiede altresì la debolezza del medesimo, testimoniata dalla protratta inapplicazione. A ben vedere, la coniugazione di legalità e colpevolezza che l'art. 5 c.p. è in grado di sintetizzare costituisce un *unicum*, nell'ordinamento: al contempo, è però proprio tale ambivalenza (o incertezza?) dogmatica che ne 'tarpa le ali', non essendo prevalsa alcuna delle due anime sull'altra[106] sin dalla sentenza costituzionale del 1988. D'altra parte, sebbene la giurisprudenza si sia dimostrata tutt'altro che propensa a riconoscerne l'applicazione in concreto, è pur sempre incontestabile che l'art. 5 c.p., forte della rilettura costituzionalmente orientata, rimanga un correttivo più malleabile rispetto all'art. 2 c.p.: senz'altro, insomma, «più "a buon mercato"»[107].

Tale soluzione si colloca nell'ambito dei rimedi *de jure condito*: essa richiede niente più che una valorizzazione in sede applicativa (il che presuppone, tuttavia, un più profondo mutamento nella mentalità del giudice, certo particolarmente arduo e faticoso da instillare, al netto delle proposte avanzate sul piano della deontologia ermeneutica[108]), dal momento che, sul piano della forma, non necessita di modifiche legislative. Nondimeno, relegarla al campo dei correttivi già pienamente rinvenibili *in the books* sembra riduttivo, ove si consideri che, sovente, anche la riconduzione della prevedibilità *sub* art. 5 c.p. è stata corroborata mediante argomenti di diritto comparato.

Una volta di più, sembra assottigliarsi l'abisso che segna la distanza tra *civil law* e *common law*. Nell'Inghilterra del XVII secolo prese vigore – sulla scorta dell'elaborazione di Sir Edward Coke – la nota dottrina della *strict interpretation* che, originariamente applicata (appunto!) *strictly*, imponeva il duplice divieto di interpretazione estensiva e analogica, suscitando marcate assonanze con il

[106] Abbiamo argomentato, nel corso del Cap. II, la nostra preferenza per una ricostruzione eminentemente oggettiva dell'istituto, specie con riferimento alle c.d. cause oggettive di esclusione di scusabilità che, prima di intaccare la colpevolezza, pongono in luce vizi di legalità e, segnatamente, di riconoscibilità del precetto.
[107] F. PALAZZO, *Legalità fra* law in the books *e* law in action, cit., 7.
[108] Per cui v. *infra*, Cap. IV, nt. 6.

parallelo divieto di analogia siccome definito all'art. 14 Preleggi[109]. Detta teoria, originariamente imposta dalla necessità di rinvenire una contromisura all'insostenibile rigore repressivo degli *statutes*, non venne meno con la mitigazione della severità delle cornici edittali, ridimensionandosi tuttavia al solo divieto di interpretazioni analogiche[110]. Tale evoluzione facendo luce, come evidente, sul ruolo del giudice di *common law*, per certi versi assimilabile a quello del legislatore poiché legittimato a produrre regole (purché non generate all'esito di un procedimento mentale analogico). Di qui, quale ulteriore conseguenza, la percezione dei rischi derivanti in capo al consociato da parte di letture giurisprudenziali (legittime ma) sfavorevoli, in quanto intrinsecamente retroattive, che a propria volta ha stimolato la enucleazione di correttivi volti a contenerne gli effetti pregiudizievoli.

Tra questi, si diffonde il *mistake of law* quale *excuse* idonea ad accordare il proscioglimento nei confronti del singolo colto alla sprovvista da una interpretazione *in malam partem*. Invero, lo stesso non va concepito alla stregua di un istituto monolitico, presentando numerose sfumature, anzitutto declinate nella alternativa – assai preziosa ai nostri fini – tra dimensione soggettiva e oggettiva[111]. Più dettagliatamente, nell'alveo del *mistake of law* convergono tanto la necessità di dare rilievo alla buona fede dell'agente, quanto l'impellenza di una cautela contro le incriminazioni retroattive. Un evidente parallelismo – si noterà – con la buona fede nelle contravvenzioni e il gravemente caotico atteggiamento interpretativo che la Corte costituzionale, nel 1988, individuava tra le cause suscettibili di scusare il contegno dell'agente[112].

Assumendo come orizzonte investigativo il sistema penale nordamericano[113], si è osservato come il *mistake of law* trovi almeno tre possibili esplicazioni[114].

Anzitutto, esso rileverebbe – in un'accezione soggettiva – quale *reasonable reliance*, ogniqualvolta il consociato abbia orientato la propria condotta alla luce di indicazioni, poi rivelatesi fuorvianti, da parte di una fonte 'istituzionalizzata'. Tale ipotesi, contemplata altresì dalla sentenza n. 364 del 1988, all'evidenza abbisogna di un particolare onere probatorio, richiedendo la qualifica autorevole dell'agente 'disturbatore' e, in uno, la dimostrazione che le indicazioni di questo abbiano concretamente indirizzato il contegno del singolo. In altre parole, deve emergere la sostanziale

---

[109] Su cui v., per tutti, V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, spec. 76 ss.

[110] Nella versione più moderna, il divieto di analogia trovò consacrazione nella fondamentale pronuncia *Bouie v. City of Columbia*, 378 US 347 (1964), in occasione della quale la U.S. Supreme Court estese la costituzionalizzazione della *prospective limitation* alla interpretazione, oltre che alla originaria *sedes materiae*, rappresentata dagli *statutes*. Sulle eredità della sentenza nella giurisprudenza successiva, M. LANZI, Error iuris *e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, 181 ss.

[111] Circa tale sistematizzazione di fondo, E. GRANDE, voce Justification and excuse, cit., 314.

[112] In senso analogo, E. GRANDE, *La sentenza n. 364/1988*, cit., 422 ss.

[113] In tale contesto, il *mistake of law* trova esplicita menzione e applicazione là dove, per converso, nel sistema inglese operano sottotraccia, «a livello pratico ed operazionale, seppur crittotipico»: E. GRANDE, voce Justification and excuse, cit., 315.

[114] Per la seguente tripartizione, v. F. CONSULICH, op. cit., 31 ss.

adesione ai principii dell'ordinamento da parte di quest'ultimo, il quale informatosi circa la condotta da tenere in relazione a una situazione ritenuta dallo stesso sospetta, nondimeno fosse stato mal consigliato, venendo di fatto indotto in errore[115].

Si sono, quindi, registrate in seno alla giurisprudenza assoluzioni a seguito di *mistake regarding a law other than the criminal statute*. Viene, cioè, escluso l'elemento psichico in capo all'agente che avrebbe errato nella interpretazione di un elemento della fattispecie extra-penale: ipotesi, questa, ampiamente sovrapponibile a quella nostrana di cui all'art. 47, co. 3 c.p., notoriamente inabissatasi nella c.d. teoria della incorporazione[116].

Da ultimo, viene in rilievo l'*ignorance of law*, alla stregua di errore di diritto intervenuto su una fattispecie 'particolarmente' artificiale: in altre parole, un fatto-reato dal disvalore impercettibile nella sfera comune. Proprio su quest'ultima declinazione del *mistake of law*, secondo cui l'*excuse* costituirebbe sul terreno dell'esperienza giudiziale diretta estrinsecazione della *due process clause*[117], occorre soffermarsi.

In dottrina, si è infatti rilevato come l'*ignorance of law* abbia trovato applicazione anche con riferimento ai *revirements* giurisprudenziali nonché, più in generale, alle ipotesi di dubbi interpretativi derivanti dalla polisemia delle parole contenute negli *statutes*[118]. Come evidente – e con particolare riguardo ai casi in cui una condotta previamente ritenuta irrilevante sia stata ricondotta al perimetro di una fattispecie incriminatrice – un tale accostamento può apparire al penalista di *civil law prima facie* distonico, combinando un rimedio che pare strutturato sulla irriproducibilità della vicenda in cui versa il singolo agente con una situazione – quella degli *overrulings in malam partem* – che di soggettivo ha ben poco. E così è, risultando fin troppo vistosa la diversità di contesti su cui *ignorance of law* e interpretazione cripto-retroattiva insistono: si ritorna, cioè, alla nota critica – variamente mossa alla sentenza n. 364 del 1988, ma che si presta a essere qui trasposta – per cui una tale *excuse* esiste per perdonare il cittadino quando non sia rimproverabile in concreto, sempreché detta assenza di rimproverabilità non sia dovuta a un brusco ripensamento degli organi giudiziari, quest'ultima ipotesi da censurarsi coi più accesi toni della irretroattività[119]. E il *camouflage* si rivela per ciò che è

---

[115] A partire da *Chevron Oil Co v. Hudson*, 404 US 97 (1971), relativo alla esatta definizione del concetto di fonte di inquinamento atmosferico, con riferimento a lettura fornita dall'Agenzia per la protezione dell'ambiente (EPA) circa l'atto normativo di riferimento.

[116] Per tutti, F. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.

[117] In *Lambert v. California*, 355 US 225 (1957), venne riconosciuta la contrarietà alla *due process clause* la condanna emessa nei confronti dell'imputato – il quale aveva omesso, in spregio a un'ordinanza locale, di comunicare alla Polizia in quanto pregiudicato la propria intenzione di risiedere *in loco* per un periodo superiore a cinque giorni – per mancanza di ogni *mental state element* che caratterizzasse in concreto il disvalore della condotta omissiva tenuta dallo stesso.

[118] E. GRANDE, voce Justification and excuse, cit., 317.

[119] *Supra*, Cap. II, par. 5.4.

all'osservatore proprio *in front of the Court*, essendosi condivisibilmente rilevato, dati alla mano, che «le corti nord-americane non procedano in verità ad accertare l'effettiva conoscenza che del previo o dei previ giudicati (o della lettera della legge) l'imputato avesse al momento della commissione del fatto»[120]. Non viene, cioè, effettuata un'analisi dell'esperienza pregressa del singolo, al fine – come ci si potrebbe aspettare – di verificarne l'adesione ai valori dell'ordinamento penale: la buona fede viene accordata 'sulla parola', presunta[121], al punto che – per assurdo – nemmeno la convinzione della illiceità della condotta varrebbe a scalfirla. Con il che, in quest'ultima declinazione il *mistake of law* si erge a «paravento dietro cui si nasconde la necessità di garantire all'individuo, nei menzionati casi, l'irretroattività di quella modifica giurisprudenziale sfavorevole»[122]. D'altronde, tale benintenzionata *fictio* risulta ancor più comprensibile – e, per questo, giustificabile – ove si consideri che si tratta di un 'percorso obbligato' che la giurisprudenza d'oltreoceano è tenuta a intraprendere. La scelta di travestire – riadottando per un attimo le nostre categorie – la irretroattività con i panni della colpevolezza costituisce infatti il prezzo per garantire l'operatività della prima anche con riguardo ai ripensamenti giurisprudenziali, un dazio forzatamente imposto al giurista di *common law* da una teoria dichiarativa che, sebbene abbandonata dalla dottrina, ancora pervicacemente latita nelle *courthouses*[123]. Se con una concezione ancora – più o meno tacitamente – tributaria della teoria dichiarativa stona l'irretroattività applicata all'interpretazione (di qui, come visto, la opposta difficoltà di ammettere il *prospective overruling*, che mette a nudo tale tabù), nondimeno non si intende rinunciare agli effetti pratici in favore del singolo, così che il *mistake of law* diviene il tramezzo dietro al quale celare una garanzia poco in armonia con l'arredo vittoriano della stanza del giudice 'oracolo'[124].

Un tale compromesso non sembra inaccettabile nemmeno per il giurista continentale, benché presupponga una scelta poco rigorosa in prospettiva dogmatica.

Se la censura dell'incertezza giurisprudenziale rientra tra le funzioni che l'errore di diritto persegue negli ordinamenti di *common law*, non si vede perché non possa essere valorizzata altresì nel nostro ordinamento, alla stregua di rimedio generalizzato contro le oscillazioni interpretative eccessive. Anzi, il 'tacito accordo' di ricondurre vizi ordinamentali a un correttivo in principio dedicato alla stretta rimproverabilità del singolo potrebbe costituire una soluzione ancor più opportuna in un

---

[120] E. GRANDE, op. ult. cit., 317.

[121] S. POMORSKI, *American common law and the principle nullum crimen sine lege*, Den Haag, 1975, 189 ss.: «*this type of mistake of law is presumed from the mere fact of the existence of a relevant precedent. It is not necessary far the defense to prove that the accused had actual knowledge of the precedent and relied on it*».

[122] *Ibidem*.

[123] U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e* stare decisis, cit., par. 4.

[124] F.M. DAMOSSO, *Riflessioni organiche sul precedente anglo-americano*, cit., 3.

sistema giuridico a matrice continentale. Invero, si è dubitato della 'importabilità'[125] di un tale rimedio, rilevandosi che, in quest'ultimo contesto, «la mancanza di una regola del precedente che scandisca la successione temporale dei mutamenti interpretativi delle leggi penali, il diverso ruolo tradizionalmente attribuito alla giurisprudenza e la radicata convinzione che non ci si trovi di fronte ad un mutamento del diritto allorquando, permanendo immutata la legge, ne muti l'interpretazione giurisprudenziale, possono costituire altrettanti ostacoli ad un operare così incisivo del *mistake of law* come strumento di garanzia contro gli abusi del potere giudiziario, quale è quello evidenziato negli Stati Uniti d'America»[126].

In realtà, a nostro modo di vedere trattasi di fattori frenanti tutti riassumibili nel comun denominatore di una visione 'ossessiva' della separazione dei poteri legislativo e giudiziario e, a cascata, eminentemente dichiarativa del processo interpretativo che non cade poi molto lontano dalle teorie blackstoniane. Come conseguenza, se nel *common law* l'errore di diritto a presidio della irretroattività nasce quale ragionevole punto d'incontro tra la tutela della legalità del singolo e la latente concezione del giudice 'rivelatore' del diritto già esistente, rispetto al nostro ordinamento non si riesce a focalizzare una divergenza tale da impedire il riconoscimento di analogo ruolo all'art. 5 c.p.

3.1. Una possibile rivisitazione dell'art. 5 c.p. in chiave oggettiva?

Tale reinterpretazione garantistica dell'art. 5 costituisce l'esito di un percorso tortuoso, ma non un miraggio: prova ne sia la recente decisione che – sebbene ancora soggetta ai fisiologici tempi di metabolizzazione della giurisprudenza – ha riconosciuto rilevanza all'affidamento del singolo, venuto meno a seguito di un *overruling in malam partem*, applicando in concreto la summenzionata scusante[127].

Vero è che, in generale, il principale limite che tale correttivo conosce risiede nella lettura marcatamente soggettiva che la giurisprudenza tende ad applicargli[128]. Di qui, il rischio che l'art. 5

[125] Che poi di importabilità non si tratterebbe effettivamente, visto e considerato che l'art. 5 c.p. è già pienamente idoneo a svolgere la funzione surriferita: si tratterebbe soltanto di estendere allo stesso la maggiore elasticità che connota la corrispondente *defence* nei sistemi di *common law*.

[126] E. GRANDE, op. ult. cit., 318.

[127] Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2024, n. 28594, per cui v. *supra*, nt. 84.

[128] Con precipuo riguardo al *mistake of law*, sono state individuate nella dottrina nordamericana le potenziali controspinte derivanti dalla adozione dello stesso quale strumento idoneo a contrastare le oscillazioni interpretative. Le stesse, enumerate da A. GALANTE, op. cit., 198, in sintesi estrema, afferiscono a una politica criminale distorta: beneficiando e confidando nel *mistake of law*, la generalità dei cittadini sarebbe scoraggiata a conoscere preventivamente le leggi così come, a contrario, esorterebbe chi, nel corpo sociale, intenda delinquere, a ricercare le lacune normative per precostituirsi un'efficace difesa processuale. Ancora, è stato paventato il rischio della sostituzione dell'oggettivo significato (nutriamo dubbi sulla validità di tale locuzione) della legge con le plurime e mutevoli riletture da parte dei consociati. In tal senso, J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, cit., 382 s. (che sia consentito riportare da A. GALANTE, op. cit., 199 s.): «[n]ow comes a defendant who truthfully pleads that he did not know that his conduct was criminal, implying that he

c.p. continui a restare lettera morta[129], sempre piegato a un giudizio di evitabilità in concreto che ne impedisce, come evidente, una rivisitazione in chiave oggettiva.

Riprendiamo temi già trattati: tanto la valutazione dell'ignoranza dell'agente sul modello indicato dalla sentenza n. 364 del 1988, quanto la giurisprudenza (pur altalenante) della Corte EDU tendono a valorizzare unidirezionalmente *in malam partem* vuoi le peculiari abilità del singolo, vuoi il mutato contesto sociale al fine di escludere in concreto l'ignoranza inevitabile. Così facendo, anche carenze oggettive dell'ordinamento subiscono un processo di 'subiettivizzazione' che riduce ai minimi termini la spendibilità pratica della scusante. Del resto, nelle pagine della stessa decisione che, dopo lungo tempo, ha mostrato un'apertura al tema della prevedibilità[130], sembra talora carsicamente emergere il parametro dell'evitabilità in concreto, specie ove si rileva che il mutamento giurisprudenziale in tale sede occorso (relativo al delitto di cui all'art. 615 *ter* c.p.) «aveva avuto vaghi prodromi, [ma], al momento in cui fu commesso il fatto, non era esattamente "nell'aria"»[131]. Dandosi per scontato, in altre parole, che, ove il mutamento fosse stato "nell'aria", si sarebbe pervenuti ad altra conclusione. Il rischio che l'art. 5 c.p. sprofondi in una ulteriore spirale di 'desuetudine' è, insomma, latente. Tuttavia, lo sforzo che si richiede alla giurisprudenza – circa l'opportunità di concepire, in date situazioni, il rimedio 'all'americana' e, cioè, in chiave oggettiva – non pare eccessivo. In fondo, non rientrava forse tra gli originari (poi traditi) auspici della sentenza costituzionale del 1988 rinvenire una contromisura alle gravi incertezze di matrice giurisprudenziale?

Peraltro, a nostro di modo di vedere, ove l'art. 5 trovasse applicazione – più che meramente sporadica – in relazione ai mutamenti, non vi sarebbe ragione alcuna per negarlo in presenza di contrasti interpretativi. Abbiamo già esposto le ragioni[132] che ci fanno ritenere violata la legalità anche da parte dei conflitti giurisprudenziali, nella misura in cui spezzano ovvero impediscono la configurazione di un tipo, rendendone ardua la riconoscibilità da parte dei consociati. Insomma, il fatto che, sebbene per itinerari diversi, contrasti e mutamenti parimenti inficino la legalità costituisce una valida ragione per proporne la riconduzione a un rimedio unitario, pur con l'indispensabile accorgimento che ne venga patrocinata la rilettura in senso oggettivo[133].

---

thought it was legal […]. If that plea were valid, the consequence would be: whenever a defendant in a criminal case thought the law was thus and so, he is to be treated as though the law were thus and so, i.e. the law actually is thus and so».

[129] F. PALAZZO-R. BARTOLI, *Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività*, cit., 6 ss.

[130] *Supra*, nt. 127.

[131] *Ibidem*.

[132] *Supra*, spec. nt. 23.

[133] Circa l'opportunità di una differenziazione dei rimedi previsti per contrasti e mutamenti, sulla scia di Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2024, n. 28594, cit. (la quale, peraltro, si rivela parzialmente incoerente, nella misura in cui riconosce l'applicazione dell'art. 5 c.p. – non rivisitato in chiave oggettiva come si propone in questa sede – ai mutamenti), F. PALAZZO-R. BARTOLI, op. cit., 7, i quali auspicano in «una sorta di condominio tra l'irretroattività del mutamento

Le obiezioni di verosimile ineffettività – per certo radicate nella memoria del precedente uso dell'*error iuris* – vanno ridimensionate rammentando che un rimedio 'esatto' non può essere rinvenuto: tanto più ove si consideri, come a più riprese emerso, che esattezza e uniformità risultino concetti del tutto estranei allo studio delle dinamiche interpretative, per natura poco avvezze a rigide categorizzazioni: *quanti* sono i precedenti necessari e *quanto risalenti* affinché un certo risultato interpretativo possa ritenersi "prevedibile"? Basta una sentenza (di quale autorità?) di segno contrario a fondare l'affidamento del singolo? Del resto, apparirebbe anomalo un rimedio di applicazione pressoché automatica, ove si rilevi che, nello strumentario del giudice penale, la maggior parte degli istituti non è destinato all'alternativa applicazione/inapplicazione, conoscendo – semmai – diversi livelli di possibile influenza nel caso concreto[134].

Il destino dell'art. 5 c.p. dipende, in definitiva, dal buon governo che ne faccia il giudice. È da auspicare, tuttavia, che in futuro egli venga stimolato a un più diffuso utilizzo dello stesso grazie alle 'lezioni americane'. Pur con una grammatica non eccelsa – sul piano dogmatico – il rimedio così ripensato consentirebbe davvero di adottare la soluzione più equilibrata per il caso concreto, senza eccedere in rigorismo, né abbandonandosi a un altrettanto indesiderabile indulgenzialismo[135].

3.2. Il *Verbotsirrtum* nel diritto penale tedesco

Le fonti di ispirazione per il legislatore che intendesse porre fine alla inanità dell'errore di diritto non mancherebbero nemmeno ove se ne volesse conservare, almeno in parte, la patina soggettiva assegnata dalla Corte costituzionale nel 1988[136].

Un ragionevole compromesso in tal senso è presentato dalla esperienza tedesca. Meritano essere rimarcate, in proposito, le dinamiche che hanno contraddistinto nel secolo scorso la evoluzione dell'errore sul precetto in Germania, sviluppatesi – fino a un momento di divaricazione – in parallelo alla versione nostrana. In effetti, l'attuale conformazione del *Verbotsirrtum* parte da lontano e,

---

giurisprudenziale sfavorevole e la colpevolezza (prevedibilità/imprevedibilità) per tutte le altre ipotesi di oscurità e inaccessibilità (soggettiva) del precetto, com'è nell'ipotesi del contrasto».

[134] Tendenza, su tutto, testimoniata dalla commisurazione della pena in fase esecutiva, per il tramite degli indici di cui all'art. 133 c.p., massima espressione della discrezionalità riservata all'interprete in sede di decisione. In argomento, ampiamente, G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009.

[135] Se a ogni contrasto venisse riconosciuta valenza scusante (che, poi, tale aggettivo diviene improprio, se si assume la rilevanza oggettiva dell'art. 5 c.p.), discenderebbe, a monte, un *chilling effect* sul piano interpretativo, tale da determinare un pericoloso immobilismo, e, a valle, un esponenziale aumento delle assoluzioni anche in vicende in cui, obiettivamente, appare poco credibile la buona fede – ancorché presunta – dell'agente. Basti pensare all'ipotesi – nemmeno così di scuola – in cui, a fronte di un primo arresto favorevole all'agente, si sia venuta consolidato la soluzione di segno opposto, sostenuta da diverse decisioni di legittimità: una tale ipotesi, ragionevolmente, non potrebbe rientrare nel perimetro di affidamento da accordare al consociato, pur senza che risulti individuabile, *ex ante*, una situazione di confine, che separi l'affidamento meritevole dall'affidamento irragionevole.

[136] *Supra*, Cap. II, par. 5.3.

segnatamente, dal § 59 del codice del 1871[137], la cui laconica formulazione diede origine, come noto, alla risalente disputa tra *Vorsatztheorie*[138] e *Schuldtheorie*[139]. A nulla varrebbe ripercorrere, ora, i termini di un dibattito tanto acceso da essere esportato nella dottrina italiana, parimenti intenta a discernere gli spazi di possibile scusabilità dell'errore sul precetto penale. Si collocasse o meno la coscienza dell'illiceità all'interno del dolo, il cuore della questione si presentava negli stessi termini, scontrandosi con un codice, al di qua e al di là delle Alpi, sul punto, silente. Sicché – precorrendo di oltre trent'anni la Consulta – il *Bundesgerichtshof* si apriva alla teoria della colpevolezza, portando a emersione il canone della rimproverabilità dell'agente rispetto alla possibilità di conoscere il precetto penale. Nelle righe della celebre sentenza del 1952, il Supremo Tribunale Federale faceva definitiva chiarezza sulla disciplina dell'errore, distinguendo nettamente a seconda che lo stesso riguardasse le circostanze del fatto (e con esse gli elementi normativi extra-penali) ovvero la fattispecie incriminatrice. Trovava, cioè, finalmente chiarimento la cesura – indi la distinta disciplina – tra errore sulla fattispecie ed errore sull'antigiuridicità: in entrambi l'agente ritiene lecito il proprio comportamento, ma nel primo in quanto «non sa ciò che fa», nel secondo in quanto «sa ciò che fa, ma suppone erroneamente che sia lecito per ignoranza della norma proibitiva». Con la conseguenza che, in quest'ultimo caso, occorre verificare se tale stato debba ritenersi inevitabile. Parametro che – continua il Supremo Tribunale Federale – per consentire la non punibilità dell'agente implica che lo stesso «nonostante lo forzo di coscienza da lui pretendibile, non [sia] stato capace di raggiungere la cognizione della portata antigiuridica del suo agire».

---

[137] § 59 ("*Irrtum*"): "Qualora taluno, perpetrando un'azione punibile non conoscesse la esistenza di circostanze di fatto pertinenti alla fattispecie legale o che aumentino la punibilità, queste circostanze non gli sono imputabili. Nel punire azioni commesse colposamente, questa disposizione ha valore solo in quanto la stessa ignoranza non sia prodotta da negligenza".

[138] Secondo le posizioni più estreme di questa teorica, a partire dall'insegnamento del Binding, il citato § 59 sarebbe idoneo a scusare anche l'errore sul precetto, sul presupposto che anche la coscienza della illiceità di una condotta rientrerebbe all'interno del dolo. Se è indubbio come tale assunto – che erge la piena consapevolezza della antigiuridicità formale di una condotta a perno intorno cui deve ruotare l'analisi del giudice – determini conseguenze di forte garantismo, le critiche principali cui è andato soggetto – condensate nella decisione del *Bundesgerichtshof* del 1952, sotto citata – si rinvengono nel suo distacco dalla realtà (raramente l'agente, nel commettere un reato, ragiona preventivamente su disvalore della propria condotta illecita), nella sua difficile applicazione a particolari categorie di criminali, quali i delinquenti 'per convinzione' o i delinquenti abituali, nonché, da ultimo, nelle conseguenze paradossali cui può condurre (resterebbero impunite condotte anche pregne di disvalore, connotate da errore colposo sul precetto, sol perché afferenti a fattispecie punibili esclusivamente a titolo di dolo). Va, nondimeno, ricordato come a tali più rigide prese di posizioni si affiancassero letture più mitigate – come quelle di Mezger e Platzgummer –, nelle quali, in sintesi estrema, parte costituente del dolo diveniva la coscienza anche solo potenziale dell'illiceità della condotta.

[139] L'origine di tale teorica viene unanimemente rinvenuta nella teoria finalistica del Welzel, il quale già rompeva l'unità dello schema della *Vorsatztheorie*, riportando il dolo, come elemento della fattispecie soggettiva, al tipo criminoso e la consapevolezza dell'antigiuridicità alla colpevolezza. Per un'analitica ricostruzioni delle posizioni di tale polemica dogmatica, limitandosi alla dottrina italiana, E.R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997, 117 ss.; A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, 37 ss.; T. PADOVANI, *In tema di coscienza dell'offesa e teoria del dolo*, in *Cass. pen. mass.*, 1979, 320 ss.; G. TORRE, *Errore sul precetto e* Verbotsirrtum*: un'uguale disciplina?*, in *Ind. pen.*, 1996, 191 ss.; A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 223 ss.

Come detto, nelle pagine stese dalla Corte costituzionale nel 1988 ci sarà molto delle riflessioni del *Bundesgerichtshof* del 1952. E in questo la comparazione tra i due sistemi non porterebbe lontano, registrandosene una sovrapponibilità quasi integrale[140] (se non per quanto interessa l'ampiezza della coscienza dell'antigiuridicità da parte dell'agente, caratteristica rispetto a cui l'art. 5 c.p., in effetti, pare porsi in controtendenza rispetto alla maggioranza delle corrispondenti discipline europee e non solo[141]).

Tuttavia, ciò che rileva attiene agli sviluppi delle due storiche sentenze, le cui dinamiche avrebbero preso strade diverse. In Germania, infatti, la decisione del Tribunale Federale Supremo veniva recepita dal legislatore del 1975 il quale, finalmente, dedicava un'apposita disposizione al *Verbotsirrtum*, al § 17 StGB[142]. Rispetto a quanto sancito al primo comma – che, di fatto, condensa il principio, trasversalmente valido tra Germania e Italia, che riconosce la mancanza di colpevolezza nell'errore inevitabile – assume qui particolare interesse il comma successivo, ai sensi del quale «nel caso in cui l'autore sia in grado di evitare l'errore, la pena può essere diminuita ai sensi del § 49, 1° comma».

Intuendo l'amplissima varietà di sfumature che corre tra assoluta ignoranza e piena coscienza della illiceità del fatto, il legislatore tedesco introduceva cioè un'ipotesi intermedia, da affidare alla prudente valutazione del giudice. Ogniqualvolta l'agente abbia – per così dire – adempiuto 'soltanto a metà' al proprio dovere informativo, egli avrà comunque dato prova vuoi di una minore rimproverabilità, vuoi di un'attenuata contrapposizione ai valori dell'ordinamento rispetto al soggetto che deliberatamente li calpesti o ad essi rimanga del tutto indifferente: da ciò derivando che, pur non accedendo al pieno riconoscimento della scusante, potrà beneficiare di un trattamento sanzionatorio di favore. Altrimenti detto, il grande merito che va riconosciuto al § 17, co. 2 StGB risiede proprio

[140] Tra le più interessanti pagine che registravano il disallineamento, *ante* 1988, tra *Verbotsirrtum* ed errore sul precetto, H.H. JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, trad. it. a cura di G. Fornasari, in *Ind. pen.*, 1988, 2, 185 ss.

[141] Come evidenziato da P. VENEZIANI, *L'oggetto dell'«*ignorantia legis*» rilevante*, in *Foro it.*, 1995, II, 498 ss., il quale rileva come il riferimento all'antigiuridicità genericamente intesa comparirebbe, a titolo di esempio, oltre che nel codice penale tedesco, in quelli austriaco, portoghese, spagnolo, brasiliano, francese, diversamente dal modello italiano, ancorato alla ignoranza della legge *penale*.

[142] La mancata positivizzazione di una disposizione *ad hoc* in Italia – va ricordato – non può certo trovare giustificazione nel mantenimento del codice penale del 1930, a differenza dell'esperienza tedesca. A ben vedere, anche il nostro sistema appariva sul punto di aprirsi alla codificazione dell'errore sul precetto, sulla falsariga del § 17 StGB, nel segno del Progetto Pagliaro del 1992 che, pur avendo costituito l'imprescindibile punto di partenza di diverse riforme negli anni a venire, sul punto è rimasto inattuato. *Amplius*, A. FIORELLA, *La codificazione penale in Italia e le sue prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 2019, 2; F. PALAZZO, *Continuità ed evoluzione nel processo di ricodificazione penale in Italia*, in *Pol. Dir.*, 2001, 3, 499 ss.

nel suo fungere da ostacolo alla equazione, per contro usuale nella giurisprudenza italiana, per cui la ignoranza della legge penale viene parificata al dolo[143].

Dell'insegnamento di tale disposizione andrebbe, tuttavia, tenuto a mente non soltanto il *quid*, ma anche il *quomodo*. Nell'applicare detta regola, il decisore deve infatti avvalersi dei criteri previsti dal § 49, co. 1 StGB, i quali configurano un'attenuante a effetto (particolarmente!) speciale, volendo descriverla attraverso le nostre categorie[144]. Infatti, all'ergastolo viene sostituita la detenzione non inferiore a tre anni, le pene detentive possono beneficiare di una riduzione fino a tre quarti del massimo edittale e i minimi edittali scendono a due anni se originariamente di cinque o dieci, a sei mesi se originariamente di tre o due anni, a tre mesi se originariamente di un anno e, negli altri casi, al minimo legale. Una disciplina cui non potrebbe supplire, come talora rilevato[145], la sola concessione delle attenuanti generiche, in quanto – pare evidente – troppo poco incisiva nella misura della sanzione che viene a essere erosa.

Ma anche a prescindere dal particolare *favor* della menzionata attenuante, è proprio la stessa previsione *ex lege* di un'alternativa nella disponibilità del giudice che, se pur rischia di erodere ulteriomente la frequenza applicativa della scusante 'piena' di cui al primo comma, conferisce una boccata di garantismo alla disciplina dell'errore sul precetto: il quale, come insegnato dalla esperienza italiana, al secco bivio tra evitabilità e inevitabilità tende quasi costantemente a confluire nella prima, ingenerosa, strada.

In aggiunta, uno sguardo al § 17, co. 2 StGB rende la discrezionale attenuazione in via pretoria per un *vermeidbarer* (evitabile) *Verbotsirrtum* desiderabile anche agli occhi di quanti vogliano mantenere una componente di soggettività nella valutazione dell'errore. La soluzione (peraltro assonante, si ricorderà, con nutrita giurisprudenza della Corte EDU in tema di prevedibilità) permetterebbe di realizzare il compromesso per cui il vissuto dell'agente – comprensivo di contesto di vita, esperienza professionale, particolari abilità, e via dicendo – può sì concorrere nell'analisi del giudice, ma anche nella prospettiva di operare *in bonam partem*, non dovendo per forza essere incluso al solo fine di 'fagocitare' la dimensione oggettiva di imprevedibilità di una condanna[146].

Quanto alla estensione del canone della 'evitabilità', la portata semantica dello stesso dovrebbe proprio essere forgiata nella fucina della giurisprudenza che applicasse in concreto la 'super-

---

[143] M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, spec. 6, 18; A. VALLINI, voce Culpa iuris, in *Enc. dir. – I tematici*, II, Milano, 2021, *passim*.

[144] G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 506.

[145] Favorevole a tale soluzione, perlomeno in via provvisoria, M. PETRONE, *Il "nuovo" art. 5 c.p.: l'efficacia scusante della* ignorantia iuris *inevitabile ed i suoi riflessi sulla teoria generale del reato*, in *Cass. pen.*, 1990, 719.

[146] Considerazioni, queste, già svolte con riferimento al principio di prevedibilità nel corso del Cap. II, parr. 6.2.3.-6.2.5., e sviluppate in dottrina soprattutto da A. SANTANGELO, *Ai confini tra* common law *e* civil law*: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 332 ss.

attenuante': in tal senso, sembrano particolarmente addirsi a detto correttivo le frequenti situazioni *borderline*, tra cui l'avere ottenuto pareri 'strampalati' da parte di personale, sulla carta, qualificato, o l'avere ricevuto erronee indicazioni di un'autorità pubblica non strettamente competente rispetto al settore della vita su cui l'errore cade. Situazioni che, da noi, vengono frequentemente consegnate alle severe conseguenze del binomio evitabilità-doverosa astensione.

Non è allora un caso che al *Verbotsirrtum* sia stata altresì affidata, specie dagli esponenti della Scuola di Francoforte[147], la situazione in cui il privato venga sorpreso da una condanna, avendo confidato nell'orientamento più favorevole intorno a una *quaestio juris* dibattuta. I contrasti di giurisprudenza (dunque, non soltanto i mutamenti!) vengono infatti percepiti da tale dottrina come la manifestazione di una mancanza dell'ordinamento che, più che l'errore, sottende la inesigibilità di un diverso agire da parte del cittadino. Insomma, non dovrebbe certo essere onere di questo «fare oroscopi sull'evoluzione della giurisprudenza penale»[148]. Sicché, ove il giudice non fosse disposto ad attribuire *tout-court* l'addebitabilità dell'errore all'ordinamento, verrebbe in ausilio il § 17, co. 2 StGB, in funzione eminentemente 'transattiva' tra un privato non abbastanza attento e una giurisprudenza indecisa.

Un correttivo forse non sempre soddisfacente (specie là dove la tipicità di una fattispecie risulti irrimediabilmente compromessa da un contrasto eccessivo), ma quantomeno idoneo – e pertanto "degno della massima attenzione"[149] – a realizzare una "preziosa flessibilità"[150] rispetto all'orientamento, ad oggi maggioritario, che ritiene in dolo l'agente che abbia confidato nella benevolenza della versione interpretativa più favorevole.

3.3. La positivizzazione dell'*erreur invincible* nel nuovo *Code pénal* belga

Se l'esperienza tedesca potrebbe fungere, sul piano tecnico, da traccia per una eventuale riforma dell'errore di diritto nel codice penale italiano, la scelta di recente intrapresa dal legislatore nell'ordinamento belga lumeggia ulteriormente l'opportunità di un intervento orientato in tal senso.

Nel febbraio 2024, la *Chambre des représentants* ha approvato definitivamente la riforma del codice penale belga, il quale è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale nell'aprile di quest'anno ma entrerà in vigore dal 2026. Il nuovo codice, in sostituzione del precedente, risalente al 1867, a marcata

[147] K. LÜDERSSEN, *Die parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht. Vorsatz und Irrtum*, in *Wistra*, 1983, 223 ss.; W. NAUCKE, *Entsch. Anm. zu OLG Karlsruhe*, in *NJW*, 1968, 758 ss.

[148] U. NEUMANN, *Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)*, in *JuS*, 1993, 798, ripreso da G. TORRE, op. cit., 215.

[149] G. TORRE, op. cit., 219. Nella dottrina italiana ne prende in considerazione l'adottabilità, di recente, I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, 2022, 204 ss.

[150] M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 92.

impostazione napoleonica, determina un massiccio *restyling* dell'ordinamento penale, intervenendo vigorosamente anche su istituti di parte generale che, fino a questo momento, avevano conosciuto una elaborazione prevalentemente in via giurisprudenziale. In questa prospettiva, si colloca altresì la introduzione del nuovo art. 23, ai sensi del quale "*N'est pas pénalement responsable celui qui a agi sur la base d'une erreur invincible de droit ou de fait*".

Occorre, sul punto, una precisazione di carattere preliminare. La positivizzazione dell'*erreur invincible* si inscrive, a onor del vero, in un più generale progetto di riordino delle cause idonee a incidere, in senso lato, sulla punibilità dell'agente. Diversamente dalla attenzione dedicata dalla dottrina italiana circa la tripartizione tra scriminanti, scusanti e cause di non punibilità in senso stretto, disseminate tra parte generale e parte speciale del codice (ove non si voglia altresì volgere lo sguardo agli apparati normativi extra-codicistici, che sovente propongono varianti dei rimedi 'generali'[151] o, talora, pervengono alla emanazione dei sin troppo noti 'scudi' penali), nel sistema penale belga detta dogmatica è rimasta trascurata, al punto che è frequente notare nelle motivazioni della stessa giurisprudenza di legittimità una certa promiscuità nell'uso di tali categorie[152].

Al netto delle descritte sovrapposizioni dogmatiche, va detto che fino al codice penale di imminente introduzione l'errore di diritto – così come l'errore di fatto o la legittima difesa, per rimanere nell'ampio raggio della (non) punibilità – non godevano di particolari attenzioni: di certo, non di quella del legislatore del 1867 che, nel disciplinare in un unico *Chapitre* le *causes de justification* e le *causes d'excuse*, si limitava a positivizzare il vizio di mente e la *vis maior* (art. 71).

Ancora una volta, il paradigma della inescusabilità sarebbe stato scalfito a partire dal formante giurisprudenziale, rappresentato nell'esperienza belga da una celebre sentenza della *Court de Cassation* del 1946: ancora una volta, purtuttavia, si sarebbe trattato di una enunciazione rimasta inattuata, essendosi originariamente tradita nella individuazione di un parametro troppo severo, una "*barre faut haut*", come definita dalla stessa Commissione incaricata di redigere il nuovo codice[153].

Invero, il sistema belga moveva – come detto – da una lacuna ancor più vistosa di quelle rinvenute

---

[151] Per restare in tema, con riferimento all'errore di diritto, nella materia tributaria (art. 15 D.Lgs. n. 74 del 2000), v. per tutti M. LANZI, op. cit., 320 ss.; di recente, in margine alle modifiche apportate al citato art. 15, G. ARDIZZONE, *Il nuovo assetto del sistema penale tributario: un'analisi del d.lgs. 14 giugno 2024 n. 87*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 31 gennaio 2025, 8 ss.

[152] Una ragione è senz'altro rinvenibile, a monte, nella stessa struttura del codice del 1867, il quale «*utilise les termes "causes de justification" de manière globale visant non seulement les causes de justification (sensu stricto) mais également les causes d'exemption de culpabilité et les causes de non-imputabilité. Il convient néanmoins d'apporter ici d'importantes nuances. Il n'est tout simplement plus question d'infraction en présence d'une cause de justification (sensu stricto) alors que c'est bien le cas pour les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse*» [Projet de loi (I) introduisant le Livre Ier du Code pénal, Doc. Parl., Ch., sess. 2022-23, n°55-3374/001, Exposé des motifs, 67].

[153] D. VANDERMEERSCH-J. ROZIE-J. DE HERDT, *Le livre Ier du nouveau Code pénal. Les principes généraux du droit pénal revisités*, Bruxelles, 2024, 162.

dal *Bundesgerichtshof* e dalla Corte costituzionale nei rispettivi codici: l'indiscriminato silenzio codicistico su errore di diritto ed errore di fatto portava la giurisprudenza, diversamente dalla maggioranza degli altri sistemi penali europei, a riconoscere una piena equiparazione tra le due situazioni, tarando l'operatività di entrambe sul parametro della 'invincibilità'. Veniva, in altre parole, plasmata una figura di agente-modello che se, paradossalmente, rendeva l'ordinamento belga ancor più severo dei corrispondenti regimi europei in tema di errore di fatto (posto che, rievocando l'art. 47 c.p., la punibilità dell'agente può al più residuare a titolo di colpa, mai a titolo di dolo), lo allineava allo *standard* comune quanto all'*error iuris*.

Ricorre, infatti, la massima giurisprudenziale che descrive l'invincibilità come la condizione tale per cui «*tout personne normale, raisonnable et prudente, placée dans les mêmes circostances de fait et de droit que celles où le prévenu s'est trouvé, l'aurait commise*»[154]. Con la conseguenza che anche il riconoscimento della invincibilità belga si è sempre ridotto a una circostanza del tutto eventuale e sporadica: avvalendosi di tale parametro, la *Court de Cassation* annullava la decisione con cui un soggetto era stato assolto, per errore invincibile, per avere incenerito dei residui organici colpiti da agenti parassitari, in quanto la condotta, benché ricompresa nella fattispecie di illecita gestione di rifiuti, sembrava liceizzata da una norma di settore che, con formulazione poco chiara, pareva considerare estranei alla nozione di rifiuti tale materiale[155]; analogamente, veniva rigettato il ricorso con cui i proprietari di un locale a luci rosse contestavano la loro condanna per sfruttamento della prostituzione, lamentando che l'amministrazione comunale aveva concesso loro l'esercizio dell'attività, mediante rilascio di una licenza edilizia e di un certificato di conformità[156]. Orbene, è agevole avvedersi della marcata analogia esistente tra il parametro della 'invincibilità' – condensato nel rinvio, dal sapore per noi civilistico, al "*bon père de famille*" – e quello dell'agente-modello adattato dalla giurisprudenza italiana, a seconda del settore di riferimento, per considerare *omnimodo* rimproverabile l'imputato.

Tuttavia, la sostanziale ineffettività del rimedio che da noi ha al più prodotto, come indicato[157], una proposta di riforma mai venuta alla luce, in Belgio ha indotto alla codificazione di una vera e propria scusante, nel nuovo art. 23. Il legislatore è, dunque, intervenuto a colmare una mancanza ritenuta eccessiva: nell'introdurre la fondamentale bipartizione tra *causes de non-imputabilité* e *causes*

[154] Cfr. la giurisprudenza riportata *ivi*, 160, nt. 146.
[155] Cass., 3 maggio 2023, RG P.23.0353.F, in *www.juportal.be*.
[156] Cass., 22 dicembre 2021, RG P.21.1311.F, in *J.L.M.B.*, 2022, 1622.
[157] *Supra*, par. 3.2.

d'exemption de pénalité, l'*erreur invincible* prende posto in tale seconda categoria[158], accanto alla forza maggiore ("*force irrésistible*").

Più dettagliatamente, lo stesso risulta suscettibile di elidere l'*elémént moral*, inteso alla stregua del versante soggettivo del reato[159], ove debba escludersi che la condotta dell'agente sia "*reprochable*". Al di là della formula prescelta dal legislatore la quale, in concreto, eredita l'ostico parametro della 'invincibilità', meritevole di interesse è, piuttosto, il retroterra dei *Travaux preparatoires* che, nella futura ricostruzione semantica di detto criterio, dovranno costituire un indicatore di primario rilievo[160]. È da tale angolatura che deve infatti apprezzarsi lo sforzo della dottrina, la quale ha esortato a una rilettura del suddetto criterio alla stregua del 'modo in cui si sarebbe comportata la stragrande maggioranza delle persone poste nelle medesime circostanze' ("*le comportement de la grande majorité des personnes confrontées aux mêmes circonstances*") [161]. Una flessione 'oggettivizzante' che non può che imporre un abbassamento dell'asticella dal livello dell'agente-modello (superuomo) a quello dell'agente-medio. Lo sforzo confluito nel nuovo art. 23 è, in definitiva, tutto proteso ad attenuare gli eccessi di tendenza alla iper-soggettivizzazione, che porta all'estremo il parametro della evitabilità in concreto e alle ben note derive repressive, posto che un inadempimento o una svista, per quanto minimi, potranno rinvenirsi anche in capo al consociato più diligente.

Troppo spesso viene dimenticato che la prospettiva dell'agente è, di regola, quella del cittadino, non del navigato giurista[162]: il legislatore del nuovo *Code pénal* sembra averlo rammentato, incoraggiando un rinnovamento culturale il cui vento, non ci stanchiamo di ripeterlo, auspichiamo soffi anche in

---

[158] Art. 21: "*Les causes d'exemption de culpabilité sont les circonstances visées à l'alinéa 2 en raison desquelles l'infraction ne peut être reprochée à son auteur eu égard à la situation concrète dans laquelle il adopte le comportement incriminé.*
Les causes d'exemption de culpabilité sont: 1° la force irrésistible; 2° l'erreur invincible".

[159] Appare ardua la ricerca di un parallelismo, sul punto, con l'ordinamento italiano. L'*elémént moral* viene infatti definito come fondato su "*conscience d'agir*" e "*libre arbitre*" (art. 7): un accostamento che, a ben vedere, molto ricorda la coscienza e volontà previste dal nostro art. 42, co. 1 c.p. – spesso ricondotto nella dottrina italiana alla autonoma categoria della c.d. *suitas* – e che, nell'ordinamento belga, verrebbe meno in presenza di una forza maggiore o di un errore inevitabile.

[160] Merita rammentare che l'ausilio dei Lavori preparatori in sede interpretativa gode nel nuovo codice penale di un riferimento esplicito, all'interno dell'art. 4, ai sensi del quale "*La loi pénale est d'interprétation stricte. Elle ne peut pas s'appliquer par analogie en défaveur de la personne poursuivie. La loi pénale peut s'appliquer à des faits que le législateur était dans l'impossibilité absolue de prévoir à l'époque de sa promulgation à la condition que la volonté du législateur d'ériger des faits de cette nature en infraction soit certaine et que ces faits puissent être compris dans la définition légale de l'infraction*": nel liceizzare, con una scelta forse inusuale, la interpretazione evolutiva, i codificatori dichiarano di affidarsi alla volontà del legislatore, di fatto consegnando *pro futuro* la loro interpretazione agli interpreti che verranno. La disposizione, per quanto riferita alle norme incriminatrici, pare agevolmente estendibile anche a disposizioni dal contenuto esimente, essendo inserita nell'ambito dei principii generali che regolano la struttura del codice.

[161] Nella dottrina belga, in particolare, J. ROZIE, In abstracto *of* in concreto*? Over de subjectivering van de bonus pater familias-standaard bij de toetsing van de schuldontheffingsgronden van overmacht en dwaling*, in *Nullum crimen*, 2016, 223 ss.; ID., *Beklaagde Alwetend. Over het criterium van de redelijke voorzienbaarheid als maatstaf van het* lex certa *principe in strafzaken*, in *R.W.*, 2012-2013, 802 ss.; F. VAN VOLSEM, *De onoverwinnelijke rechtsdwaling en de noodtoestand in het bijzonder met betrekking tot milieumisdrijven*, in *T.M.R.*, 2012, 1-24.

[162] *Supra*, Cap. II, 6.2.3.

Italia. La mancanza della necessità di una ri-codificazione – godendo il codice Rocco ancora di buona salute – può costituire al più un'attenuante, non certo (per restare in tema) una causa di esclusione di colpevolezza del nostro legislatore in relazione alla inerzia manifestata sul punto: un art. 5 c.p. che in via esplicita – e non soltanto per addizione *ab externo* – scusasse l'errore inevitabile potrebbe risultare più convincente, mettendo la giurisprudenza davanti a un referente normativo esplicito, forse più capace di 'rivitalizzare' il contenuto di una sentenza che avrebbe soltanto «fatto credere o temere di essere rivoluzionaria»[163].

4. La *rule of lenity* nel diritto inglese e nordamericano

Considerazione a sé merita l'ulteriore rimedio che, in presenza di due o più letture interpretative parimenti plausibili, imponga al giudicante di privilegiare quella più favorevole all'imputato. Strutturalmente, la *rule of lenity* – pur'essa prodotto dei sistemi di *common law*[164] – presenta una differenza vistosa dal *prospective overruling* e dal *mistake of law*. A ben vedere, i succitati correttivi intervenivano al fine di far andare libero il singolo, pur senza rinunciare all'affermazione della *regula juris* peggiorativa: tacitamente, e al netto della evidenziata forzatura dogmatica, il *mistake of law* (anche nella variante dell'*absolute discharge*); esplicitamente, e solo per i casi successivi a quello sottoposto all'*overruling*, nel caso della *prospective limitation*. Nella *rule of lenity*, il consociato viene invece assolto perché è riconosciuta la prevalenza della opzione interpretativa più favorevole su quella peggiorativa. Il che, in concreto, pone in luce la distanza circa gli esiti dei rimedi proposti, nella misura in cui i primi determinerebbero il consolidamento del principio di diritto più rigido, là dove, viceversa, la *rule of lenity* a poco a poco incoraggerebbe l'affermazione di un ordinamento a tinte più miti.

Proprio movendo da tale premessa generalissima va affrontato questo istituto che, come si sarà notato, indirizza alla stregua di super-canone interpretativo la scelta del decisore che si trovi al bivio di più strade parimenti praticabili. Insomma, la *rule of lenity* opera in via preventiva, affinché venga prescelta una opzione interpretativa; il *mistake of law* e il *prospective overruling* operano a posteriori, affinché il consociato venga tutelato dalla opzione intrapresa, all'evidenza più severa.

Eppure, le esigenze da cui la *rule of lenity* prende forma non divergono da quelle che hanno esortato l'elaborazione degli altri rimedi: «è davvero insignificante che vi possano essere due letture opposte,

---

[163] M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1596.

[164] Tuttavia, sulle origini storiche della regola *in dubio pro reo* e della c.d. *benignior interpretatio* che, come si evidenzierà nel testo, presentano una matrice garantistica comune alla *rule of lenity*, v. la ricca ricostruzione diacronica di M. CATERINI, In poenis benignior est interpretatio facienda, in *Arch. giur.*, 2023, 1, 51 ss.

entrambe plausibili e ragionevoli, in cui una può comportare la privazione della libertà di un soggetto e l'altra l'assoluzione [?] Il principio del *favor libertatis*, del *favor rei*, dell'*in dubio pro reo* non potrebbe far ritenere preponderante, se non vincolante, l'interpretazione più favorevole al reo, addirittura quella che lo assolve?»[165].

La *rule of lenity* costituisce una delle gemmazioni più immediate della *strict construction*, pur distinguendosi da quest'ultima[166]. Essa nasce come antidoto all'irrazionale asperità punitiva del *common law* inglese e, su tutto, alla frequenza della pena capitale quale sanzione per le *felonies*, anche le più bagatellari[167]. Alla progressiva estensione del *benefit of the clergy* ai cittadini laici – messa in atto a tale scopo dalle Corti inglesi, quindi disinnescata dalla esplicita introduzione di deroghe in particolare durante il regime di Enrico VIII – sarebbe succeduta, in analoga prospettiva, una interpretazione restrittiva delle fattispecie punite con la pena di morte, 'ratificata' come regola di funzionamento del sistema grazie a Sir Matthew Hale[168]. Da questa nucleare elaborazione si sarebbe sviluppata oltreoceano la *rule of lenity*, la quale si sarebbe fatta carico di una serie di direttrici cardine del sistema penale liberale statunitense.

È proprio in tale contesto che dalla costola della *strict construction* prende forma tale canone di interpretazione sostanziale[169], come declinazione delle tecniche interpretative degli *statutes* la quale, necessariamente, entra in contatto e interagisce, mischiandosi dogmaticamente, con i corollari della legalità penale. Proprio detta commistione lumeggia la componente, una e trina, che alimenta il significato della *rule of lenity*[170].

---

[165] M. BIANCHI, *"*The tie must go to the defendant*". La* rule of lenity *nel diritto penale statunitense*, in *Ind. Pen.*, 2020, 1, 232. A voler mantenere ferma la distinzione, la cui fondatezza è stata più sopra discussa, tra mutamenti e contrasti, ci sembra evidente come il terreno d'elezione della *rule of lenity* risieda nei secondi, allorquando davanti al giudice si offrano contemporaneamente più letture interpretative sostenibili. Vero è che la *rule of lenity* potrebbe altresì operare 'sottotraccia' in occasione di un possibile mutamento *in malam partem*. *Possibile*, si è detto, poiché se il giudice dovesse ritenere astrattamente corrette sia l'opzione più rigida, sia quella meno severa, dovrebbe sempre propendere per quest'ultima, già esistente, cosicché il mutamento rimarrebbe 'abortito' prima di prendere forma nella realtà giuridica. Viceversa, se il decisore avesse fondate ragioni per ritenere la nuova interpretazione *in malam partem* come l'unica alternativa corretta, potrebbe procedere all'*overruling*, dovendo tuttavia operare, a tutela del caso 'zero', gli ulteriori correttivi apprestati dall'ordinamento, considerata l'ineffettività – in questa sola ipotesi – della *rule of lenity*.

[166] G. COCCO, *Alcuni caposaldi dell'interpretazione liberale. Insegnamenti e differenze con l'esperienza statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 4, 1353.

[167] Per un 'catalogo' dei delitti puniti con l'estrema sanzione, L. RADZINOWICZ, *A History of English Criminal Law and Its Administration from 1750*, London, 1948, 3 s.

[168] In questo senso M. BIANCHI, op. cit., 234, nt. 17. Sulla possibile origine della *rule of lenity* come tentativo di arginare in via ermeneutica la crescente diffusione degli *statutes* a scapito delle regole di *common law*, S. VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*, in ID. (a cura di), *Casi, fonti e studi per il diritto. Diritto penale comparato*, Padova, 1992, 96 s.

[169] Più specificamente, nel novero dei *private-right canons* rientrerebbero, oltre alla *rule of lenity*, il *penalty/illegality canon*, il *mens rea canon*, la *presumption against implied right of action*, come elencati e sistematizzati da A. SCALIA-B.A. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, 2012, 15 ss.

[170] In tema, v. anche A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità*, cit., 334.

Immediato è in primo luogo il richiamo al principio di determinatezza: da antidoto contro le leggi troppo severe, nel Regno unito, la *rule of lenity* evolve ad antidoto contro le leggi irrimediabilmente indeterminate. Al contempo, tale regola, con il rischio di mandare libero un soggetto invece meritevole di sanzione, dovrebbe fungere da controspinta, in via preventiva, nei confronti del Congresso, il quale, non intendendo vedere frustrati i propri obiettivi di politica criminale, sarebbe indotto a formulare disposizioni sufficientemente precise[171]. In coerenza con la 'policromia' della legalità penale – articolata in accenti ora più politici, ora maggiormente personalistici[172] – è insita alla *rule of lenity* altresì la componente personalistica, come precipitato del *fair warning*[173], che si rifà alla auspicabile «mitezza della legge nei confronti dei diritti degli individui e [al] semplice principio secondo cui il potere punitivo è di competenza del legislatore e non dell'organo giudiziario»[174]. Acquisisce consenso, cioè, l'idea secondo cui va sanzionata la *void for vagueness* di una legge indeterminata, potendo la stessa evolvere in un pericoloso arnese nella disponibilità del giudice, con la conseguenza che, se tale sia stata l'inefficienza dello Stato, è meglio «permettere al colpevole di salvarsi piuttosto che […] punire un innocente»[175]. Si intuisce, per l'effetto, un intreccio di garantismo che delinea una piramide di presidi a tutela del consociato, a chiusura della quale, proprio al fine di

---

[171] Anche nella dottrina nordamericana che, oggi, esorta un recupero della *rule of lenity*, non mancano i sostenitori della componente 'politica' della regola. In particolare, cfr. Z. PRICE, *The Rule of Lenity as a Rule of Structure*, in *Fordham Law Review*, 72, 2004, 911: «*In this context, the rule of lenity strengthens the guarantee that criminal legislation and law enforcement will reflect majoritarian preferences. With respect to legislatures, the value of the rule is to counteract the tendency to broaden liability. Whereas the interaction of political incentives with enforcement discretion biases the lawmaking process in favor of expansive criminal prohibitions, the rule of lenity biases the interpretive process in favor of the accused. The effect is to require legislatures to define crimes in specific rather than general terms. That requirement not only makes the process of building legislative coalitions more involved, perhaps stimulating greater deliberation, but also maximizes whatever incentive legislators have to avoid embarrassingly overbroad prohibitions. A legislature that wishes to criminalize drunken bicycling must call it that; politicians who want minor fiduciary breaches to trigger jail time must do more than tout a new statute on "fraud". In short, politicians must lay bare the full extent of the conduct they intend to criminalize, exposing themselves to whatever resistance or ridicule their choices entail; they cannot use vague or general language to obscure the law's reach*».

[172] Sulla declinazione perlomeno duplice, nei termini surriferiti, della legalità penale (interna ma altresì nel modello coniato nel sistema nordamericano), *supra*, Cap. I, parr. 2.1.-2.2.

[173] D.S. ROMANTZ, *Reconstructing the Rule of Lenity*, in *Cardozo Law Review*, 40, 2018, 572: «*Due process requires fair warning and notice of the acts that constitute a crime and the crime's penalty. Fair warning is paramount when a court considers a criminal statute because liberty, and perhaps even life, are at stake. If a court broadens the scope of a criminal statute to include conduct not fairly within it or if a court increases a penalty not obvious from its text, then a court runs afoul of fundamental due process rights protected by the Constitution. A rule of lenity safeguards due process rights by requiring courts to construe narrowly criminal statutes to include only those crimes and penalties fairly and obviously within them*».

[174] *United States v. Wiltberger*, 18 U.S. (5 Wheat.) 76 (1820).

[175] L'espressione è tratta da F.A. VON HAYEK, *Regole e ordine*, in ID., *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 2000, 147. Sulle possibili implicazioni dell'Autore sul *textualism*, interessante il saggio di W.H. PRYOR, *Quale giudice può tutelare al meglio la libertà individuale? Hayek e il "testualismo"*, in *HBL Occasional Paper*, 20 novembre 2018, richiamato in G. COCCO, op. cit., 1344. Nella citata affermazione riecheggia, peraltro, l'autorevole pensiero di Federico Stella, variamente emergente in ID., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 26 e *passim*: «Sono proprio queste spoliazioni di identità, questi dolori senza fine, queste distruzioni della dignità della persona che dovrebbero indurre anche le scuole italiane ad insegnare ai bambini che è molto meglio lasciar libero un colpevole che condannare un innocente».

vietare a un organo dello Stato di manipolare il prodotto troppo malleabile di un altro organo, vige la regola "*the tie must go to the defendant*"[176].

Per esemplificare, il legislatore avrebbe tradito le aspettative di compilatore tassativo[177] nel prevedere la punibilità del trasporto di armi dagli Stati Uniti al Canada mediante carro, carrello, slitta, barca "o altro": sicché, pur potendo senz'altro rientrare nell'"altro" anche i buoi, altrettanto plausibile – e preferibile, siccome leviore – era la ricostruzione che identificava il denominatore comune agli oggetti citati nella qualifica di mezzi di trasporto, certo meno adatta a estendersi ai lenti bovini[178]. Allo stesso modo, venne escluso che l'omicidio colposo avvenuto in fiume cinese rientrasse nel perimetro applicativo dell'omicidio "in alto mare" – e ciò nonostante la contigua ipotesi di omicidio volontario equiparasse l'alto mare a porti, bacini, baie e persino fiumi – proprio in quanto si appalesava altrettanto plausibile la lettura letterale, che non concede la prospettata equiparazione tra i due diversi (per portata, contenuto, conformazione) specchi d'acqua[179].

Vero è che una tale apertura non sarebbe stata destinata a perdurare. Oltre a trovare esplicita resistenza nelle legislazioni di alcuni Stati membri, i quali avevano positivizzato l'opposta concezione elastica dell'interpretazione[180], la matrice personalistica della *rule of lenity* – e, più in generale, della legalità – sarebbe stata gradualmente accantonata, in favore di una cavalcante concezione efficientistica[181] che mirava a rinvenire nelle pieghe di una disposizione poco chiara la volontà del Congresso, non già un alambicco a protezione degli individui[182]. Da tale angolatura, perdeva vigore la stessa teoria della *strict construction* di cui nel Diciannovesimo secolo la *rule of lenity* costituiva il convincente precipitato logico, registrandosi sempre più di frequente decisioni che rivendicavano una ermeneusi di impronta *liberal*.

---

[176] Espressione tratta da *United States v. Santos* 503 U.S. 507 (2008), da cui anche il titolo del lavoro di M. BIANCHI, op. cit.

[177] D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017, 65 ss.

[178] *United States v. Sheldon*, 15 U.S. 119-121 (1817).

[179] *United States v. Wiltberger*, cit., spec. 95, 105.

[180] In tema, M. BIANCHI, op. cit., 236.

[181] Circa il doppio ruolo della legalità, quale scudo o spada a seconda degli interessi di volta in volta tutelati, con precipuo riguardo alla materia trattata, M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in P.B. HELZEL-A.J. KATOLO (a cura di), *Autorità e crisi dei poteri*¸ Padova, 2012, 118 ss. In generale, sull'immagine bifronte che la legalità penale può alternativamente assumere, Y. CARTUYVELS, *Les droits l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation?*, in H. DUMONT-F. OST-S. VAN DROOGHENBROECK (a cura di), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 391 ss.

[182] *Callanan v. United States*, 364 U.S. 547 (1961).

4.1. Le alterne fortune della *rule of lenity* tra *textualism* e *purposivism*

Veniva, insomma, a innestarsi lo storico dibattito – ad oggi aperto – tra *textualism* e *purposivism*, dalla cui risoluzione dipende la stessa rilevanza della *rule of lenity*. A ben vedere, mai veniva rinnegata la natura di tale regola, annoverata tra i canoni interpretativi a disposizione del decisore[183]; mutavano, semmai, le gerarchie interne a tali canoni, assumendo la *rule of lenity* una posizione più (per il giurista *textualist*) o meno (per il giurista *purposivist*) elevata nella scala dei valori interpretativi: «*the key question in applying lenity, therefore, is what rank the rule holds relative to other interpretive conventions*»[184].

In applicazione del *textualism* – che vede quale suo più autorevole sostenitore (e applicatore) Justice Scalia[185] – l'interprete dovrebbe affidarsi al *plain meaning* ricavabile da una disposizione. Il che, beninteso, non viene necessariamente a coincidere con l'esatta ampiezza semantica del lemma siccome definita all'interno di una voce enciclopedica bensì, più semplicemente, con l'accezione comune del termine in seno al corpo sociale la quale, il più delle volte, costituirà anche la soluzione favorevole all'imputato. Il diritto andrebbe, cioè, letto attraverso le lenti dei consociati, in quanto redatto *per* i consociati. Viceversa, nel *purposivism* l'attenzione è rivolta alle indicazioni ricavabili dai criteri corrispondenti alle nostre interpretazioni storica e teleologica, che mirano a portare a emersione lo scopo di politica criminale perseguito al momento di redazione del precetto. Tale seconda opzione, di frequente applicata nell'esperienza giurisprudenziale nordamericana, ben si armonizzerebbe con i percorsi ermeneutici che agiscono nella prospettiva di isolare e salvaguardare il bene giuridico di riferimento di una fattispecie incriminatrice. Il *background* culturale che fa da sfondo a una concezione (oltreoceano) *liberal* dell'interpretazione non si discosterebbe poi molto dalle ricostruzioni (in Italia) rivolte al bene giuridico: qui come lì, insomma, non potrebbe perdersi di vista, nella ricerca del significato di una disposizione, il versante degli offesi e degli interessi di costoro che si assumono violati[186]. Sicché – se anche «le indagini sui criteri interpretativi statunitensi evidenziano come sia del tutto assente il riferimento al bene giuridico tutelato»[187], l'asserito predominio interpretativo delle ricostruzioni storico-teleologiche nella giurisprudenza italiana strizza

---

[183] Sui *canons of construction*, suddivisi tra semantici, attinenti al dato testuale, e sostanziali, orientati alle conseguenze giuridiche derivanti da una certa lettura della disposizione, M. BIANCHI, op. cit., 237 ss.

[184] Z. PRICE, op. cit., 890.

[185] Per una trattazione *ex professo* del *textualism*, v. il già citato A. SCALIA-B.A. GARNER, *Reading Law. The interpretation of legal texts*, cit.

[186] Pericolo intuito nelle stesse pagine dei sostenitori di una interpretazione rivolta al bene giuridico, ove si rileva come non debba essere «affatto sottovalutato il pericolo che la giurisprudenza utilizzi i criteri storico (*legislative history*) e teleologico (*purpose*) per assecondare gli scopi legislativi più vaghi, ovvero semplicemente per attribuire al legislatore i fini propri, con l'obiettivo di estendere la portata incriminatrice delle leggi, secondo una lettura spesso sollecitata dal caso concreto, oltrepassando i limiti della pur chiara lettera della disposizione interpretata»: G. COCCO, op. cit., 1358.

[187] Ancora G. COCCO, op. cit., 1361.

l'occhio al *purposivism* del momento interpretativo, ciò rendendo manifeste le difficoltà di un'utopistica importazione della *rule of lenity* nel nostro ordinamento. Tanto più che, portando alle estreme conseguenze tale tesi, si è sostenuto che la *rule of lenity* violerebbe la stessa riserva di legge e il principio di democraticità, nella misura in cui il giudice, risolvendosi a dare applicazione alla *benignior interpretatio*, ignorerebbe, calpestandola, la *ratio legis*, in spregio alla originaria volontà espressa in sede parlamentare[188]. Conclusione che suona quasi paradossale, ove si consideri che la *rule of lenity* nasce proprio come costola dell'approccio *textualist* al dettato normativo.

È fin troppo evidente che la salute di tale regola interpretativa dipenda, oltre che da quale tra le *rationes* della *rule of lenity* si intenda privilegiare[189], dall'alternativa tra i due opposti paradigmi interpretativi. In effetti, l'affermazione ora dell'uno, ora dell'altro, in seno alla giurisprudenza della *Supreme Court*, ha segnato le alterne fortune di tale canone ermeneutico, che ha attraversato perlomeno tre fasi.

4.1.1. «*if lenity invariably comes in 'last', it should essentially come in never*»

Limitandosi alla giurisprudenza del Ventesimo secolo, per lungo tempo la *rule of lenity* è stata relegata a canone ultra-sussidiario, proprio in quanto inidonea, come evidente, a lumeggiare l'*intentio legis* che, viceversa, ha sovente costituito il binario entro cui giudici federali hanno ritenuto di incanalare la lettura dei fatti al proprio vaglio.

Viene individuato quale *leading case* del *purposivism* applicato alla *rule of lenity United States v. Universal C.I.T. Credit Corp.*[190]. La questione di diritto controversa atteneva al comprendere se una reiterata violazione della medesima disposizione regolatrice dei rapporti tra datore e lavoratore desse luogo a una o plurime (32, nel caso di specie) imputazioni: in buona sostanza, la versione nordamericana dell'alternativa tra unità o pluralità di reati. Nella *majority opinion* redatta da Justice Frankfurter si prende atto della difficoltà del caso di specie e dell'ambiguità sottesa alla disposizione al vaglio, tanto che, da ultimo, la Corte opta per la soluzione leviore. Nondimeno, tra le righe della motivazione si annidano i prodromi per un imminente cambio di direzione, giacché la Corte dovrebbe avvalersi di «*all the light relevantly shed upon the words and the clause and the statute that express*

---

[188] G. COCCO, op. cit., 1345: «in forza della divisione dei poteri e della riserva di legge parlamentare l'interpretazione giudiziale della legge non solo ne deve rispettare la lettera, ma anche deve essere coerente con le scelte e gli obiettivi legislativi, espressi o impliciti, che occorre quindi indagare secondo i canoni classici dell'interpretazione dettati dall'art. 12 delle preleggi. Obiettivi che sono espressi da uno dei caposaldi della interpretazione diffusi in Europa, ovvero il principio di tutela dei beni giuridici».

[189] A. SANTANGELO, op. cit., 335 ss.

[190] *United States v. Universal C.I.T. Credit Corp.*, 344 U.S. 218 (1951). Per approfondimenti sui profili fattuali della vicenda, D.S. ROMANTZ, op. cit., 534 ss.

the purpose of Congress», essendo nello strumentario della stessa «*any and all the tools of construction it wishes to resolve statutory ambiguity because the rules of statutory construction are not laws but simply hints or customs or nuggets of experience*». La breccia veniva aperta: se ogni criterio, indistintamente, sarebbe stato idoneo a fare luce sull'ambiguità dello *statute*, in un modo o nell'altro tale ambiguità avrebbe trovato risoluzione a prescindere dalla *rule of lenity*. Con il che, se tale *test* interpretativo (*recte* un *passepartout* per legittimare la interpretazione che il decisore intenda sostenere) formalmente scongiura sconfinamenti del potere giudiziario nelle competenze del Congresso, perde di vista la più intima concezione della *rule of lenity* – quella che dà voce al *fair warning* del consociato davanti all'*ambiguity* –, poiché l'applicazione dell'opzione più favorevole diviene una mera casualità. Come a dire: «*Without ambiguity, there is no lenity*»[191]. Solo che la *clarity* viene guadagnata *ex post* dal decisore, con l'ausilio dell'indicatore di volta in volta ritenuto più calzante.

Una sequenza procedimentale, l'*iter* interpretativo promosso da Justice Frankfurter, nella quale la *lenity* scivola all'ultimo posto, come antidoto a un'ambiguità che, di fatto, sarà sempre dissipata prima. Per quanto trovi autorevoli approvazioni anche in seno alla dottrina italiana, tale metodo, invece che rispettare la legalità penale – come sostenuto – la svuota di ogni pregnanza, nella misura in cui per mantenere rigida la separazione dei poteri[192] è disposta a rinnegarne la componente personalistica, che si cura di chi sia incolpato sotto la effigie di un precetto ambiguo.

Un semplice paragone vale a chiarire come siano più i costi, che i benefici, derivanti da tale lettura. Affacciandoci per un attimo sul diritto civile, appare marcata l'analogia tra la *lenity-last* e l'art. 1371 c.c.[193], che impone di interpretare il contratto nel senso meno gravoso (con *lenity*!) per l'obbligato solo allorquando l'applicazione dello stuolo di criteri contemplati tra gli artt. 1362 e 1370 c.c.[194] si sia rivelata infruttuosa. Una omogeneità di approccio che, a ben vedere, appare ben poco giustificabile: se è il contratto a risultare irrimediabilmente "oscuro" – come lo definisce il codice

---

[191] D.S. ROMANTZ, op. cit., 537. Ancora più chiaramente: «*if ambiguity is the touchstone of lenity but the Court refuses to find a statute ambiguous, then lenity is indeed relegated to nothing more than judicial sport*». Nello stesso senso, D.M. KAHAN, *Lenity and Federal Common Law Crimes*, in *The Supreme Court Review*, 1994, spec. 386.

[192] *Supra*, nt. 174.

[193] Definisce l'oscurità contemplata dall'art. 1371 c.c. come «condizione di asperità conoscitiva», in relazione a un testo «che conserva dubbi e ambiguità non risolubili mediante i canoni dei due gruppi. Oscuro, perché non capace di ridursi all'unicità di significato» N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 4, 1159.

[194] Li riportiamo brevemente: art. 1362 (Intenzione dei contraenti); art. 1363 (Interpretazione complessiva delle clausole); art. 1364 (Espressioni generali); art. 1365 (Indicazioni esemplificative); art. 1366 (Interpretazione di buona fede); art. 1367 (Conservazione del contratto); art. 1368 (Pratiche generali interpretative); art. 1369 (Espressioni con più sensi); art. 1370 (Interpretazione contro l'autore della clausola); art. 1371 (Regole finali: «Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso»).

civile – la responsabilità è dei contraenti, e prima di arrivare a favorire l'obbligato è ragionevole che si ricerchi *omnimodo* la volontà di un rapporto giuridico *inter pares*. Ma là dove l'oscurità affligga il precetto penale, la responsabilità è solo dello Stato, e se il tentativo di emendarne l'ambiguità è senz'altro esperibile, esso non costituisce un fine da perseguire a ogni costo: altrimenti, la predetta responsabilità si risolve in una vuota clausola di stile, assai poco minacciosa per il legislatore che svogliatamente si dedichi alla redazione di nuovi precetti.

Fuor di metafora, la *lenity-last* avrebbe fatto presa nella giurisprudenza federale nordamericana[195]. Nella già citata *Callanan v. United States*, la Corte Suprema respingeva l'applicazione della *rule of lenity*, invocata dall'imputato nell'affermare l'irrazionalità della duplice condanna riportata – derivante dall'ambiguità dello *statute* di riferimento – rispettivamente per una *obstruction to interstate commerce* e per la mera *conspiracy* della medesima condotta. Nondimeno, veniva opposto che «*the Congress must have intended that the substantive violation of the Hobbs Act and a conspiracy to commit a substantive violation of the Hobbs Act do not merge, and thus are separate crimes that Congress intended to separately punish*», affermandosi senza più veli che «*the rule* [*of lenity*, n.d.s.] *comes into operation at the end of the process of construing what Congress has expressed, not at the beginning as an overriding consideration of being lenient to wrongdoer*»[196].

Del resto, la *lenity-last* ha retto il segno dei tempi, perdurando anche in epoca più recente. In questa direzione si colloca, per esempio, *Moskal v. United States*[197], nell'ambito della quale il ricorrente lamentava un'ambiguità insuperabile nella locuzione "*falsely made*", prevista dal 18 U.S.C. § 2314, in merito al reato di trasporto consapevole di titoli falsi, alterati o contraffatti nel commercio tra Stati. La maggioranza dei giudici federali escludeva tale incertezza, estremizzando il paradigma della c.d. *ultimate ambiguity* e avvalendosi esplicitamente dei criteri teleologico e storico, «[*as it has*] *always reserved lenity for those situations in which a reasonable doubt persists about a statute's intended scope even after resort to 'the language and structure, legislative history, and motivating policies' of the statute*».

[195] *Ex plurimis*, *United States v. Bass*, 404 U.S. 336, 347 (1971); *Huddleston v. United States*, 415 U.S. 814 (1974); *Simpson v. United States*, 435 U.S. 6, 8 (1978); *Smith v. United States*, 508 U.S. 223, 229-37 (1993). Per una ricognizione estesa delle decisioni intervenute nel Ventunesimo secolo che hanno preso in esame la *rule of lenity* (almeno sino al 2017), I.A. RABB, *Response. The appellate Rule of Lenity*, in *Harvard Law Review Forum*, 2018, 8, 179 ss.

[196] *Chapman v. United States*, 500 U.S. 453, 456–57 (1991), ripresa anche in D.S. ROMANTZ, op. cit., 551, nell'ambito del quale alla Corte veniva sottoposto il quesito se includere la carta assorbente nella valutazione del peso della sostanza stupefacente ceduta, ai fini del superamento dei limiti previsti *ex lege*.

[197] *Moskal v. United States*, 498 U.S. 103 (1990).

4.1.2. *Textualism* e *lenity-second* sotto l'influsso di Justice Scalia

Nondimeno, tale approccio avrebbe conosciuto, più di recente, significative eccezioni. Più specificamente, la Corte Suprema sembra talora propendere, su autorevole spinta di Justice Scalia – il quale già nella *dissenting opinion* del caso *Moskal* osserva che «*if the rule of lenity means anything, it means that the Court ought not do what it does today: use an ill-defined general purpose to override an unquestionably clear term of art*» – per una rivitalizzazione della *rule of lenity*, cavalcando l'onda del *textualism*[198].

In applicazione di tale corrente, mutano visibilmente le gerarchie nei criteri interpretativi, prediligendosi quelli idonei a rendere manifesto il *plain meaning* dello *statute*. Vengono, al contempo, banditi i criteri storico e teleologico, sul presupposto che «la *ratio* della disposizione […] non può alterare il senso comune del termine, attribuendogli un significato che la persona comune (non specialista) non comprenderebbe»[199]

United States v. Santos[200], per esempio, interessava i giudici federali di un quesito interpretativo soggetto a plurime soluzioni. Nel caso di specie, l'imputato era stato condannato per il reato federale di concorso in riciclaggio (*conspiracy to launder money*) in quanto avrebbe impiegato i proventi della propria attività illegale (la gestione non autorizzata di una lotteria) al fine di retribuire i collaboratori o, comunque, in transazioni finalizzate al proseguimento delle condotte delittuose presupposte. Il ricorrente lamentava la legittimità della condanna, fondata sulla ingiustificata riconduzione dei proventi del reato al termine "*proceeds*", la cui ampiezza semantica si sarebbe limitata ai guadagni ("*profits*") di transazioni illecite e non, più genericamente, ai ricavi ("*criminal receipts*")[201].

In accoglimento della tesi difensiva, la Corte dava applicazione alla *rule of lenity*, adottando un ragionamento bifasico. In primo luogo, veniva ricostruito il *plain meaning* della disposizione in esame con il solo ausilio dei criteri letterali, intercettando il "*commonsense*" della locuzione interessata (step 1). Se, all'esito di tale preliminare vaglio, non residua una sola ricostruzione plausibile – che, beninteso, potrebbe pure essere la più severa, là dove le alternative poggiassero su ricostruzioni meno lineari –, tra le letture praticabili va preferita la più favorevole all'imputato (step 2: *lenity-second*)[202].

---

[198] Vale, infatti, osservare come Justice Scalia abbia costantemente manifestato una particolare preferenza per il *textualism* e soltanto indirettamente per la *rule of lenity*: prova ne sia che, là dove dal mero testo dovesse desumersi una lettura interpretativa più severa, l'illustre Giudice negava l'applicazione della *rule of lenity* [in tal senso, cfr. *Deal v. United States*, 508 U.S. 129, 131 (1993), riportata a mo' di esempio da Z. PRICE, op. cit., 892].

[199] M. BIANCHI, op. cit., 242 s.

[200] *United States v. Santos* 503 U.S. 507 (2008), cit.

[201] Sulla vicenda, *amplius*, M. BIANCHI, op. cit., 245.

[202] *United States v. Santos*, cit., 513-514: «*Under either of the word's ordinary definitions, all provisions of the federal money-laundering statute are coherent; no provisions are redundant; and the statute is not rendered utterly absurd. From the face of the statute, there is no more reason to think that 'proceeds' means 'receipts' than there is to think that 'proceeds' means 'profits.' Under a long line of our decisions, the tie must go to the defendant. The rule of lenity requires ambiguous criminal laws to be interpreted in favor of the defendants subjected to them*».

Per l'effetto, la *rule of lenity* riguadagna la propria dignità di canone interpretativo ad ascendenza costituzionale: al prezzo di un «sostanziale annichilimento degli argomenti che indagano l'intenzione del legislatore»[203], viene riaffermata la valenza risolutiva di tale parametro proprio in quanto legato a doppio filo non solo al tema dei rapporti tra poteri dello Stato ma altresì, e primariamente, alla tutela del singolo. Insomma, se l'unica matrice risiedesse nel sollecitare il Congresso «*to speak more clearly*» e nel dissuadere le Corti «*from making criminal law in Congress's stead*», tanto basterebbe a far scivolare la *rule of lenity* all'ultimo anello della catena delle *tools* interpretative, ma così non è. Siccome la primaria implicazione costituzionale di tale «*venerable rule* [*stays in*] *the fundamental principle that no citizen should be held accountable for a violation of a statute whose commands are uncertain (the due process / fair notice rationale), or subjected to punishment that is not clearly prescribed (the liberty / defendants' rights rationale)*», la stessa merita di riprendere posizioni nella gerarchia dei criteri ermeneutici, facendo pendere la bilancia della giustizia penale in favore dell'imputato ogniqualvolta esistano più ricostruzioni interpretative parimenti "*plain*".

4.1.3. «*lenity may therefore block all broader readings - even if they, too, are plausible*»: emersioni giurisprudenziali della *lenity-first*

Nonostante la giurisprudenza della Corte Suprema in materia di conflitti interpretativi si sia bipartita – con alternata preferenza – tra *lenity-last* e *lenity-second*, la dottrina non ha mancato di evidenziare una terza via, ancor più garantista, che vedrebbe la *rule of lenity* quale regola interpretativa 'regina'. Invero, tale sovraordinazione sarebbe rilevabile *in nuce* già nella *lenity-second*: a ben vedere, la *benignior interpretatio* va preferita quando esistano due interpretazioni alternative della stessa disposizione, parimenti ricavabili a prescindere da argomenti storici o teleologici (e, dunque, soluzioni parimenti "*plain*"). La *lenity-first* arricchisce però tale approccio di un'ulteriore aura di garantismo, imponendo la scelta più favorevole anche là dove il surriferito procedimento farebbe propendere per la lettura "*broader*" della fattispecie. Nonostante solo il modello *lenity-second* rimanga epurato dei criteri tipici del *purposivism*, la differenza principale tra queste due versioni si coglie in una specifica classe di situazioni: ossia, quando del medesimo *statute* siano praticabili sia un'opzione *broad*, sia un'opzione *narrow* e, tuttavia, solo la prima possa ritenersi "*plain*", là dove la seconda, pur logicamente sostenibile, segua un *iter* argomentativo più tortuoso. In siffatto contesto, la *lenity-first* indirizza comunque il decisore verso questa seconda strada, in attuazione del principio *in dubio pro reo*. A indurre il diverso esito del processo è, pertanto, la mutata regola di giudizio che

[203] A. SANTANGELO, op. cit., 339.

deve orientare l'interprete: non prevale più "*the plainest*" bensì, a parità di letture parimenti (non "*plain*", bensì soltanto) "*plausible*", prevale "*the narrowest*". Non si applica, insomma, la più chiara tra versioni chiare, ma la più favorevole all'imputato tra versioni (meramente) plausibili. Più dettagliatamente: «[*a*]*t Step Zero of the lenity framework, courts make an initial determination whether they must construe a challenged provision of a criminal statute or a civil statute with criminal consequence* […] *If so, courts are to identify all plausible interpretations based on the usual interpretive considerations (Step One). If the statutory construction yields more than one plausible reading, lenity would apply to require selection of the narrowest such reading (Step Two)*»[204].

In tale prospettiva, la *rule of lenity* si emancipa, dunque, dal *textualism*, per assumere una posizione (molto meno dogmaticamente schierata e) molto più 'utilitaristica'. Non interessa *come* la regola più favorevole – purché plausibile – sia stata ottenuta: persino il criterio teleologico risulterebbe ammissibile; interessa che essa *sia* la regola più favorevole.

Il procedimento descritto, adombrato nella giurisprudenza federale recente dalle alternative sopra riportate, porterebbe ad emersione la originaria struttura della *rule of lenity*, meritando, ad avviso di voci diffuse in dottrina[205], di essere riabilitato nella esperienza applicativa della Corte Suprema.

In via esemplificativa, lo stesso avrebbe trovato implicito avallo nel risalente precedente *McBoyle v. United States*[206]. Nel caso di specie, i giudici federali avrebbero applicato la regola di favore nei confronti del ricorrente, assolvendolo dalla imputazione di furto di veicoli a motore – elemento normativo, quest'ultimo, definito *ex lege* come comprensivo di "*automobile, automobile truck, automobile wagon, motor cycle, or any other self propelled vehicle not designed for running on rails*" – a seguito della sottrazione di un aeroplano. La motivazione dedotta in sentenza si sarebbe proprio dovuta rinvenire nella pari plausibilità delle interpretazioni della surriferita clausola di chiusura: "*any other self propelled vehicle not designed for running on rails*", se letto in combinato disposto con i precedenti veicoli 'nominati', stando alla "*common mind*" difficilmente potrebbe incorporare gli *aircrafts*; secondo a un criterio letterale, per contro, ben potrebbe ricomprendere velivoli e persino natanti, poiché altrimenti il legislatore, in tale prospettiva, a detta clausola avrebbe preferito "*self*

[204] In questi termini, I.A. RABB, op. cit., 188 s. e, nella dottrina italiana, A. SANTANGELO, op. cit., 341 s.
[205] G.S. LAWSON, *Proving the law*, in *Northwestern University law review*, 1991-1992, LXXXVI, 4, 859 ss.; S. HOPWOOD, *Restoring the historical rule of lenity as a canon*, in *New York University law review*, 2020, XCV, 919 ss.; Z. PRICE, op. cit., 894 ss.; I.A. RABB, op. cit., *passim*; P. TILLERS, *The Value of Evidence in Law*, in *Northern Ireland legal quarterly*, 1988, XXXIX, 167 ss.
[206] *McBoyle v. United States*, 283 U.S. 25 (1931).

propelled landcraft"[207]. Delle due plausibili letture, prevale la prima: non in quanto letterale invece che storica o teleologica, bensì in quanto (meramente) più favorevole.

4.2. Le proposte di trasposizione della *rule of lenity* nella dottrina italiana

Dirompenti risulterebbero gli effetti – anche già sul piano della deflazione del carico giudiziario – della introduzione di una tale regola, perlomeno nella sua versione '*second'* di marca *textualist*. Il cursore galleggiante tra l'alternativa condanna/assoluzione, in caso di *quaestio juris* dibattuta, ad oggi così marcatamente pendente verso la punibilità del singolo (quante volte i massimari e le riviste ci segnalano il predominio della versione interpretativa *broader* sulla *narrower* negli arresti di legittimità?), conoscerebbe una radicale inversione a favore della seconda opzione[208].

In applicazione della *rule of lenity*, mai si sarebbe potuta riconoscere la penale responsabilità per indebita percezione di erogazioni dell'imprenditore che avesse conseguito il prestito garantito dal Fondo PMI avendo redatto una autocertificazione in cui falsamente dichiarava il pregiudizio recato alla propria attività dal Covid-19[209]. Mai, cioè, si sarebbe potuto sostenere, come invece patrocinato dalla prevalente giurisprudenza[210] in risposta a evidenti istanze general-preventive, che la erogazione prevista dalla normativa di settore, concessa da un istituto di credito e *meramente sostenuta* da una garanzia pubblica, rientrasse nelle 'erogazioni pubbliche' costituenti oggetto di indebita percezione o malversazione ai sensi degli artt. 316 *bis* e *ter* c.p., e ciò in quanto frutto di una interpretazione – perlomeno – controintuitiva[211]. Riconoscere una erogazione pubblica nel combinato disposto contrattuale di un mutuo privato sorretto da una garanzia statuale, per quanto conforme alla interpretazione teleologica tanto avversa a Justice Scalia[212], costituisce una soluzione in alcun modo

---

[207] Così, chiaramente, Z. PRICE, op. cit., 895. Per un esempio in cui tutte e tre le versioni della *rule of lenity* venivano prese in esame – con preferenza, in conclusione, per la *lenity-last* – cfr., nella giurisdizione statale, *New Hampshire State v. Richard*, 786 A.2d 876 (N.H. 2001).

[208] Per un parallelismo tra giurisprudenza statunitense e italiana, con riferimento al tema della *rule of lenity*, nella specifica angolatura prospettiva del diritto penale dell'immigrazione, cfr. M. CATERINI-D. ZINGALES, *La* rule of lenity *nell'*Immigration Law *statunitense: spunti comparativi per il diritto penale italiano*, in *Arch pen.*, 2022, 3.

[209] Ovvero, pur avendo legittimamente conseguito l'erogazione garantita, la avesse destinata a finalità distoniche rispetto a quelle prescritte *ex lege*, integrando per l'effetto la contigua fattispecie di malversazione, *ex* art. 316 *bis* c.p.

[210] Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2021, n. 2125, *Bonfanti*; Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2022, n. 11246, *Pressiani*; Cass. pen., sez. VI, 6 maggio 2022, n. 28416; Cass. pen., sez. VI, 7 dicembre 2022, n. 49693; *contra* solo Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 2021, n. 22119, *Rainone*.

[211] Sul punto, volendo, G. CARUSO-J. DELLA VALENTINA, *La repressione degli abusi nelle sovvenzioni pubbliche dopo il c.d. Decreto liquidità. Tra esigenze di giustizia 'sostanziale' e divieto di cripto-analogia* in malam partem, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 26 gennaio 2024, 21. Di recente, L. BARON, *Riflessioni attorno allo "statuto ermeneutico" della malversazione in erogazioni pubbliche, tra ambiguità del dato semantico e centralità del formante giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2024, 3.

[212] V'è, peraltro, da osservare che nel caso di specie, anche assumendo a crinale di razionalità interpretativa il riferimento al bene giuridico di categoria – proposto come criterio risolutivo dei contrasti interpretativi da autorevole dottrina (v. *supra*, nt. 187) – la soluzione *narrower* sarebbe comunque imposta. Posto che il bene giuridico presidiato dagli artt. 316 *bis* e *ter* c.p. si identifica nella corretta destinazione del finanziamento pubblico, va rilevato come la soglia di anticipazione

consentita dalla lettera della disposizione, posto che nessuno, pur affidandosi – non certo da rigoroso penalista – alla propria immaginazione, potrebbe affermare l'equipollenza semantica di "contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati *concessi o erogati* dallo Stato" a erogazioni private *garantite* dallo Stato.

Così come l'applicazione della *rule of lenity* avrebbe inevitabilmente condotto le Sezioni Unite[213], chiamate a decidere «se il fine di profitto del reato di furto, caratterizzante il dolo specifico dello stesso, sia circoscritto alla volontà di trarre dalla sottrazione del bene una utilità di natura

---

della tutela penale implicata dalle succitate decisioni si rivela eccessiva. In proposito, l'apparato normativo in esame – costituito dal combinato disposto degli artt. 316 *bis*, 316 *ter* e 640 *bis* c.p. – si prefigge, quale fine primario, quello di evitare che le risorse statali – *rectius*: più in generale, pubbliche – vadano disperse o impiegate per finalità distoniche rispetto a quelle per cui vengono erogate. Ma se lo Stato frappone tra sé e il richiedente-soggetto attivo del reato una figura ulteriore (l'istituto di credito) al dichiarato scopo di non utilizzare le proprie liquidità – fino a prova contraria, i soldi malversati sono della banca – come si può ritenere che ciò determini un pregiudizio – anche potenziale – alle finanze pubbliche?

Ancora, con precipuo riguardo al delitto di cui all'art. 316 *bis* c.p., persino il criterio storico dovrebbe condurre alla inapplicabilità dello stesso nei casi al vaglio della Suprema Corte. Si rammenti, infatti, che l'intero 'pacchetto' di disposizioni a tutela dei finanziamenti pubblici ha conosciuto una non trascurabile opera di *restyling* per mezzo del d.l. n. 1379 del 2022. Tali modifiche si inseriscono, in estrema sintesi, in un più generale intervento volto ad assicurare, da un lato, una efficace risposta penale alle frodi e agli abusi verso i numerosi interventi finanziari previsti nell'ambito del PNRR; da un altro lato, ad adattare lo statuto penale a tutela dei finanziamenti pubblici ai principii contenuti nella direttiva PIF. In tale contesto, è mutato l'oggetto materiale di cui all'art. 316 *bis* c.p.: la norma, che nella previgente versione contemplava «contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività pubblico interesse», oggi concerne «contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, destinati alla realizzazione di una o più finalità». Come pare evidente, la rinnovata disposizione appare ispirata da un chiaro intento ampliativo, posto che all'oggetto materiale – peraltro arricchito dei mutui agevolati – viene aggiunta la locuzione «altre erogazioni dello stesso tipo» (già presente negli artt. 316 *ter* e 640 *bis* c.p.), in funzione di clausola di chiusura con valenza onnicomprensiva. Nello stesso senso, peraltro, opera l'espunzione del riferimento al «pubblico interesse», potendo oggi le erogazioni essere dirette a perseguire non meglio precisate «più finalità». Orbene, la tecnica compilativa amplissima con cui il legislatore ha inteso tipizzare l'oggetto materiale della norma in esame depone, inequivocabilmente, nel senso di voler colmare una lacuna e, per l'effetto, rimediare ad una ipotesi di inapplicabilità della fattispecie, come esplicitamente confermato all'interno della stessa Relazione al disegno di legge) Più specificamente, dal testo della Relazione illustrativa al d.d.l. 2545, volto alla conversione dell'abrogato d.l. n. 13 del 2022, reperibile online, si apprende che «le modifiche apportate al testo della norma rispondono alla comune finalità di un rafforzamento della tutela penale delle risorse pubbliche e a un più puntuale adeguamento alle previsioni della direttiva PIF. In primo luogo, si provvede ad un ampliamento delle "erogazioni", che costituiscono l'oggetto materiale del reato, la cui descrizione viene allineata a quella già contenuta negli articoli 316-ter e 640 bis del codice. Una differenziazione, meramente nominalistica, delle erogazioni nelle varie norme risulta, infatti, intrinsecamente incoerente e, soprattutto, suscettibile di ingenerare incertezze e perplessità in fase applicativa e, con esse, lacune di tutela. Sotto tale ultimo profilo, appare altresì in contrasto con le ampie – sostanzialmente onnicomprensive – nozioni di "interessi finanziari dell'Unione" […], che non ammettono alcuna differenziazione basata sull'oggetto materiale delle condotte incriminate» (enfasi nostra). Sul punto, *amplius* A. PANTANELLA, D. FEDERICI, *Profili penali del "decreto sostegni* ter*": dalla modifica dei reati di "frode" all'introduzione del delitto di false asseverazioni*, in *www.DisCrimen.it*, 24 maggio 2022, 9. Ma dunque, se tale era la intenzione del legislatore – colmare una *lacuna legis* – appare del tutto destituita di fondamento l'interpretazione estensiva che la Suprema Corte fornisce dell'art. 316 bis c.p. Perché ricorrere alla riformulazione della fattispecie se questa risulta già idonea, stando alla impostazione assunta dalla principale giurisprudenza, a perseguire determinati fatti? La ragione risiede proprio nella assoluta inidoneità – nella formulazione anteriore alla riforma del 2022 – dell'art. 316 *bis* c.p. a punire le malversazioni di somme erogate dalle banche e sostenute da garanzie pubbliche.

[213] Cass. pen., Sez. Un., 12 ottobre 2023, n. 41570, con note di G. AMARELLI, *Le Sezioni unite dilatano il dolo specifico nel delitto di furto: un caso di cripto-analogia* in malam partem *con effetti irragionevoli?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 1, 179 ss. e G. FLORA, *"Mi parli del dolo specifico nei delitti contro il patrimonio". La risposta (sbagliata?) delle Sezioni Unite*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2023, 3-4, 601 ss. Sul tema, v. inoltre la ricostruzione di A. AIMI, *La nozione di dolo specifico di profitto al vaglio delle Sezioni Unite*, in *www.sistemapenale.it*, 15 febbraio 2023.

esclusivamente patrimoniale, ovvero possa consistere anche in un fine di natura non patrimoniale», a propendere per la prima alternativa. Se pare plausibile – sebbene in una prospettiva esasperatamente vittimocentrica – che nel "profitto" possa rientrare «qualsiasi utilità, anche di natura non patrimoniale, e soddisfare un bisogno di tipo psichico, rispondendo alle più svariate finalità (di dispetto, ritorsione, vendetta, rappresaglia, emulazione)», è senz'altro del pari, se non più sostenibile la tesi che rileva nell'orientamento espansivo una inusitata dilatazione del dolo specifico e, dunque, la surrettizia *interpretatio abrogans* del medesimo[214]. Nondimeno, una motivazione essenzialmente condotta sui binari dell'argomentazione teleologica consolidava la prima, più rigorosa, opzione ricostruttiva[215].

Un tale stato dell'arte giurisprudenziale, del resto, fonderebbe il proprio rigore metodologico così promiscuo alla interpretazione *liberal*/*purposivist* di ascendenza nordamericana[216] nel dato positivo offerto, nello specifico, dall'art. 12 Preleggi. Nel fornire in concreto le opzioni di cui il giudice dovrebbe avvalersi nel momento interpretativo[217], la disposizione costituirebbe altresì un ostacolo alla penetrazione della *rule of lenity* nel nostro ordinamento, segnando un "solco incolmabile"[218]. Sarebbero gli obiettivi perseguiti dal legislatore, cioè, la vera stella polare dell'interprete – non certo la *benignior interpretatio* in favore del reo –, alla stregua di criterio risolutivo ispirato alla adeguata tutela del bene giuridico specificamente tutelato[219].

---

[214] In tal senso si era espresso un orientamento minoritario, rappresentato da Cass. pen., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073, *Lettina* (relativo alla sottrazione della borsa alla persona offesa da parte dell'ex fidanzato, alla vista della donna in compagnia di un altro uomo) e Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2019, n. 25821, *El Sheshtawi* (concernente la condotta di un sindacalista che aveva rimosso i fusibili dalla scatola di derivazione della saracinesca di un magazzino per permettere ai colleghi di uscire dal luogo di lavoro al fine di compiere atti di protesta).

[215] Nucleo centrale della decisione risultano tuttavia, com'è evidente, gli argomenti di carattere teleologico e sistematico. Secondo la Corte, risulterebbe anzitutto priva di fondamento la critica, mossa dal filone giurisprudenziale "restrittivo", per cui una nozione ampia di profitto eliderebbe la funzione stessa del dolo specifico nel delitto di furto. Al contrario, si impone una interpretazione necessariamente espansiva se il concetto di "profitto" viene rapportato a quello di "impossessamento", altro elemento chiave nella interpretazione dei delitti contenuti all'interno del Titolo XIII. Come noto, sul versante penale l'impossessamento – e il corrispondente concetto di "possesso" – va inteso come la costituzione di una autonomia signoria sulla *res*, indipendentemente da una immediata valutazione della stessa in termini "monetari". Nell'ambito dei delitti contro il patrimonio, assume quindi rilievo anche l'impossessamento (e, dal lato passivo, la sottrazione) di beni privi di valore puramente economico per il titolare dei medesimi: di conseguenza, non si vede la ragione per cui l'ampiezza della nozione di patrimonio (e di profitto) debba essere circoscritta ad una versione strettamente "patrimoniale", quando «venga in rilievo l'incremento perseguito dall'autore della condotta, ai soli vantaggi che quest'ultimo pretenda di trarre dallo scambio del bene sottratto per un controvalore economico». A corroborare tale impostazione, la Corte osserva altresì come l'utilizzazione autonoma del bene, per qualunque fine, da parte dell'autore dello spossessamento – e, dunque, un'accezione ampia di "profitto" – appare altresì coerente con la «superiore nozione di patrimonio, come insieme di rapporti giuridici aventi ad oggetto beni idonei a soddisfare bisogni umani non necessariamente materiali». In sintesi, quindi, il profitto va inteso in senso ampio in quanto ciò è imposto dalla pari estensione che i concetti di "possesso" e "patrimonio" presentano sul piano penale: in altri termini, «il profitto rilevante è quello che deriva dal possesso penalisticamente inteso, ossia dalla conservazione e dal godimento del bene».

[216] Tale assonanza viene rilevata da G. COCCO, op. cit., 1354.

[217] G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, 113 ss.

[218] Così G. COCCO, op. cit., 1345.

[219] *Ibidem*, *passim* e spec. 1357, 1361, 1363, 1367.

L'obiezione non sembra insuperabile, ove si richiami il fondamento delle due regole di giudizio – da un lato, la *rule of lenity*; dall'altro, il criterio c.d. teleologico – asseritamente incompatibili. All'interno di tale conflitto, nell'ambito del quale viene a ricomporsi il fondamentale dissidio della scienza penalistica – costruire il sistema sulla persona offesa o sull'imputato? –, una interpretazione precipuamente orientata al bene giuridico che, nel dubbio, sposi la soluzione più ampia, non risulta né auspicabile, né coerente. È bene infatti rammentare come la correlazione tra teleologismo e bene giuridico dovrebbe concorrere a delimitare[220], piuttosto che a dilatare, la sfera del penalmente rilevante, là dove è la prassi applicativa, viceversa, ad avvalersi di tale combinato disposto quale latore di interpretazioni estensive, spremendo il massimo di punibilità dalle disposizioni[221]. Ma anche a voler tralasciare il tema della direzione che alla interpretazione teleologica dovrebbe imprimersi[222], ne va senz'altro rinnegata la pretesa natura 'solipsistica', posto che «il bene giuridico tutelato è uno, non l'unico dei punti di vista rilevanti per le scelte relative al proibire e punire»[223].

4.2.1. Possibili referenti costituzionali della *rule of lenity*

D'altro canto, l'opportunità di vedere riconosciuta – in via interpretativa o cristallizzata in una "clausola generale"[224] – una regola equivalente alla *rule of lenity* non sembra un'utopia, trovando conforto in numerosi principii costituzionali in materia penale. Si tratterebbe – altrimenti detto – di rintracciare dei referenti costituzionali del principio *in dubio pro reo* anche sul versante propriamente sostanziale.

Al quesito, oggetto di diatribe ormai assai risalenti nella dottrina italiana[225], gli studi più recenti forniscono risposta positiva. A ben vedere, il nucleo forte della *benignior interpretatio* andrebbe

---

[220] Sulle intime correlazioni tra teoria del bene giuridico e principio di offensività, in chiave contenitiva del penalmente rilevante, per tutti, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.

[221] In questi termini, M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale*, cit., 118, il quale riprende H.J. HIRSCH, *von Theorie und Praxis im Strafrecht*, in G. KOHLMANN (a cura di), *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, Berlin, 1999, 112 ss.

[222] Sulle interpretazioni 'guidate' alla luce del bene giuridico, in funzione espansiva della tipicità penale, cfr. Cap. IV, parr. 4 ss., con precipuo riguardo ai reati edilizi.

[223] D. PULITANÒ, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 39.

[224] M. CATERINI-D. ZINGALES, *L'interpretazione favorevole all'incolpato: spunti storici e comparati per la codificazione di una clausola generale*, in *Arch. pen.*, 2023, 2, 42.

[225] Netta la chiusura espressa sul punto da G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1987, 1, 166. *Contra*, per esempio, G. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 1973, 218, in un passaggio che – sia consentito – si riporta per intero: «[i]l *favor rei* – a nostro avviso – deve innanzi a tutto costituire una regola fondamentale di ispirazione della interpretazione. Ciò importa che allorquando non si possa avere una interpretazione univoca ma solo una situazione di contrasto tra due interpretazioni di una norma di legge (antinomia interpretativa), sarà da scegliere la interpretazione più favorevole alle posizioni dell'imputato. Invero, il giudice non può essere *agnostico* rispetto alle scelte interpretative. Egli vive in un determinato clima politico-costituzionale nell'ambito del quale il valore supremo è la persona umana; ed è la posizione di questa che il giudice deve sposare quando è chiamato a scegliere tra due

rinvenuto ancora una volta nel prisma della legalità, per la evidente ragione – plasticamente dimostrata dal rigore giurisprudenziale in tema di contrasti interpretativi – che «sarebbe vano affermare l'inviolabilità di alcuni diritti dell'uomo, o la riserva di legge, la tassatività, l'irretroattività e il divieto di analogia, se poi al giudice fosse consentito condannare a prescindere dal raggiungimento di una certezza della responsabilità»[226]. Insomma, la formula *in dubio pro reo* costituirebbe il necessario completamento della legalità, idoneo a rendere effettivo l'operare di detta garanzia, una volta calata all'interno della realtà processuale.

Oltre all'imprescindibile legame con l'art. 25, co. 2 Cost., tale canone ermeneutico ben potrebbe inteso alla stregua di fondamentale cautela da assicurare all'individuo – rientrando, per l'effetto, nel combinato disposto degli artt. 2[227] e 24 Cost. – nell'arena processuale, come diritto a una difesa effettiva. Tale garanzia venendo, inevitabilmente, messa a repentaglio sul piano sostanziale ogniqualvolta il consociato prepari una linea difensiva in diritto, destinata ad essere aggirata dall'abile decisore che sposi una linea interpretativa più rigorosa, ove si rammenti l'astratta sostenibilità di pressoché qualsiasi ricostruzione interpretativa. V'è, peraltro, da osservare come quest'ultima istanza si saldi a doppio filo con la riconoscibilità del precetto – situata, come visto, lungo il crinale di legalità e colpevolezza – potendosi rimproverare il disvalore sotteso a una condotta solo in capo al soggetto messo preventivamente a conoscenza della rilevanza della stessa sul piano penale[228]. Non esitiamo a ribadire, infatti, che la condanna per una fattispecie rimasta incerta costituisce un'indebita forma di responsabilità oggettiva contro cui il consociato non può nulla ma delle cui conseguenze, per la sua originaria inadempienza, dovrebbe rispondere lo Stato.

Ancora, la *rule of lenity* rispetta il *favor libertatis* che spesso, in sede giurisprudenziale, viene intaccato da una tendenza interpretativa in cui si riflettono soprattutto le esigenze dell'offeso[229]. Non può passare in secondo piano, sul punto, il fatto che il legislatore, destinatario della riserva *ex* art. 13 Cost., in sede di concrezione della stessa debba assumere una visione miratamente prospettica, atta a garantire che le istanze di criminalizzazione affiorate nel corpo sociale trovino compiuta realizzazione

interpretazioni contrastanti di una norma di legge»; nonché G. SABATINI, voce In dubio pro reo, in *Noviss. Dig.*, VIII, 1962, 613.

[226] M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite*, cit., 131.

[227] *Ibidem*, 127.

[228] Sia sufficiente, qui, richiamare le considerazioni (e i relativi rimandi bibliografici) svolte a margine del paradigma contrattuale enucleato nella sentenza costituzionale n. 364 del 1988, per cui v. *supra*, Cap. II, parr. 5.1. ss.

[229] Sul modello vittimocentrico nel diritto processuale, ma con immediati influssi sul piano sostanziale, cfr., di recente, L. LUPÀRIA DONATI, *L'ascesa della vittima, il crepuscolo dell'imputato. Il pendolo alterato del processo penale*, in *www.sistemapenale.it*, 27 settembre 2024.

in leggi effettive, senza che si generi il notorio cortocircuito della supplenza giurisprudenziale, il cui unico criterio di (mal)governo è, come evidente, un intollerabile *ir*-ragionevole dubbio[230].

4.2.2. Scenari futuribili e prospettive di attuazione, tra *lenity-second* e *lenity-first*

Movendo da virtuose decisioni che, in sede di legittimità, hanno fatto prevalere il canone ermeneutico della *rule of lenity* in sede di risoluzione di un contrasto interpretativo, si è sostenuta la superfluità di un intervento *ad hoc* che positivizzasse detta regola. Più specificamente, con riferimento al delitto di cui all'art. 570 c.p., le Sezioni Unite[231] – chiamate a risolvere la questione se il generico rinvio *quoad poenam* a tale fattispecie, contenuto nell'art. 12 *sexies* della legge 1° dicembre 1970 n. 898, in tema di violazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di divorzio, dovesse intendersi riferito alle pene (alternative) indicate nel primo comma della disposizione ovvero alle pene (cumulative) di cui al secondo comma – rilevavano che «in mancanza di sicuri elementi testuali orientativi scaturenti dal testo legislativo, siffatto rinvio [dovesse] intendersi riferito […] all'art. 570 c.p., comma 1, che costituisce l'opzione *più favorevole* all'imputato»[232].

Con il che, una tale limpidezza argomentativa costituirebbe, già di per sé, un'esaustiva traduzione di tale criterio sul piano pratico-applicativo. Lo dimostrerebbero altresì, a contrario, le esperienze di codificazione della *rule of lenity* – messe in pratica a macchia di leopardo e con diversità di accenti

---

[230] Analogamente, A. SANTANGELO, op. cit., 350 s.; ancora, v. A. CADOPPI, *La legge è uguale per tutti. Ripensare Beccaria oggi in tema di legalità, tra* favor libertatis *e diritti fondamentali*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Milano, 2016, 147.

[231] Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 23866, con nota di M.N. MASULLO, *Oltre il rinvio* quoad poenam*: un'interpretazione che ricompone le disarmonie di tutela tra coniuge separato e coniuge divorziato?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 12, 1456 ss.;

[232] Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013, cit., § 3.1.: «Non c'è dunque alcuna necessità di ricorrere ad argomenti "contenutistici" o di "affinità sostanziale" o di "contiguità repressiva", che - in materia penale, retta dai principi di tassatività e determinatezza - rischiano di sospingere pericolosamente l'interprete all'integrazione del testo legislativo, con esorbitanza dal proprio ambito istituzionale e applicazione analogica *in malam partem*». Pertanto, a parere del massimo consenso, nel caso di specie anche l'argomento storico – che sovente conduce a soluzioni più rigorose – avrebbe condotto ad analoga conclusione, posto che «in mancanza di elementi chiarificatori emergenti dai lavori preparatori, è ragionevole ritenere che tale fosse l'intenzione del legislatore, giacché all'epoca della riforma della legge sul divorzio "il diritto vivente" (ovvero la giurisprudenza della Cassazione) era nel senso che l'art. 570 c.p., delineava una fattispecie semplice nel comma 1 e due circostanze aggravanti nel capoverso».

in alcuni Stati federali[233] – le quali non hanno sortito gli effetti auspicati, ora risultando troppo timide[234], ora non trovando adeguata attuazione in giurisprudenza[235].

Ciononostante, ci sentiamo di aderire alla posizione di quanti, viceversa, hanno sottolineato l'opportunità di vincolare il destino della *rule of lenity* al dato positivo. A ben vedere, all'applicazione in via meramente interpretativa della medesima osta, attualmente, una certa inefficienza delle disposizioni che, in senso lato, definiscono il panorama decisionale del giudice penale. Un dato appare evidente: la disparità che connota la risoluzione della *quaestio facti* e della *quaestio juris*. Quale la ragione di garantire l'assoluzione del consociato là dove l'istruttoria dibattimentale non abbia permesso di lumeggiarne – al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 530, co. 2 c.p.p.) – la colpevolezza e, viceversa, imporne la condanna nonostante la questione giuridica sorta nel caso di specie rimanga controversa? Per quale motivo il dubbio innescato da due testimonianze contrastanti determina conseguenze così distanti dal dubbio derivante da due opposte letture interpretative?

Ancor prima, la stessa divaricazione di destini tra ciò che attiene al fatto e ciò che attiene al diritto – riflessa nell'altrettanto rigido distinguo tra versante 'sostanziale' e versante 'processuale' del giudizio[236] – appare priva di fondamento. Già storicamente, in controtendenza rispetto alla impostazione di ascendenza illuministica, si intuiva l'intimo collegamento che avvince fatto e diritto nel processo, tale per cui «[p]er individuare realmente la *quaestio facti* è dunque necessario operare una selezione nella prospettiva della sua giuridicità»[237].

Peraltro, in sede processuale l'*iter* seguito dal giudice non si dirama a seconda che sia chiamato all'analisi degli elementi di fatto o di diritto sottesi alle questioni a lui sottoposte. Al pari della prova del fatto storico – ricostruita mediante l'ausilio di ogni emergenza dibattimentale utilizzabile –, la prova della *quaestio juris* necessita di evidenze, con la sola differenza che trattasi di evidenze

---

[233] Peraltro, la *rule of lenity* trova positivizzazione altresì tra le regole a disposizione della Corte Penale Internazionale e, segnatamente, all'art. 22, co. 2 dello Statuto di Roma, ai sensi del quale «la definizione dei crimini è interpretata tassativamente e non può essere estesa per analogia. Nel dubbio, deve essere interpretata a favore della persona che è oggetto di un'inchiesta, di azioni giudiziarie o di una condanna».

[234] Per esempio, nel titolo XLVI dei *Florida Statutes* viene sancita una versione della *lenity-last*, essendo previsto che «le disposizioni di questo codice e i reati definiti da altri statuti devono essere interpretati in senso restrittivo; quando la disposizione è suscettibile di diverse interpretazioni, deve essere interpretata nel modo più favorevole all'accusato»; la omologa regola vige in Ohio, pur nella variante *lenity-second*, per cui «le sezioni del *Revised Code* che definiscono i reati o le pene devono essere interpretate in senso restrittivo contro lo Stato e liberamente a favore dell'accusato» (traduzione ripresa da A. SANTANGELO, op. cit., 361).

[235] Sembrerebbe deporre nel senso di un'accezione forte della *rule of lenity* la corrispondente disposizione adottata in Texas, ai sensi della quale «uno statuto o una norma che crea o definisce un reato o una sanzione penale devono essere interpretati a favore dell'imputato se qualsiasi parte dello statuto o della norma è ambigua nella forma o nell'applciazione al caso, inclusi (1) gli elementi del reato; o (2) la pena da imporre».

[236] Sul punto, P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, 352, il quale sostiene che «a rigore dovrebbe soggiacere alla prova "oltre ogni ragionevole dubbio" anche la qualificazione giuridica del fatto che della colpevolezza è elemento costitutivo».

[237] Cfr. M. CATERINI-D. ZINGALES, op. ult. cit., 5, oltre ai rimandi bibliografici citati in nota dai medesimi Autori. Sul punto, v. altresì M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 54 ss.

'giuridiche', non strettamente 'fattuali'. Entrambe, del resto, concorrono a determinare in concreto l'applicazione della fattispecie astratta, colorando di «significato [il] testo normativo»[238]. Sul presupposto della equivalenza epistemologica tra fatto e diritto[239], la *rule of lenity* garantirebbe la composizione di tale ingiustificata iattura, completando sul piano sostanziale la regola già esistente, ma inequivocabilmente confinata alla dimensione processuale[240].

L'opportunità di un esplicito intervento normativo nei termini riferiti è stata esplorata sia sul piano sostanziale, sia sul piano processuale.

Quanto al possibile arricchimento del codice penale, come evidente, la proposta, più che interessare il momento conclusivo del processo interpretativo, riguarda la tecnica di interpretazione con cui il giudice penale dovrebbe costantemente confrontarsi. Sicché, a mo' di disposizione speciale operante *in criminalibus* rispetto ai canoni fissati dall'art. 12 Preleggi, occorrerebbe affiancare all'art. 1 c.p. una disposizione che sancisse il vincolo di stretta interpretazione[241], rifacendosi all'esperienza codicistica francese[242] nella quale, con formulazione *tranchant*, si apprende che "[l]*a loi pénale est d'interprétation stricte*" (art. 111-4). Volendo abbozzare un'associazione, a ben vedere tale proposta poco si allontana da una versione italiana, pur con contaminazioni transalpine, della *rule of lenity* di *common law*. Nella misura in cui si impone al decisore di attenersi alle opzioni strettamente consentite dal tessuto normativo alla sua attenzione, viene ribadito un imperativo dalla fisionomia simile al

---

[238] M. CATERINI-D. ZINGALES, op. ult. cit., 18.

[239] *Ibidem*, 19.

[240] Un ulteriore argomento 'normativo' che depone in favore della inscindibilità di *questio facti* e *quaestio juris* e della conseguente omogeneità di soluzione regolatrice potrebbe rinvenirsi nel testo della Direttiva 2016/343/UE in tema di rafforzamento della presunzione di innocenza (sulla quale v., per tutti, J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, 1835 ss.), là dove, all'art. 6, par. 2, dispone che «[g]li Stati membri assicurano che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta». Orbene, è stato sostenuto che l'espressione, scientemente generica, di "dubbio in merito alla colpevolezza" non potrebbe come tale che riferirsi sia ai profili fattuali, sia ai profili giuridici della imputazione. Sul tema, v. *amplius* M. CATERINI, *Dal* cherry picking *del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Pol. Dir.*, 2019, 2, 330 ss.

[241] M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., 91. Analogamente, nella prospettiva di un diritto penale minimo, attuale l'insegnamento di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 81-83. Pur con diversità di accenti, mettendo in guardia dal rischio di esagerare l'efficacia garantistica della lettera della legge, A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 97 s. L'Autore, dopo aver ribadito che «*la soluzione da accogliere è, né più né meno, quella che risulta da un uso corretto e perciò coerente dei mezzi ermeneutici*» e che «[f]ar pendere arbitrariamente l'ago della bilancia verso la restrizione dell'ambito dell'incriminazione equivarrebbe a riesumare canoni interpretativi incompatibili con il moderno Stato di diritto» (corsivi nel testo originale), ritiene doveroso il proscioglimento dell'imputato allorquando un esame congiunto e ragionato di tutti i criteri ermeneutici non permetta di dissipare, ma anzi acuisca, il dubbio dell'interprete: volendo proseguire nella nostra associazione – ci pare –, una sorta di (più severa) *lenity-last*.

[242] In tema J. PRADEL, *Le code pénal français de 1994*, trad. it. a cura di D. Castronuovo, *Il codice penale francese del 1994*, in S. CANESTRARI-L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Milano, 2005, 117 ss. Critici circa i possibili risvolti di tale disposizione, F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000, 126.

ricordato *textualism* portato avanti da Justice Scalia nella giurisprudenza della Corte Suprema, la cui necessaria conseguenza è la c.d. *lenity-second*.

Sul piano processuale, la *rule of lenity* opererebbe alla stregua di una regola di giudizio, ragion per cui, in dottrina, l'attenzione si è precipuamente concentrata sul drappello di disposizioni che, nel codice di rito, regolano la sentenza emessa all'esito del dibattimento (artt. 529 ss. c.p.p.). Più dettagliatamente, la necessaria positivizzazione della *rule of lenity* è resa manifesta dalla lettura, per difetto, del testo dell'art. 530 c.p.p., ove sono riportate le formule assolutorie in caso di ragionevole dubbio. Si è, condivisibilmente, rilevato il disallineamento esistente tra primo e secondo comma di tale disposizione: se vi è perfetta equiparazione tra 'certezza' e ragionevole dubbio relativamente alla insussistenza del fatto, alla inidoneità del medesimo a costituire reato, alla commissione dello stesso da parte dell'imputato, alla punibilità di quest'ultimo, altrettanto non può affermarsi con riguardo alla evidenza che il fatto non sia previsto dalla legge come reato. Il comma 2 della citata disposizione non annovera tra le formule assolutorie 'dubitative' la *quaestio juris* controversa, con la conseguenza che il ragionevole dubbio interpretativo, ad oggi, non rinviene un esplicito 'appiglio' codicistico. Del pari, a tale mancanza nemmeno può supplirsi in via ermeneutica, beneficiando dell'ampiezza delle restanti formule proscioglitive: insomma, il «vero problema ci si presenta quando ci proponiamo di individuare quale sia la regola che va applicata tra le tante prospettabili, troppo spesso contraddittorie»[243]. Sul punto deve, infatti, concordarsi con quanti hanno autorevolmente sottolineato che all'avarizia dell'art. 530, co. 2 c.p.p. nemmeno può sopperire la formula secondo cui "il fatto non costituisce reato": l'estensione della stessa alla *quaestio juris*, a ben vedere, provocherebbe una ulteriore asimmetria interpretativa, questa volta con il comma 3 della stessa disposizione che, riferendosi alla incertezza sulle cause di giustificazione e di non punibilità, inequivocabilmente limita la stessa ai profili esclusivamente fattuali[244]. Con la conseguenza che la insufficienza testuale dell'art. 530 c.p.p., *sub dubio juris*, va imprescindibilmente colmata dall'intervento del legislatore[245].

Detta innovazione, nondimeno, potrebbe operare efficacemente soltanto se corroborata da un vincolo di metodo che venisse imposto al giudice e che, come evidente, si estrinseca nella stesura della motivazione. La soluzione non è nuova e, anzi, anche recenti riforme hanno lavorato sugli oneri

---

[243] M. GALLO, *Fatto incerto e diritto controverso meriterebbero uguale trattamento*, in *Crit. Dir.*, 2021, 1, 9.

[244] *Ibidem*, 10. Per una più immediata constatazione, si riporta il testo dell'art. 530, co. 3 c.p.p.: «Se vi è *la prova che il fatto* è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1» (corsivi nostri).

[245] Del pari interessante ancorché, forse, di più ardua attuazione, la proposta *de lege lata* avanzata da M. CATERINI-D. ZINGALES, op. ult. cit., 43, i quali rilevano come nel testo della disposizione che contempla la decisione di condanna (art. 533 c.p.p.) la formula 'oltre ogni ragionevole dubbio', varcato il quale il giudice deve condannare, appaia generica, omettendo di distinguere tra *dubium facti* e *dubium juris*. Con la conseguenza che, a contrario, potrebbe argomentarsi la necessità del proscioglimento dell'imputato ove detta soglia non sia processualmente oltrepassata, residuando un dubbio, sia esso di fatto o di diritto.

motivazionali che incombono sul decisore al fine di rafforzare le garanzie sottese ad alcuni frangenti processuali[246]. Se è chiaro che la futuribile positivizzazione della *benignior interpretatio in dubio juris* deve molto al modello nordamericano della *lenity-first*, è del pari evidente che la soluzione più favorevole prevarrà purché "*plausible*", come definita dalla dottrina che vi si è dedicata. Dunque, a una eventuale decisione di condanna, per sottrarsi a censure in sede di appello, sarà richiesto uno sforzo argomentativo non indifferente, dovendo la stessa enucleare le ragioni (non solo della plausibilità della opzione prescelta, ma soprattutto) della *non plausibilità* della ricostruzione più favorevole[247]. Il che, si badi, va oltre la mera *infondatezza* della stessa. E, invero, la percorribilità di una tale soluzione trova conforto nelle pieghe del riformato[248] art. 546 c.p.p. La disposizione, nella misura in cui dispone che, in sentenza, vanno enunciate le "ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie", estende la motivazione [art. 546, co. 1 lett. e), n. 1 c.p.p.] alla qualificazione (anche) *giuridica* dei fatti, espressione dalla quale è agevole far discendere un onere confutativo rafforzato in capo al giudice. Un indice, per l'appunto, che dovrebbe determinare la censura della motivazione che non si sia adeguatamente spesa sulla non plausibilità della lettura interpretativa fatta valere dalla difesa[249].

---

[246] In tale prospettiva, basti pensare alle modifiche introdotte dalla legge n. 47 del 2015, nella prospettiva di corroborare l'esaustività della motivazione dei provvedimenti emessi nell'incidente cautelare, tanto con riferimento all'ordinanza *ex* art. 292 c.p.p., quanto con riguardo alla ordinanza del tribunale del riesame, *ex* art. 309 c.p.p.): sul punto, v. P. TONINI-C. CONTI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Milano, 2023, 366, 381.

[247] Evocativo l'esempio relativo alla affermazione del dolo eventuale in giurisprudenza, riportato – all'evidenza in epoca anteriore al consolidamento ad opera delle Sezioni Unite nel 2014 – da M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite*, cit., 144 s.: «se il giudice, nel suo argomentare, può limitarsi a sostenere, con ragionamento ontologicamente analogico e plausibile, che l'accettazione del rischio è equivalente alla volontà dell'evento, non vi sarà alcun problema ad ammettere questa forma di dolo. Se viceversa il giudice, oltre a ciò, deve spiegare anche perché sia implausibile, priva di alcuna dignità scientifica, l'alternativa ermeneutica secondo la quale l'accettazione del rischio è contegno diverso dalla volontà (posizione che del resto trova anche un maggiore riscontro nella lettera della norma che parla di intenzione), allora il dolo eventuale diviene categoria che non dovrebbe appartenere alla definizione generale del dolo e, per questa via, sembra che il giudice possa essere più efficacemente vincolato. Si badi che il confronto è tra tesi entrambe plausibili perché scientificamente collaudate, dunque non viene in gioco la plausibilità della teoria *in malam partem*, che seguendo la *ratio* incriminatrice può anche sussistere, ma l'implausibilità di quella favorevole, che va esclusa per la dignità scientifica che la caratterizza». Una analisi delle problematiche in termini di prevedibilità derivanti dalla affermazione tralatizia del dolo eventuale si rinviene anche in D. PERRONE, op. cit., 82-86. In termini simili, ma con riguardo all'altrettanto dibattuta figura della partecipazione ad associazione di tipo mafioso, M. CATERINI, *«Osso, Mastrosso e Carcagnosso»: l'affiliazione rituale alle associazioni di tipo mafioso alla prova dei princìpi di offensività, proporzione e ragionevole dubbio interpretativo*, in *Arch. pen.*, 2021, 3.

[248] Per effetto della l. n. 103 del 2017. Prima, la disposizione si limitava a prevedere alla lett. e) "la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie", omettendo ulteriori specificazioni a riguardo.

[249] *Amplius*, circa tale argomentazione, M. CATERINI, *Dal* cherry picking, cit., 333 ss. Sulla necessità di una riforma dell'art. 546 c.p.p. – nella versione *ante* 2017 – orientata in tal senso, v. ID., In dubio interpretatio pro reo. *Un onere motivazionale allargato per arginare la creatività giudiziale*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, spec. 516 ss. Ancora, pur con attenzione allo specifico tema dei rapporti tra giustizia predittiva, decisione in materia penale e intelligenza artificiale, ID., *Il giudice penale robot*, in *www.lalegislazionepenale.eu.*, 19 dicembre 2020, spec. 15 ss.

CAPITOLO QUARTO

LA DISAPPLICAZIONE COME CHIAVE DI LETTURA DELLE OSCILLAZIONI GIURISPRUDENZIALI

«Sono salito sulla cattedra
per ricordare a me stesso
che dobbiamo sempre guardare le cose
da angolazioni diverse […]
È proprio quando credete di sapere qualcosa
che dovete guardarla da un'altra prospettiva»
(Dead Poets Society, 1989)

SOMMARIO: 1. Una proposta di metodo: la disapplicazione come paradigma di tutela dell'affidamento del singolo. - 2. Tre paradigmi a confronto: disposizione – atto – orientamento. - 3. Il paradigma 'europeo': la disapplicazione come "effetto riflesso" del diritto dell'Unione sul diritto interno. - 3.1. Le conseguenze della interazione tra diritto nazionale ed eurounitario: effetti diretti (e disapplicazione), interpretazione conforme e questione di legittimità costituzionale. - 3.2. Qualche distinzione: diretta applicabilità ed effetto diretto… (continua). - 3.3. (segue) …effetto diretto sostitutivo ed effetto diretto oppositivo. - 3.4. Le peculiarità di tali distinzioni sul versante penale: la disapplicazione *in malam partem*. - 3.5. Un intermezzo: la disapplicazione *in bonam partem* - 3.6. Le deroghe alla 'regola *Nijmegen*' nella giurisprudenza nazionale ed europea: i conflitti triadici tra disposizioni. - 3.6.1. Disapplicazione *in malam partem* senza imprevedibilità: i casi *Tombesi*, *Niselli* e *Berlusconi*. - 3.6.2. Disapplicazione *in malam partem* con imprevedibilità: i casi *Pennacchini*, *Trinca* e *Micheli*. - 3.7. La *querelle* delle concessioni balneari, tra proroghe nazionali e sollecitazioni europee. - 3.8. Le incursioni del diritto europeo nel sistema delle concessioni demaniali (continua). - 3.9. (segue) perché la disapplicazione con effetti *in malam partem* non è sostenibile, ove confligga con la prevedibilità. - 4. Il paradigma 'amministrativo': la disapplicazione dell'atto elemento della fattispecie penale. – 4.1. Il fondamento della disapplicazione dell'atto amministrativo nell'art. 5 Allegato E. - 4.2. Prima questione preliminare: dove rinvenire, oggi, il fondamento della disapplicazione dell'atto amministrativo? - 4.3. Seconda questione preliminare: sin dove si estende il potere di disapplicazione del giudice penale? (continua). - 4.4. (segue) è ammessa la disapplicazione *in malam partem* in materia penale? La transizione verso il paradigma del sindacato dell'atto amministrativo nella giurisprudenza di legittimità. - 4.5. Settoriale attualità della nozione di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale. - 4.6. Profili di incostituzionalità della disapplicazione-sindacato dell'atto amministrativo da parte del giudice penale. - 4.6.1. Disapplicazione *in malam partem* dell'atto amministrativo e violazione della prevedibilità: nelle contravvenzioni edilizie… - 4.6.2. …e nel diritto penale dell'ambiente. - 5. Un predicato e un complemento oggetto apparentemente distanti: disapplicare l'orientamento giurisprudenziale. - 6.

Assimilabilità dei tre paradigmi nel segno di prevedibilità e disapplicazione. - 7. Una diversa prospettiva: l'affidamento come chiave di tutela del singolo contro le oscillazioni giurisprudenziali.

1. Una proposta di metodo: la disapplicazione come paradigma di tutela dell'affidamento del singolo

L'analisi sin qui condotta ha permesso di portare in luce il ventaglio di alternative idonee a fungere da argini contenitivi alla imprevedibilità degli andamenti giurisprudenziali. Se si eccettuano gli istituti facenti capo all'errore di diritto – la cui concreta operatività, lo si è visto per i modelli tedesco e belga, rimane subordinata a una valutazione di inesigibilità[1] legata a doppio filo alle condizioni soggettive dell'agente – non è difficile rinvenire la matrice comune a detti rimedi nella necessità di preservare l'affidamento *oggettivamente* frustrato da una carenza dell'ordinamento. È infatti agevole constatare come nel *prospective overruling* la scelta del decisore di contribuire alla evoluzione del sistema vada di pari passo con l'esigenza di non ledere l'affidamento – a cavaliere tra legalità e colpevolezza – dell'incolpato, contemperandosi le due istanze nell'affermazione della *regula juris* soltanto per il futuro; nel *mistake of law* la oscurità della legge scusa persino l'imputato che fosse certo del carattere di illiceità che colorava la propria condotta; così come, nella *rule of lenity*, va prescelta la lettura più favorevole al reo in quanto al medesimo non è stato concesso, in precedenza, di accedere a una regola che chiaramente definisse il confine tra lecito e illecito.

La scaturigine comune a tutti i citati rimedi non appare una circostanza casuale. Con questo non si intende affermare che sia l'ambiente del *common law* a favorire la fioritura di tante soluzioni, solo perché animato dalla dottrina del *binding precedent*: sarebbe fallace pensarlo, in rapporto a ordinamenti – quelli britannico e nordamericano – vieppiù arricchiti da una produzione normativa di origine legislativa. È, tuttavia, la comprovata consapevolezza del *common lawyer* circa la marcata analogia che esiste tra fonte di produzione legislativa e giurisprudenziale a fare sì che egli si approcci al diritto e alla sua applicazione in senso critico, sfatandone il mito di complesso di regole immutabili, certe e chiare[2]. Un approccio, questo, evidentemente non gravato dal peso di tre secoli di volumi

[1] Su una concezione della inesigibilità come causa extralegale di esclusione della colpevolezza dell'agente v. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 53-112. Critico, circa l'impiego della inesigibilità quale categoria idonea a escludere la rimproverabilità in concreto dell'agente, in assenza di specifici appigli normativi, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München, 1992, 596, richiamato in M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, I, 1995, 98. Per riferimenti bibliografici alla inesigibilità in funzione di scusante, suscettibile di elidere o attenuare la rimproverabilità dell'agente, nella dottrina tedesca, v. *supra*, Cap. III, 3.2.

[2] A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, 143-150.

scritti sugli assiomi dell'Illuminismo beccariano, i cui limiti sono ormai conclamati nella ossimorica formula della sua "preziosa ingenuità"[3].

Logica conseguenza è che la fortuna della importazione di tali rimedi all'interno del nostro ordinamento appare più che mai incerta, elevata essendo l'alea della integrazione di un correttivo estraneo, per natura, al paradigma di una legge infallibile il cui significato va, al più, estrapolato nelle pieghe del testo[4]. Ancora una volta, a preannunciare tale ineffettività è la stessa esperienza giurisprudenziale: i rimedi surriferiti circolano da tempo nelle pagine dei penalisti più autorevoli, eppure il distacco tra teoria e pratica del diritto, sul punto, rimane evidente[5]. Fino a quando non si affermerà in seno alla classe giurisprudenziale una sufficiente dose di deontologia ermeneutica[6], che ne sensibilizzi le decisioni nella prospettiva di una miglior tutela del consociato – a partire, tanto per esemplificare, dal considerare l'acceso contrasto interpretativo come un vettore di *imprevedibilità*, piuttosto che come un segno di *prevedibilità* della condanna –, le censure alle oscillazioni giurisprudenziali continueranno a costituire vistose eccezioni.

Ci appare dunque poco utile concludere la ricerca esprimendo la nostra personale adesione a un correttivo sugli altri, nell'auspicio che prima o dopo possa assurgere a strumento prescelto in sede giurisprudenziale. Semmai, un orizzonte che meriterebbe maggiore approfondimento è proprio quello che attiene alla già citata deontologia ermeneutica. Quest'ultima, in particolare, dovrebbe intendersi non tanto secondo il luogo comune che tende a banalizzarla in poco credibili[7] forme di responsabilità

---

[3] V. VELLUZZI, *La preziosa ingenuità: Beccaria, lo spirito della legge e il sillogismo giudiziale*, in *Riv. int. fil dir.*, 2014, 687 ss. Con ciò non si intende, come ovvio, rinnegare la fondamentale eredità garantistica – tradotta efficacemente dalla Costituzione negli articoli dedicati al sistema penale – tramandataci dall'Illuminismo di Beccaria le cui pagine, ancora oggi, fondano i corollari della stretta legalità in materia penale: sull'attualità del pensiero di Beccaria, v. A. CADOPPI, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2016, 407 ss.; ID., *Perché il cittadino possa "...esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto". Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Ind. pen.*, 2015, 569 ss.

[4] *Forma mentis* che, non ci stanchiamo di ripetere, tuttora alberga nelle motivazioni di accreditata giurisprudenza.

[5] Sia consentito rimandare alla casistica variamente emersa nel corso dei Cap. II e III, rispetto alla quale emerge *ictu oculi* il numero di rigetti della giurisprudenza di legittimità rispetto alle doglianze sollevate in punto prevedibilità da parte dei ricorrenti.

[6] Sui possibili correttivi culturali alla imprevedibilità della gestione giurisprudenziale del diritto penale, A. SANTANGELO, op. cit., 219-226. In generale, sul tema, V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 2018, 6, 2222 ss.

[7] Conferma ne sia la mancata previsione di disposizioni in tal senso con riguardo all'eventuale violazione dell'obbligo di rimessione previsto all'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p. (su cui *supra*, Cap. III, par. 2.3.) da parte della sezione semplice, scelta accolta – tuttavia – con diversità di toni in dottrina, ora rilevandosi che «l'eventuale previsione di sanzioni di qualsiasi natura, processuale ovvero disciplinare, sarebbe stata estranea al sistema e, soprattutto, al "dialogo" tra le sezioni della corte di cassazione, tenuto conto che un modulo organizzativo, che contempli il meccanismo di rimessione obbligatorio delle questioni alle Sezioni Unite, per funzionare non ha bisogno di controlli, ma di una condivisione di carattere culturale» (G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 29 gennaio 2018, 7); ora osservandosene l'abnormità, sul piano processuale, donde la doverosa censura, ammissibile mediante i principii generali vigenti in materia di invalidità processualpenalistiche (C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, 2301).

della magistratura – oltre che poco effettive, attenendo la decisione del giudice circa la prevedibilità o meno di una condanna a profili di discrezionalità tecnica che mal si prestano a un sindacato che non sia quello delle argomentazioni spese nell'arena processuale – quanto alla stregua di un criterio forte di legittimazione del principio di prevedibilità: una ricostruzione della problematica, cioè, da un'angolatura che valorizzi in modo convincente l'affidamento del singolo che merita tutela.

In questa prospettiva, uno spunto che ci proponiamo di coltivare nelle pagine che restano interessa l'istituto della disapplicazione, accostato alla prevedibilità oltre che, più in generale, all'affidamento dei consociati. Ci spieghiamo meglio. Tra le numerose ipotesi di imprevedibilità emergenti nell'ordinamento, abbiamo anticipato come meritevole di autonoma considerazione sia quella derivante dalle interazioni tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, regolate – come noto – dal principio del primato e quindi dalla disapplicazione. Gli effetti *in malam partem* talora prodotti da quest'ultima mettono a nudo un problema di prevedibilità con riguardo alla peculiare ipotesi dei c.d. conflitti triadici tra disposizioni. L'approfondimento della – per vero – rara casistica giurisprudenziale sul punto permetterà di analizzare più da vicino l'istituto della disapplicazione elaborato nel sistema dell'Unione europea, in base al quale «la fattispecie interna non viene caducata né abrogata, ma disapplicata limitatamente al caso di specie, riacquistando forza cogente e portata sanzionatoria nell'ipotesi in cui la norma comunitaria non venga in rilievo ovvero sia espunta dall'ordinamento»[8].

Orbene, non è questa la sola ipotesi di disapplicazione che, nell'ordinamento penale, solleva problemi di prevedibilità. Intendiamo riferirci, più specificamente, al fenomeno della disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale, per quanto spesso interscambiato, confuso o sovrapposto con quello del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa. La figura – che, ancora oggi, conserva una propria autonomia, per quanto circoscritta[9] – costituisce, al pari dell'omonimo istituto di ascendenza europea, una modalità descrittiva di un conflitto tra diverse entità giuridiche[10], tale per cui quella ritenuta subvalente (l'atto amministrativo) non viene intaccata nella propria esistenza o validità, ma si limita a essere momentaneamente accantonata con precipuo riferimento alla questione giuridica da risolvere. La disapplicazione dell'atto amministrativo – la cui lunga elaborazione è da ricondursi alla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo del 1865 – è notoriamente suscettibile di produrre effetti *in malam partem*, tanto che la frizione della stessa con i fondamentali

---

[8] S. MANACORDA, *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium Juris*, 1997, 948.

[9] V. *infra* parr. 4.5.1. e 4.5.2.

[10] Per il momento, manteniamo espressioni descrittive volutamente vaghe, in attesa di un ulteriore approfondimento a riguardo, posto che, come vedremo, per alcuni Autori la disapplicazione dell'atto amministrativo costituirebbe addirittura un criterio di risoluzione delle antinomie tra fonti: soluzione cui, come evidente, si perviene ove si qualifichi l'atto amministrativo come fonte del diritto, come ritenuto, in particolare, da M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 90 ss. Sul punto, v. *amplius infra*, par. 4.2.

corollari della legalità è stata segnalata ormai da tempo risalente in dottrina[11]. Nondimeno la tematica dà prova della sua attualità in due terreni di elezione in particolare, quali quelli dei reati urbanistico-edilizi e ambientali. In detti ambiti, la operazione di sostanziale disapplicazione messa in campo dalla giurisprudenza appare divisiva, rimanendo contesa tra quanti vi intravedono un aggiramento dei corollari della legalità e quanti ne ravvisano la legittimità, una volta camuffata come "vino vecchio in otri nuove"[12] nella figura del sindacato sulla legittimità amministrativa[13].

2. Tre paradigmi a confronto: disposizione – atto – orientamento

Movendo da un'analisi delle due citate tipologie di disapplicazione – afferenti ai contesti, invero lontani, dei rapporti tra diritto interno e diritto europeo e tra diritto penale e diritto amministrativo – si tenterà di ricavare il nucleo forte di un tale paradigma, quanto a *ratio*, struttura ed effetti, al fine di verificarne l'estensibilità agli orientamenti giurisprudenziali. L'ipotesi di lavoro che si intende qui sostenere verte, cioè, sul considerare anche gli orientamenti interpretativi alla stregua di entità giuridiche 'disapplicabili'.

Insomma, si intende sostenere che disposizione di diritto interno, provvedimento amministrativo e persino regola interpretativa – rispettivamente, il prodotto di ciascuna autorità in cui si dividono tradizionalmente i poteri dello Stato – possano subire, secondo il medesimo meccanismo, una disapplicazione da parte del giudice. Nel momento in cui gli stessi – per effetto di tale operazione – vengano 'sottratti' alla fattispecie di riferimento, di cui inibiscono, sino a quel momento, il perfezionamento, questa risulta integrata. Come evidente, l'imputazione prende forma in via progressiva, venendo in essere solo in un momento successivo alla condotta dell'agente e in ragione di un'operazione posta in essere dall'autorità giurisdizionale: in altri termini, retroattivamente e del tutto imprevedibilmente per il consociato. Tale schema di aggiramento delle garanzie penalistiche ha costituito oggetto delle attenzioni della dottrina con riguardo ai paradigmi 'europeo'[14] e

[11] Tra i primi, nella dottrina penalistica, A. CASTALDO, *Finalmente rivalutato il principio di legalità nell'ipotesi di concessione edilizia illegittima disapplicata dal giudice penale*, in *Arch. pen.*, 1983, 209 ss. e G. FORNASARI, *Costruzione illegittima e ambito di rilevanza della «buona fede»*, in *Giur. merito*, 1986, 233 ss.

[12] A. DI LANDRO, *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio*, Torino, 2018, 33.

[13] Di recente, *ex plurimis*, in tema di irrilevanza dell'errore di diritto con riguardo alla contravvenzione *ex* art. 44, lett. c) d.p.r. 380 del 2001, con motivazioni che ratificano la legittimità del controllo del giudice sull'atto amministrativo, Cass. pen., sez. III, 21 settembre 2018, n. 3979. Per una ricognizione aggiornata della casistica giurisprudenziale in tema, M. D'ANGELOSANTE, *Il sindacato dell'atto amministrativo nell'esercizio della giurisdizione penale, fra garanzie dell'imputato e tutela dell'amministrazione e del suo giudice*, in *Arch. pen.*, 2023, 1.

[14] Su tale forma di disapplicazione, cfr. par. 3.

'amministrativo'[15], sebbene mai in una prospettiva di comparazione tra le due – a ben vedere – parallele versioni.

Ebbene, al pari della disposizione di diritto interno confliggente con la regola di diritto Ue e dell'atto amministrativo illegittimo, si assume che anche il principio di diritto contenuto in una sentenza possa spiegare una efficacia talora 'congelata' dalla preferenza espressa dall'interprete nel caso concreto per un principio di diritto contrastante.

La scelta espressa dal decisore tra due coesistenti filoni interpretativi – o per un nuovo orientamento, contrario a uno sinora esistente e consolidato – riproduce, ci sembra, il meccanismo della disapplicazione: nell'applicare l'orientamento (i), il giudice non applica – quindi, *disapplica* nel caso di specie – l'orientamento (ii), in quanto non lo ritiene corretto, diversamente dal primo. Ciò però non comporta certo che la versione interpretativa (ii) venga meno[16]: essa, semplicemente, non regolerà *quello* specifico caso, rimanendo pienamente vigente e applicabile in relazione a vicende successive che siano sottoposte all'attenzione di un diverso giudice. Nel contrasto, così come nel mutamento, l'orientamento scartato subisce, al più, una valutazione negativa, nel momento in cui viene escluso, ma risulta senz'altro idoneo a regolare i casi futuri analoghi, purché trovi l'adesione del soggetto deputato a giudicarli.

Se così – come ci pare – si riproduce l'alternanza applicazione/disapplicazione, e se dalla stessa discendono ineludibili criticità in tema di legalità e prevedibilità – come per le altre forme di disapplicazione – allora varrebbe la pena di considerare tale paradigma unitariamente.

Si tratterebbe, cioè, di trarre spunto dalle omologhe tipologie di disapplicazione, verificando se, e in che limiti, in relazione alle stesse sia stata concessa una tutela in capo al consociato. A venire frustrato è, in ciascuna di dette varianti, il principio dell'affidamento che il singolo ripone nell'ordinamento. Una tale connessione tra affidamento e disapplicazione risulta dimostrata nei paradigmi 'europeo' e 'amministrativo' – nonostante non abbia ancora ricevuto adeguato riconoscimento in sede applicativa –: riuscire a lumeggiarla anche con riguardo al contesto delle oscillazioni giurisprudenziali permetterebbe davvero di inoculare quella sensibilità che, sul piano ermeneutico, ancora oggi manca agli interpreti per evitare che vengano riversate sul consociato le responsabilità e le inefficienze dell'ordinamento. Se così fosse, *prospective overruling* e simili non resterebbero soltanto dei rimedi su cui fantasticare una comparazione irrealizzabile, ma troverebbero una collocazione di assoluto rilievo nello strumentario del giudice italiano.

---

[15] Su tale forma di disapplicazione, cfr. par. 4.

[16] Un'eccezione, semmai, a questa ricostruzione potrebbe essere rappresentata dall'intervento delle Sezioni Unite, chiamate a dirimere un contrasto ai sensi dell'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p., considerata la dimensione para-istituzionale di un precedente così autorevolmente introdotto. Sul punto, rinviamo alle considerazioni svolte al Cap. III, par. 2.3.

3. Il paradigma 'europeo': la disapplicazione come "effetto riflesso" del diritto dell'Unione sul diritto interno

Neppure il sistema penale sembra essersi sottratto all'assenza di «attitudine selettiva [e alla] fisiologica forza pervasiva» proprie dei principii di prevalenza e diretta efficacia del diritto Ue[17]. Il processo di integrazione europea ha infatti dato luce a una eccezionale varietà di interazioni tra diritto Ue e diritto penale nazionale: combinazioni e architetture che solo faticosamente la miglior dottrina ha provveduto a sistematizzare[18].

Per ora, ci si limita a rievocare la partizione fondamentale – tradizionalmente accettata –, la quale distingue tra influenze dirette ed effetti riflessi del diritto dell'Unione sull'ordinamento nazionale. Con un *caveat* – tuttavia – dettato dalle peculiari esigenze del diritto penale, essendo pur sempre vero che le istituzioni europee non godono della possibilità di introdurre in via immediata nuove fattispecie incriminatrici[19].

Per influenze 'dirette'[20], infatti, la dottrina penalistica allude più specificamente a quel complesso di dinamiche istituzionali che conducono alla individuazione di nuovi beni giuridici e interessi di rilievo eurounitario, i quali solo eventualmente si allineano ai corrispondenti beni giuridici nazionali. Da tali emanazioni – attribuibili, appunto, *direttamente* all'Unione – pur non potendo derivare una competenza penale 'primaria', discende nondimeno un diffuso condizionamento in capo alle autorità nazionali, variamente declinabile nella adozione – mediante l'apposita procedura della delegazione europea – di nuovi testi normativi ovvero nell'adattamento di fattispecie esistenti per via interpretativa.

---

[17] Parafrasiamo G. GRASSO, *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, 64.

[18] Su tutti, ancor oggi il modello che ha trovato maggior condivisione sembra quello proposto da A. BERNARDI, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 9, 2, 333 ss. Nella penalistica, cfr. altresì S. MANACORDA, *Le droit pénal et l'Union européenne: esquisse d'un système*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000, 95 ss.; A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2020, 24 ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, 63 ss., oltre agli altri contributi citati nelle note che seguono.

[19] *Supra*, Cap. I, par. 3.2.1.

[20] Queste – come categoria tipicamente (euro)penalistica – vanno tenuti distinte dall'effetto *diretto* quale categoria trasversale a tutto il diritto dell'Unione europea. La stessa, sul piano penale, viene intesa alla stregua di *conseguenza* degli effetti *riflessi* (altra categoria di conio penalistico) del diritto dell'Unione. Più chiaramente, l'espressione 'effetto diretto' descrive la capacità del diritto Ue di modificare lo stato dell'arte del diritto interno – in alternativa alla meno incisiva interpretazione conforme o alla *extrema ratio* dell'incidente di costituzionalità (*infra*, par. 3.1.) – appunto per il tramite, in materia penale, di una delle diverse forme di interazione, descritte nel presente paragrafo, che vanno sotto il nome di 'effetti riflessi'. Altrimenti detto, dagli effetti riflessi discende, quale possibile conseguenza, l'effetto diretto *sub specie* di disapplicazione del diritto dell'Unione nei confronti del diritto interno. È dunque per evitare fraintendimenti che ci riferiamo alla categoria di cui sopra con la variante nominalistica di 'influenze dirette', sull'insegnamento di A. BERNARDI, *L'influenza del diritto comunitario sulla normativa penale agro-alimentare*, in L. COSTATO (diretto da), *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, 2003, 1132 ss.

Più incisivi – ma al contempo meno visibili – appaiono gli effetti 'riflessi'. Non deve, infatti, trarre in inganno la terminologia. 'Riflesso' non equivale a 'più tenue poiché non immediato': la nozione evoca semmai una dinamica di interazione più tortuosa (e, dunque, meno decifrabile) rispetto alla sequenza 'individuazione dell'interesse a livello eurounitario/traduzione dello stesso in regola a livello nazionale' che denota le influenze dirette. Ma l'intensità della penetrazione del diritto interno è la medesima, se non maggiore, ove si consideri che, con gli effetti riflessi, il diritto dell'Unione «determin[a] la modifica […] dell'ambito d'applicazione delle fattispecie punitive interne, ovvero impon[e] limiti in merito al tipo e alla misura delle sanzioni applicabili in relazione alle singole ipotesi vietate»[21]. Insomma, l'effetto riflesso è definito tale in quanto non costituente la finalità primaria della disposizione di diritto Ue da cui promana: eppure, grazie ad esso, l'ordinamento interno viene modificato nel suo perimetro applicativo, talora con riferimento alla sola sanzione, talora con riguardo, più radicalmente, al precetto o agli elementi costitutivi di questo[22].

Si tratta di comprendere *come* gli effetti riflessi possano generarsi. Appaiono, in proposito, individuabili quattro differenti categorie, a seconda della tipologia di conflitto che venga in essere[23]. Anzitutto, può accadere che una disposizione di diritto nazionale si ponga in contrasto con un principio o una libertà direttamente sancita dai Trattati: in tale evenienza, questi ultimi agiscono in funzione esimente, di fatto liceizzando, alla stregua di una causa di giustificazione, il comportamento altrimenti vietato[24].

A tale categoria può accostarsi quella della influenza disapplicatrice – «la più vistosamente idonea a riplasmare e comprimere gli ambiti del penalmente rilevante»[25], la quale parimenti registra un conflitto, nel quale tuttavia viene interessata, sul piano eurounitario, una specifica disposizione e non, come prima, il più generico esercizio di una libertà. Di conseguenza, si vedrà come tale categoria – su cui diffusamente ci soffermeremo – includa tanto ipotesi di disapplicazione *in malam partem*, quanto ipotesi di disapplicazione recanti effetti favorevoli all'imputato.

Ancora, il "momento di incompatibilità"[26] può derivare da disposizioni incriminatrici nazionali con funzione eminentemente sanzionatoria: le quali, cioè, si limitano a fissare una sanzione in relazione

---

[21] A. BERNARDI, op. ult. cit., 1132.
[22] G. GRASSO, op. ult. cit., 40, 65 s.
[23] Vengono individuate, pur con lieve diversità di accenti, quattro categorie anche da A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 348 ss. e da G. GRASSO, op. ult. cit., 63 ss. Nella nostra trattazione, abbiamo mantenuto la quadripartizione, cercando di ricondurre a unità le parzialmente distinte suddivisioni proposte dai due autorevoli Autori.
[24] Tra i casi più risalenti ed emblematici, Corte Giust. Ue, 22 settembre 1983, C-271/82, *Auer*, a seguito della quale il ricorrente, laureato in veterinaria in Italia e imputato in Francia per esercizio abusivo della professione beneficiava della libertà, riconosciuta da alcune direttive comunitarie, di esercizio della professione veterinaria in ciascuno Stato membro, secondo una logica assimilabile a quella dell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.).
[25] A. BERNARDI, op. ult. cit., 355.
[26] A. BERNARDI, *L'influenza del diritto comunitario*, cit., 1137.

a un precetto che viene individuato esternamente alle stesse. Anche in tale ipotesi, la dottrina opera una bipartizione – a seconda dell'ampiezza della delega alla disposizione extra-penale – tra disposizioni caratterizzate da elementi normativi a influenza europea[27] e, più radicalmente, norme penali in bianco[28]. Nondimeno, la differenza si apprezza soprattutto sul piano 'quantitativo', donde la possibilità di una trattazione unitaria. In entrambi i casi, infatti, la fattispecie incriminatrice può essere ricostruita solo con l'ausilio della disciplina extra-penale europea, sia essa richiamata esplicitamente o per il tramite di un elemento costitutivo che si alimenta del contenuto di disposizioni sovranazionali. Tale casistica appare tra le più insidiose per il consociato, potendo le regole da cui deriva l'incriminazione di una condotta mutare e far mutare nella sostanza la fattispecie che, tuttavia, formalmente non presenta alcuna alterazione.

3.1. Le conseguenze della interazione tra diritto nazionale ed eurounitario: effetti diretti (e disapplicazione), interpretazione conforme e questione di legittimità costituzionale

Quanto premesso non esclude che gli effetti riflessi debbano restare assoggettati a una serie di limiti volti a scongiurarne una espansione *in malam partem* indiscriminata, ove calati nel versante penalistico. Descritte le tipologie di interazione tra diritto penale nazionale e diritto dell'Unione, dobbiamo ora enunciarne, sia pur per sommi capi, le conseguenze e le ricadute nell'ordinamento interno.

Ormai da tempo è stato osservato[29] che, *in criminalibus*, gli effetti riflessi del diritto comunitario assumono una connotazione *sui generis* e, ciò che più conta, una valenza attenuata.

---

[27] In relazione a tali ipotesi, v'è anzitutto da rimarcare come la fattispecie incriminatrice solo indirettamente risulti incompatibile con il regime eurounitario: a registrare una diretta conflittualità con il diritto Ue è la disciplina extra-penale la cui violazione è presidiata da una sanzione penale che a essa fa rinvio. Come evidente, tale meccanismo può operare sia favorevolmente che sfavorevolmente nei confronti del singolo. In proposito, la dottrina ulteriormente distingue l'ampiezza di tali effetti – da coordinarsi con le garanzie interne e, su tutte, la riserva di legge e l'accessibilità del precetto – a seconda del tipo di rinvio che la fattispecie penale fa alla normativa esterna. In caso di rinvio formale, per esempio, a una normativa nazionale che venga successivamente rimpiazzata da una disciplina europea, non si può ammettere che la stessa operi in funzione integratrice, in ragione della rigidità della tecnica utilizzata dal legislatore, se non forzando la lettera della legge. È invece evidente come il rischio di una volubile variazione del campo di applicazione del precetto in ragione della struttura della fattispecie si faccia più concreto là dove il rinvio sia soltanto implicito (nonostante, anche in tale evenienza, si tenda ulteriormente a distinguere tra i casi in cui la fonte mutevole oggetto di rinvio presenti rango legislativo o sublegislativo, in quest'ultimo caso operando in funzione di aggiornamento tecnico: per ulteriori approfondimenti, sul punto, G. GRASSO, op. ult. cit., spec. 68-84.

[28] Considera le due ipotesi "assai affin[i]" A. BERNARDI, op. ult. cit., 353, cui si fa rinvio per le relative esemplificazioni.

[29] Cfr., in particolare, C. SOTIS, *Il poker, il ping-pong e l'alpinismo. Gli effetti riflessi nei tre volti del penalista europeo*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi in onore di Alessandro Bernardi*, Pisa, 2021, 26, il quale mette in luce come il diritto penale abbia «delle sue specificità di funzione e di struttura che comportano che gli effetti derivati da norme dotate di effetti diretti in realtà sono comunque sempre riflessi».

È bene, infatti, ricordare che la stretta correlazione tra effetto diretto[30] e *primauté*[31] del diritto comunitario non equivale ad affermare che essi stiano e cadano insieme[32], posto che il primo costituisce solo uno dei possibili esiti della seconda: ancorché quello – a un tempo – più ambiguo e incisivo. Sistematizzando, il dettagliato sistema di interrelazioni tra diritto nazionale e comunitario può sfociare quantomeno[33] nelle tre varianti di disapplicazione, interpretazione conforme[34] e questione di legittimità costituzionale[35], reciprocamente regolate da rapporti assimilabili a una relazione di sussidiarietà.

Rilevato un conflitto tra diritto interno e diritto Ue, la norma comunitaria potrebbe incidere sull'ordinamento nazionale, spiegando effetti diretti sostitutivi o perlomeno oppositivi, come diremo a breve. Cionondimeno se – in ragione della natura della norma[36], della sua formulazione[37] o delle conseguenze ermeneutiche[38] che dalla sua applicazione deriverebbero sui rapporti tra ordinamenti –

---

[30] V. *supra*, nt. 20.

[31] Cfr., sul punto, D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 3, 35: «la disapplicazione [e, quindi, gli effetti diretti, n.d.s.] è, dunque, una declinazione, benché particolarmente intrusiva, del primato-braccio armato dell'effettività». Nello stesso senso cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018, 313 ss. Peraltro, non possiamo che accennare, in questa sede, al complesso tema per cui si ritiene che il consolidato binomio primato-effetto diretto, affermato esplicitamente a partire dalla storica sentenza *Simmenthal*, sia stato messo in discussione da alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia (*Taricco* e *Kolev* su tutte), nelle quali, nonostante si esiga la disapplicazione del diritto interno da parte del giudice nazionale, la valutazione in ordine agli effetti diretti della norma di diritto dell'Unione interessata appare tutt'altro che esplicita: sulle possibili ragioni di una simile dissociazione, v. ancora L. DANIELE, op. cit., 314; D. GALLO, op. cit., 31 ss.; D. GALLO-L. DANIELE, *L'evoluzione dell'effetto diretto e dei suoi rapporti con il primato e l'immediata applicazione del diritto UE negli ordinamenti nazionali*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Napoli, 2020, 131 ss.; A. RASI, *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, 3, 555 ss.; con precipuo riferimento al caso *Taricco*, cfr. E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, spec. 46 s.

[32] Cfr. D. GALLO, op. cit., 31.

[33] Oltre alle ipotesi sicuramente riconducibili ad una delle tre categorie sopra menzionate, gli intrecci tra diritto penale e fonti sovranazionali posso condurre ad esiti ermeneutici ibridi: su tutti, si pensi alle ipotesi di criptodisapplicazione *in malam partem*, una forma di "interpretazione conforme a tutti i costi" in occasione della quale la giurisprudenza ammette l'applicabilità di norme di diritto sovranazionale ancorché prive di effetti diretti. Sul tema, e per alcuni esempi, si rinvia a C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 64 ss. nonché V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 9 luglio 2012, 27 ss.

[34] Sulla materia della interpretazione conforme v., per tutti, A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015; più specificamente, sugli effetti *in malam partem* derivanti dalla interpretazione conforme cfr., di recente, A. BERNARDI, *Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti penali* in malam partem, in *www.sistemapenale.it*, 3 febbraio 2023.

[35] Sui rapporti tra le tre categorie, nella dottrina penalistica, cfr. F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo* vademecum *per giudici e avvocati penalisti*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 14 febbraio 2014; G. SALCUNI, *Culture penalistiche a confronto: diritto penale nazionale vs diritto penale europeo*, in *www.archiviopenale.it*, 2011, 2, 10 ss.

[36] Si pensi, emblematicamente, alle decisioni-quadro, per natura prive di efficacia diretta, in relazione alle quali la Corte di Giustizia dell'Unione ha affermato l'obbligo di interpretazione conforme, a partire dal noto caso *Pupino*, in materia di diritto processuale penale.

[37] Laddove la norma non risulti sufficientemente chiara, precisa e incondizionata, secondo il noto test inaugurato a partire dalla sentenza *Van Gend & Loos* e stratificatosi nella successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione.

[38] Ci si riferisce, in particolare, al caso-limite in cui vengano interessati i controlimiti, come notoriamente (quasi) accaduto nel caso *Taricco*.

tale via risulta preclusa, l'interprete dovrà tentare un'opera di adattamento interpretativo del diritto interno, rendendolo conforme al diritto Ue, purché ciò non si traduca in una disapplicazione tacita[39] del primo. Da ultimo, anche laddove tale strada non appaia percorribile, in ragione di un'antinomia tra norme che si profila insanabile, l'*extrema ratio* porterà l'interprete a sollevare questione di legittimità costituzionale, ravvisando una violazione degli artt. 11 e 117 Cost.[40].

Vero che la disapplicazione rappresenta la più lampante ricaduta pratica del principio del primato del diritto dell'Unione, vero è altresì che non è agevole individuarne – in via sistematica – i limiti applicativi. Spesso infatti – come noto – il carattere *self-executing* di una norma comunitaria non si presta a essere rilevato con immediatezza, soprattutto laddove la stessa sia contenuta in una direttiva, venendo a tal proposito in rilievo la distinzione tra i concetti di diretta applicabilità ed effetto diretto.

3.2. Qualche distinzione: diretta applicabilità ed effetto diretto… (continua)

La bipartizione diretta applicabilità-effetto diretto – ormai consolidata in seno alla dottrina[41] – muove dal presupposto per cui la prima categoria richiamata costituisce un gradino avanzato di integrazione tra diritto nazionale e diritto Ue rispetto a quella degli effetti diretti, atteso che un atto di diritto derivato – se direttamente applicabile – non necessita di alcuna procedura di attuazione o recepimento da parte dell'ordinamento nazionale[42]. In altri termini, può affermarsi che le norme Ue direttamente applicabili divengono altresì norme di diritto interno prescindendo da qualsiasi filtro o traduzione nel passaggio da ordinamento comunitario a ordinamento nazionale.

Tale dicotomia trova tendenziale corrispondenza nella natura dell'atto di diritto derivato in cui una disposizione è contenuta, se si considera che, di regola, diretta applicabilità ed effetti diretti vengono ricondotti – rispettivamente – ai regolamenti e alle direttive Ue. A ben vedere, quindi, l'estensione degli effetti di una norma Ue – a seconda che possa definirsi direttamente applicabile o dotata di effetto diretto, in base a quanto si dirà a breve – è rimessa alla discrezionalità del legislatore comunitario, che di volta in volta opta – nei limiti tracciati dai Trattati[43] – per la natura dell'atto da adottare.

---

[39] Cfr. *supra*, nt. 33.

[40] Cfr. V. MANES, *Metodo e limiti*, cit., 28.

[41] Cfr., per opportuni rinvii, D. GALLO, op. cit., 10, nt. 49; con specifico riferimento alle conseguenze di tale dicotomia sul versante penale, cfr. C. SOTIS, *Il poker*, cit., 26 ss.

[42] Si tratta, per vero, di una regola *tendenzialmente* valida, che trova tuttavia attenuazione ogniqualvolta un regolamento – per natura dotato di diretta applicabilità – necessiti della emanazione di provvedimenti di integrazione da parte degli Stati membri: sul punto, si rinvia ampiamente a L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 2018, 278.

[43] Notoriamente definiti, per la materia penale, dall'art. 83 TFUE, su cui v. *supra*, Cap. I, par. 3.2.1.

Altrimenti detto, diretta applicabilità ed effetto diretto differiscono non soltanto nell'ampiezza delle conseguenze, bensì già a monte, a partire dalla scelta operata dal legislatore europeo sullo 'strumento' da utilizzare, poiché qualora l'atto adottato presenti la forma del regolamento, allora le disposizioni ivi contenute saranno *per legge* (*recte*: per Trattato) direttamente applicabili. All'opposto, l'effetto diretto non è una caratteristica immanente ad una norma o, quantomeno, non emerge manifestamente, ma soltanto a seguito della interpretazione della stessa, costituendo l'esito di una decisione giurisdizionale che attribuisca a detta norma – contenuta tendenzialmente in una direttiva – i caratteri di incondizionatezza, sufficiente precisione e chiarezza[44].

Insomma: la diretta applicabilità è il frutto della discrezionalità del legislatore e dipende strettamente dalla natura (regolamentare) dell'atto adottato; al contrario, l'effetto diretto appare il prodotto dell'attività ermeneutica[45] del giudice, dai confini assai più incerti, di talché le conseguenze che ne derivano non possono essere prevedute con certezza dai consociati, potendosi le stesse dispiegare soltanto a seguito di una pronuncia che riconosca il carattere *self-executing* alla norma interessata. La ragione di una simile peculiarità va rinvenuta nella funzione che – in fondo – gli effetti diretti perseguono, ossia quella di supplire a un inadempimento dello Stato nella fase di attuazione della direttiva. Ciò significa che – nell'inerzia del legislatore nazionale – i singoli saranno comunque ammessi a beneficiare dei diritti loro attribuiti dalla normativa comunitaria – se sufficientemente chiara, precisa e incondizionata – non potendosi vedere negata la tutela di una posizione giuridica favorevole per causa imputabile allo Stato. In questi termini, quindi, la suesposta distinzione tra diretta applicabilità ed effetti diretti si accentua ulteriormente, presentando la prima carattere 'fisiologico', poiché dipendente dalla natura formale di un atto; attenendo la seconda ad una dimensione 'patologica'[46] dell'atto di diritto derivato.

3.3. (segue) …effetto diretto sostitutivo ed effetto diretto oppositivo

Come si diceva, le differenze tra diretta applicabilità ed effetti diretti non si limitano alla tipologia di fonte da cui le rispettive norme promanano, ma si estendono soprattutto alle ricadute sul diritto interno.

---

[44] Sui rapporti tra i suddetti requisiti, cfr. D. GALLO, op. cit., 9 s.; con precipuo riguardo alle direttive, cfr., altresì, A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 355 ss. Chiarissimo, sulla bipartizione diretta applicabilità-effetto diretto in ambito penale, V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale:* bio-technological strengthening *o manipolazione autodistruttiva?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 20 giugno 2016, spec. 4.

[45] Nello stesso senso, ci pare, C. SOTIS-M. BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci "*in malam partem*"*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 6 maggio 2011, 22.

[46] Cfr. L. DANIELE, op. cit., 281.

In un certo senso, potremmo dire che la diretta applicabilità contiene e supera gli effetti diretti[47]: più specificamente, se un atto è direttamente applicabile, *allora* produce effetti diretti nell'ordinamento di destinazione, non potendo invece valere l'equazione a termini invertiti.

Quanto premesso appare evidente osservando più da vicino che cosa gli effetti diretti concretamente comportino. Sul punto, la valenza minima che dottrina e giurisprudenza riconoscono alla efficacia diretta di un atto di diritto derivato risiede nella sua potenzialità 'oppositiva', vale a dire nella capacità di vincere l'antinomia con il diritto interno contrastante, determinandone la disapplicazione[48]. Così inteso, l'effetto diretto oppositivo ricopre una funzione paralizzante che, ostando nel caso concreto all'applicabilità della norma nazionale incompatibile, va astrattamente a determinare un vuoto normativo. Vuoto che – tuttavia – viene contestualmente colmato dalla stessa norma comunitaria, ma solo là dove essa produca altresì effetti diretti c.d. sostitutivi. Talora, infatti, la disposizione di diritto derivato, oltre a 'congelare' quella interna contrastante, si sostituisce alla medesima, provvedendo a costituire la regola del caso concreto. Ebbene, qualora all'effetto diretto minimo, con valenza oppositiva, si sommi un effetto sostitutivo, ci troveremo dinanzi ad un atto direttamente applicabile[49]. Con la conseguenza che può ora comprendersi l'affermazione iniziale: la diretta applicabilità contiene e supera gli effetti diretti, in quanto combina una funzione – per così dire – *destruens* (quella degli effetti diretti oppositivi) con la funzione *costruens* di fornire la disciplina del caso concreto, producendo altresì effetti diretti sostitutivi.

3.4. Le peculiarità di tali distinzioni sul versante penale: la disapplicazione *in malam partem*

Nonostante la lunga marcia dell'armonizzazione in materia penale[50] abbia riservato alla competenza penale indiretta dell'Ue il solo strumento della direttiva, la distinzione tra regolamenti e direttive

---

[47] Questo in quanto diretta applicabilità e diretta efficacia esplicano funzioni strutturalmente differenziate, in quanto la prima «pertiene a come il diritto UE è incorporato nell'ordinamento degli Stati membri, quale «*law of the land*», mentre la seconda ha a che vedere con il come detto diritto, divenuto "*law of the land*", può essere invocato da soggetti privati dinanzi a corti nazionali»: così D. GALLO, op. cit., 10, che riprende e J.A. WINTER, *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, in *Common Market Law Review*, 1972, 425.

[48] C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, cit., 41 ss. Sulla distinzione tra effetto di sostituzione (e diretta applicabilità) ed effetto di opposizione cfr. D. GALLO, op. cit., 4, 12 ss., 29, nonché L. DANIELE, op. cit., 262 ss., secondo cui, chiaramente, «tanto nel caso di effetto di sostituzione, quanto nel caso di mero effetto di opposizione si suole dire che la norma comunitaria produce effetti diretti ovvero gode di efficacia diretta negli ordinamenti interni».

[49] C. SOTIS, *Il poker*, cit., 28, pone chiaramente in luce la dicotomia esistente tra effetti oppositivi e sostitutivi, sottolineando l'erroneità del paradigma che induce a credere che «le condizioni di attribuzione dell'effetto diretto siano soddisfatte se la norma eurounitaria sia idonea a rendere non applicabile la norma nazionale contrastante (effetto negativo o paralizzante) e *anche* – al fine di colmare il vuoto normativo così determinato – a costituire la regola di giudizio del caso concreto (effetto positivo o regolativo)».

[50] Cfr. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 1, 43 ss.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*,

appare non priva di pregio pure con riferimento al versante penalistico, con il quale – di frequente – anche una norma di regolamento può interagire, nella misura in cui preveda un elemento extra-penale che integri *ab externo* una fattispecie o un precetto penali[51].

Tuttavia, come anticipato, la suddetta partizione – e, a cascata, quelle già richiamate tra diretta applicabilità ed effetti diretti e tra effetti diretti sostitutivi e oppositivi – assumono una connotazione affatto peculiare, una volta calate nella materia penale[52]. Da tale angolazione, è stato efficacemente osservato[53] che gli atti dell'Unione risultano sistematicamente provvisti o sistematicamente sprovvisti di effetti diretti, a seconda che determinino – rispettivamente – effetti espansivi o restrittivi del penalmente rilevante.

E, ciò, coerentemente con la stessa ragion d'essere degli effetti diretti, precedentemente evidenziata, per cui gli stessi nascono come una *garanzia* minima a tutela del singolo[54]. Come visto, la prerogativa degli atti dell'Unione che siano sufficientemente chiari, precisi e incondizionati consiste nella idoneità dei medesimi a spiegare i propri effetti anche nel caso di inottemperanza dello Stato membro all'obbligo di darvi concreta attuazione, ma solamente quando ciò comporti una situazione di

---

2010, 3, 1146 ss.; M. TEBALDI, *Competenza penale europea: prospettive dinamiche all'esito del periodo transitorio*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 16 aprile 2018.

[51] Emblematico, in tal senso, il caso *Trinca*, che analizzeremo appresso, nel quale una disposizione di regolamento CE 2006/51 integrava *ab externo* la contravvenzione prevista dal combinato disposto degli artt. 15, co. 1 lett. c) e 24, co. 1 legge n. 963/1965 – relativa al divieto di pesca di novellame – vietando qualsiasi tipo di margine di tolleranza sul totale del pescato con riferimento alla specie ittica del tonno rosso.

[52] Parla, a riguardo, di "limiti assiologici" della materia penale (seppur con riguardo al contiguo tema dell'interpretazione conforme) V. MANES, *Metodo e limiti*, cit., 17 ss., per contrapporli ai "limiti logici". Più specificamente, l'Autore ritiene che i limiti assiologici siano rappresentati dai possibili risvolti *in malam partem* della interpretazione conforme al diritto dell'Unione, risvolti la cui legittimità viene negata richiamando direttamente l'art. 11 Cost., dal quale si deduce che i singoli Stati membri non hanno mai acconsentito alla possibilità diretta e immediata, da parte dell'Unione, di fondare o modificare i termini della responsabilità penale degli individui. Tale divieto – con precipuo riguardo ai limiti della interpretazione conforme – avrebbe trovato esplicito riconoscimento anche nella giurisprudenza della Suprema Corte che, nel suo massimo consesso, ha affermato la inestensibilità della confisca per equivalente (art. 322 *ter* c.p.) al delitto di peculato. Come noto, l'art. 322 *ter* c.p., nella formulazione anteriore alla riforma *Severino*, prevedeva la confisca obbligatoria del solo "prezzo" del reato (e non anche del "profitto") risultando, come tale, fisiologicamente inapplicabile al peculato: certa giurisprudenza aveva tuttavia aggirato il disallineamento normativo, avvalendosi di una interpretazione comunitariamente conforme dell'art. 322 *ter* c.p. che tenesse conto del contenuto della Decisione quadro 212/2005/GAI, atto che si limita a stabilire genericamente l'obbligo, in capo agli Stati membri, di introdurre la confisca per equivalente in relazione al "provento" del reato. Una simile interpretazione avrebbe – tuttavia – costituito un evidente esito ermeneutico *in malam partem*, assiologicamente incompatibile con la *ratio* sottesa allo strumento della interpretazione conforme (in questi termini, Cass. pen., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, con nota di V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti* in malam partem, in *Cass. pen.*, 2010, 1, 90 ss.). La ricostruzione dell'Autore in relazione ai suddetti "limiti assiologici" si inserisce in quel filone dottrinale che tende a 'stigmatizzare' ogni tipologia di effetto *in malam partem* derivante dalle interferenze tra diritto nazionale e diritto Ue: come si vedrà *infra*, nt. 100, si tratta di una prospettiva affiancata da almeno altri due orientamenti interpretativi, viceversa più propensi a riconoscere una qualche forma di ammissibilità ai suddetti effetti.

[53] Cfr. C. SOTIS, *Il poker*, cit., 27, nonché prima, nei medesimi termini, ID., *Il diritto senza codice*, cit., spec. 230 ss.

[54] *Ibidem*. Cfr. altresì D. GALLO, op. cit., 10, per cui «l'efficacia diretta indica, invece, l'incidenza del diritto UE sulla sfera soggettiva del singolo, con il conseguente conferimento di diritti che egli potrà azionare, anche (ma non solo) in sede giurisdizionale».

vantaggio in capo ai consociati, producendosi il c.d. effetto diretto verticale (dal basso in alto)[55]. Acquisisce, a questo punto, particolare valore la distinzione tra disapplicazione *in malam partem* e *in bonam partem*, conoscendo queste due varianti un regime giuridico necessariamente distinto.

Anticipando considerazioni che verranno a breve approfondite, solo nella seconda ipotesi potranno – *recte*: dovranno, posto che risulterebbe irragionevole che il singolo vedesse frustrati i propri diritti a causa di un inadempimento dello Stato – esplicarsi i menzionati effetti diretti verticali. Per contro, qualora la norma di matrice europea vada a imporre obblighi nei confronti del singolo, la dottrina dell'effetto diretto sistematicamente non trova applicazione, non potendosi lo Stato giovare di un effetto diretto verticale (dall'alto verso il basso) derivante da una normativa comunitaria che non si è curato di attuare in tempo utile.

In prospettiva rigorosamente penalistica, a maggior ragione, la predetta 'divaricazione' tra effetti *in bonam* e *in malam partem* si fa ancora più marcata. In tal senso assume peculiare rilievo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in seno alla quale appare consolidato il principio secondo cui «una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni»[56].

Se tali sono i presupposti, allora appare del tutto evidente che qualora una norma di diritto Ue possa astrattamente comportare effetti espansivi[57] del penalmente rilevante, in concreto ciò resti precluso, con la conseguenza che la stessa – sebbene testualmente chiara, precisa e incondizionata – non avrà effetti diretti: o, meglio, non *potrà avere* effetti diretti[58], altrimenti contravvenendo alla stessa ragion d'essere di tale dottrina, costruita a presidio dell'individuo.

---

[55] Cfr. C. SOTIS, *Il poker*, cit., 33. Sulla *ratio* di garanzia degli effetti diretti, con riferimento alle tematiche penalistiche, R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 4 luglio 2016.

[56] Principio affermato per la prima volta da Corte Giust. Ue, 8 ottobre 1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen* e, successivamente, in Corte Giust. Ue, 7 gennaio 2004, C-60/02, *X*, nonché, tra le numerose successive in senso conforme, Corte Giust. Ue, GS, 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e a.* Peraltro, si esprimeva in termini analoghi il Consiglio di Stato in Ad. Plen., 9 novembre 2021, nn. 17-18, ritenendo che «la descritta operazione di non applicazione della legge nazionale anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, per la semplice ragione che il diritto dell'Unione non può mai produrre effetti penali diretti *in malam partem*».

[57] Opposte le conclusioni nel caso in cui la disapplicazione del diritto nazionale produca effetti *in bonam partem*: qualora la norma comunitaria renda non applicabile la norma interna contrastante, si creerà una lacuna soltanto apparente, posto che gli effetti liberatori prodotti da tale meccanismo troveranno diretta rispondenza e attuazione nell'art. 129 c.p.p.: v. sul punto, C. SOTIS, *Il poker*, cit. 29 ss., nonché ID., *Il diritto senza codice*, 233 ss.

[58] In questo stesso senso e con riferimento al settore delle concessioni balneari, v. M. GALLI, *Cattive" prassi e limiti dell'intervento penale: serbatoi GPL, concessioni demaniali marittime e tassa di soggiorno*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, 17, la quale definisce la tendenza ad estendere la disapplicazione ai casi di aggravamento della responsabilità del singolo un "indebito sillogismo" che produce il duplice, criticabile, risvolto di scaricare sui singoli il peso delle conseguenze dell'inadempimento dello Stato e di ribaltare il principio generale secondo cui gli effetti diretti dovrebbero operare solo laddove attribuiscano diritti in capo ai singoli. In relazione alla medesima vicenda, e in termini analoghi, cfr. altresì F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e Società*, 2021, 3, spec. 368 e 371.

Ma quale la soluzione se – per ventura – il descritto apparato di cautele venisse aggirato? Il sistema troverebbe – in ogni caso – un completamento a livello interno, nelle contromisure che gli Stati membri hanno eretto a tutela dei presidi fondamentali costituzionalmente garantiti: qualora – per una qualsiasi ragione, per esempio una decisione giurisprudenziale difforme – non dovesse operare l'inibizione degli effetti diretti peggiorativi (e il conseguente divieto di disapplicazione del diritto interno con effetti *in malam partem*), da tale contesto dovrà attivarsi la 'giurisdizione' dei controlimiti[59]. Si tratta di una combinazione di tutele progressive, delle quali i controlimiti rappresentano l'argine ultimo che tuttavia – vista la portata chiara della 'dottrina *Nijmegen*'[60] – nemmeno dovrebbe essere utilizzato.

E, tuttavia, se i controlimiti esistono un motivo c'è, e viene realisticamente incarnato dalle – pur rare – decisioni che hanno più o meno esplicitamente avallato il fenomeno della disapplicazione *in malam partem*.

3.5. Un intermezzo: la disapplicazione *in bonam partem*

Prima di proseguire nella descrizione delle interferenze negative del diritto Ue sul diritto nazionale, occorre premettere che, più di frequente, la disapplicazione riversa i propri effetti sulla situazione giuridica interna operando *in bonam partem*. Che le occasioni di contatto tra disciplina eurounitaria dotata di effetti diretti e diritto nazionale si presentino di continuo è cosa nota[61], complice la crescente "fisionomia *europea*"[62] di interi settori giuridici. La ragione per cui il più delle volte tale conflitto normativo si risolve – sul terreno del diritto penale – in favore del consociato (risultando, dunque, la disciplina europea più mite rispetto a quella nazionale) si spiega osservando la evoluzione storica della struttura e degli obiettivi dell'Unione, già Comunità, europea.

Da un lato, non va dimenticato che solo negli ultimi anni si è assistito a una effettiva sistematizzazione delle competenze eurounitarie *in criminalibus* solamente a seguito del Trattato di Lisbona (pur, certamente, senza dimenticare le influenze indirette che, in via pretoria o per il tramite di discipline extra-penali, già prima interessavano la materia punitiva[63], così come le dinamiche intergovernative

---

[59] Cfr. V. MANES, *Metodo e limiti*, cit., 27.

[60] *Supra*, nt. 56.

[61] Si richiama quanto osservato *supra*, par. 3.

[62] Con riferimento al diritto alimentare e, in particolare, le peculiari forme di interferenza (sia *in bonam* che *in malam partem*) che esso conosce nel diaframma sempre più sottile tra disciplina nazionale ed eurounitaria, cfr. le ricche ricostruzioni di M. VENTUROLI, *La conformazione europea della disciplina sanzionatoria penale ed amministrativa*, in L. COSTATO-F. ALBISINNI, *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell'Unione europea*, II, Padova, 2023, 556 ss.

[63] A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, cit., *passim*. Tra i primi casi commentati di influssi *in bonam partem*, in materia di limiti massimi concessi in relazione ad apparecchi a pressione, superiori nella disciplina comunitaria rispetto alle soglie italiane, Pret. Desio, 15 gennaio 1980, con nota di F.

regolate all'interno dell'allora 'terzo pilastro'). Le direttive che registrano la palmare inadeguatezza dei regimi giuridici nazionali – per tutte, si pensi a quelle in materia di abusi di mercato –, denunciando un apparato sanzionatorio non a sufficienza dissuasivo, costituiscono, a ben vedere, un'esperienza degli ultimi anni (intensificatasi nella cornice del processo c.d. di 'lisbonizzazione'[64], nel segno delle direttive di armonizzazione). Da un altro lato, anche per quanto concerne i settori giuridici a cui il diritto europeo ha storicamente riservato una disciplina soltanto extra-penale – emblematico quello del diritto agroalimentare –, il visibile spostamento di baricentro dalla tutela di interessi collettivi a sfondo economico alla tutela della persona (penalisticamente 'vittima'[65], secondo la terminologia europeistica che ha ormai pervaso il codice di rito, lambendo altresì il codice penale) costituisce acquisizione, benché progressiva, per certo non risalente. Insomma, la preponderanza di vicende disapplicative *in bonam partem*[66] viaggia in direzione uguale e contraria alla espansione dello *ius terribile* europeo, che solo negli ultimi quindici anni è assurto a fenomeno giuridicamente 'preponderante'.

Invero, ulteriore[67] ragione delle fortune della disapplicazione favorevole all'imputato può intuirsi nella – di regola – minore 'concettosità' della medesima, in rapporto all'opposto paradigma *in malam partem*. Affinché la disapplicazione *in bonam partem* spieghi i propri effetti in un giudizio, è necessario e sufficiente un contrasto tra una disposizione di diritto interno più severa e una di diritto eurounitario, *self-executing*, dai toni più miti: il giudice, "rapsodo" dei due mondi[68], disapplica il diritto nazionale in favore della disciplina più mite. Insomma, un conflitto bilaterale – che si è

MUCCIARELLI, *Osservazioni in tema di immediata applicabilità delle direttive comunitarie in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 402 ss.

[64] Sul punto, V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, 40 ss.

[65] M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 3-4, 86 ss.

[66] Riconosce nella disapplicazione *in bonam partem* – rispetto all'opposto paradigma – un «più classico e comune fenomeno» S. MANACORDA, *«Oltre il falso in bilancio»: i controversi effetti* in malam partem *del diritto comunitario sul diritto penale interno*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 258. Analogamente, A. BERNARDI, *L'influenza del diritto comunitario*, cit., 1137.

[67] Oltre a quelle di carattere storico poc'anzi enucleate e a quella, logica, per cui la disapplicazione *in malam partem* – come diremo a breve – scaturisce da un'operazione interpretativa irregolare: al fine di garantire un rispetto pieno del principio del primato, tale regola finisce per contravvenire a principii almeno di pari rango, i quali concepiscono gli effetti diretti, nei rapporti verticali tra cittadino e Stato, alla stregua di una prerogativa esclusivamente in favore del primo (cfr. *supra*, par. 3.4.).

[68] V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 21.

dischiuso nei settori più eterogenei, spaziando dal settore alimentare[69] a quello dell'immigrazione[70], dalle 'regole tecniche'[71] alle scommesse transfrontaliere[72], passando per i "Pascoli d'oro"[73] – di

[69] Ricca la casistica nell'ambito del diritto agro-alimentare. Per esempio, la giurisprudenza provvedeva a disapplicare le disposizioni che sanzionavano penalmente le violazioni al regime nazionale del controllo dei prezzi su determinati prodotti, in quanto detto regime appariva radicalmente contrastante con il regolamento comunitario che istituiva un regime comune dei prezzi. Ancor più significativa la vicenda che vedeva parzialmente disapplicata la contravvenzione di cui all'art. 44 legge n. 580 del 1967, n. 580, la quale puniva la produzione di paste alimentari contenenti sfarinati di grado tenero, in ragione del conflitto con il Regolamento CEE n. 1492 del 1971 che, per contro, considerava 'frumento di grano duro' quello contenente grano tenero in misura non superiore al 7%: l'operatività della disposizione incriminatrice rimaneva inibita con riguardo a tutte le condotte aventi a oggetto, come evidente, produzione di pasta alimentare con chicchi di grano tenero inferiori a detta percentuale. Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, sul punto, A. BERNARDI, op. ult. cit., 1137; ID., *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in A. GERMANO-E. ROOK BASILE (a cura di), *Aspetti penali del diritto agro-ambientale ed agro-alimentare*, Milano, 1999, 108 ss.; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, 292.

[70] Il riferimento va alla nota decisione della Corte di Giustizia, *El Dridi*, con la quale veniva dichiarata la incompatibilità, indi la doverosa disapplicazione da parte dei giudici italiani, della disciplina nazionale (art. 14, co. 5 *ter* e 5 *quater* t.u. immigrazione) che prevedeva la integrazione di una fattispecie delittuosa punita con pena detentiva (oggi mutata in pena pecuniaria) nella condotta dell'immigrato 'irregolare' il quale non avesse rispettato il provvedimento questorile di espulsione ovvero l'ordine di allontanamento dallo Stato con la c.d. direttiva rimpatri. Più dettagliatamente, dette disposizioni si ponevano in insanabile conflitto con gli artt. 15 e 16 di detta direttiva, che individuano nel trattenimento dello straniero in un centro di detenzione temporanea la più invasiva misura di contenimento della libertà dello straniero nel corso della procedura di rimpatrio. Insomma, a parità di condotte, dalla direttiva sarebbe derivata una misura assai più mite e, soprattutto, diversa dalla integrazione di una fattispecie di reato punita assai più severamente, con la conseguenza che sarebbe stato frustrato il c.d. effetto utile della disciplina eurounitaria. Sulla vicenda, per tutti, F. VIGANÒ-L. MASERA, *Addio articolo 14: nota alla sentenza* El Dridi *della Corte di Giustizia Ue in materia di contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Rivista AIC*, 2011, 3.

[71] Si tratta del filone giurisprudenziale consolidato che riconosceva la non sussistenza del fatto in relazione alla contestazione dei reati di detenzione (in senso ampio) di programmi od opere musicali o audiovisive contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE (artt. 171 *bis* e 171 *ter* legge n. 633 del 1941). In relazione a tale disciplina, infatti, la Corte di Giustizia Ue, con la sentenza *Schwibbert*, aveva chiarito che l'obbligo di apporre sui supporti tecnici il citato contrassegno in vista della commercializzazione rientra nel novero delle "regole tecniche", ai sensi della direttiva europea 83/189/CEE del 28 marzo 1983, la quale aveva istituito una procedura di informazione obbligatoria nel settore delle norme e delle regole tecniche. Stando a tale disciplina, siffatte regole avrebbero dovuto necessariamente essere notificate dallo Stato alla Commissione Ue in vista di un previo vaglio di compatibilità con il principio di libera circolazione delle merci, non potendo in caso contrario essere fatte valere nei confronti dei privati. Di qui, la successiva e doverosa disapplicazione da parte del giudice nazionale, da cui scaturiva una sorta di 'zona franca' in relazione alle fattispecie suddette (in giurisprudenza, tra molte, Cass. pen., sez. III, 19 novembre 2009, n. 1073, *Ramonda*).

[72] All'esito di plurimi rinvii pregiudiziali, la Corte di Giustizia riteneva che il reato di esercizio abusivo di raccolta di denaro per scommesse (art. 4 legge n. 401 del 1989) si ponesse in insanabile contrasto con i principii di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, nella misura in cui sanzionava le società estere che esercitassero tale attività in Italia e persino i *bookmakers* italiani collegati a dette società. A seguito della sentenza *Placanica*, la Corte di cassazione avrebbe provveduto alla disapplicazione della normativa italiana, dando luogo a un evidente epilogo *in bonam partem*. Sui passaggi che hanno scandito la vicenda, L. D'AMBROSIO, *La disapplicazione dei divieti penali in materia di raccolta di scommesse:* rien ne va plus*?*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2009, 179 ss.

[73] La vicenda origina dalle interferenze del diritto Ue sulla normativa in materia di organizzazione dei mercati nel settore delle carni bovine e, segnatamente, il d.p.r. n. 503 del 1999, attuato attraverso una serie di circolari dell'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura, tra cui la n. 35 del 24 aprile 2001. Tale disciplina subordinava la concessione di contributi comunitari alla previa dimostrazione dell'utilizzo effettivo di aree foraggere ed esibizione di valido titolo giustificativo. Nel caso di specie, veniva esibito un titolo che falsamente riproduceva dei contratti di comodato di terreni adibiti a pascolo stipulati all'insaputa degli effettivi titolari dei suddetti, venendo per l'effetto integrate le fattispecie di cui agli artt. 485, 640 e 640 c.p. Sulla vicenda, altrimenti di facile risoluzione, incideva altresì il regolamento 1254/1999 CE, ai sensi del quale la erogazione dei succitati contributi era condizionata alla sola prova della effettiva utilizzazione delle aree foraggere, a prescindere dalla produzione di un valido titolo giustificativo. La disapplicazione della legge italiana, contrastante in quanto maggiormente esigente, faceva perdere rilevanza, quanto a offensività, alle condotte poste in essere dagli imputati. A tale conclusione perveniva la Corte di Giustizia, investita della questione in via pregiudiziale da parte

individuazione e soluzione senz'altro più immediate di quelle scaturenti dal complesso triangolo normativo della disapplicazione *sfavorevole* all'imputato, come diremo appresso.

3.6. Le deroghe alla 'regola *Nijmegen*' nella giurisprudenza nazionale ed europea: i conflitti triadici tra disposizioni

Ritornando sul versante *in malam partem*, va dato atto di una certa casistica che rompe l'armonia del sistema sopra schematizzato. In proposito, si registrano diverse[74] – sebbene estemporanee, nel venire meno a un principio consolidato – vicende qualificabili alla stregua di disapplicazioni *in malam partem*[75].

Oltre ai casi *Tombesi*[76] e *Niselli*[77] (attinenti, come ora diremo, all'ampiezza applicativa della nozione giuridica di 'rifiuto'), *Berlusconi*[78] (relativo alla successione di leggi penali nel tempo, in merito al reato di false comunicazioni sociali), *Micheli*[79] (circa il presunto obbligo di incriminazione dell'acquisto di merce con marchi di lusso evidentemente contraffatti) e *Trinca*[80] (concernente la applicabilità di una causa di non punibilità con riferimento al reato di pesca abusiva di novellame) – che pur in misura differente hanno destato l'attenzione della dottrina[81] – la deroga più vistosa è forse rappresentata dall'*affaire Taricco*[82]. Si badi, tuttavia, che pur essendo fisiologica la maggiore eco

---

del Tribunale di Treviso (Corte Giust. UE, sez. II, 24 giugno 2010, C-375/08, *Pontini e a.*): per un commento alla vicenda, A. COLELLA, *La vicenda "Pascoli d'oro"*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1, 57 ss.

[74] Parla di un «nucleo ristretto ma significativo di decisioni che […] finiscono per investire proprio gli assetti sostanzialpenalistici dell'ordinamento italiano» S. MANACORDA, op. ult. cit., 255.

[75] Volendo riprendere la suddivisione proposta da A. BERNARDI, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, cit., 348 ss., nel distinguere le varie forme di influenza del diritto dell'Unione sul diritto penale, i casi qui esaminati rientrerebbero nella quarta, e più incerta, categoria dell'«influenza c.d. "disapplicatrice", fra tutte la più vistosamente idonea a riplasmare e comprimere gli ambiti del penalmente rilevante all'interno dei singoli Stati membri».

[76] Corte Giust. Ue, sez. VI, 25 giugno 1997, C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, *Tombesi e a.*

[77] Corte Giust. Ue, sez. II, 11 novembre 2004, *Niselli*.

[78] Corte Giust. Ue, GS, 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e a*.

[79] Cass. pen., Sez. Un., 8 giugno 2012, n. 22225, *Micheli*.

[80] Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2011, *Trinca*, con nota di A. COLELLA, *Una nuova ipotesi di applicazione diretta* in malam partem *del diritto della UE: la Corte di Cassazione disapplica la normativa interna che prevede un margine di tolleranza del 10% al divieto di pesca e commercializzazione del novellame e afferma, conseguentemente, la responsabilità penale dell'imputato*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 4 marzo 2011.

[81] Se nel presente scritto accomuniamo la vicenda *Taricco* ad altri casi più nascosti – come le vicende *Tombesi* e *Niselli* – non manchiamo tuttavia di rilevare come in questi ultimi il diritto nazionale risultasse più facilmente 'suggestionabile' dal diritto dell'Unione. Come si vedrà, infatti, i casi menzionati attengono alla disciplina dei rifiuti, che nasce già strutturalmente aperta al divenire dell'ordinamento eurounitario: diversamente, all'evidenza, da una disciplina come quella relativa alla prescrizione, squisitamente nazionale. Su tale partizione, cfr. V. VALENTINI, *La ricombinazione genica*, cit., 2 s.

[82] Già richiamata nei profili sostanziali al Cap. II, par. 4.4., cui si fa ora rinvio. Si rammenti, ai fini della presente riflessione, che a seguito della prima pronuncia della Corte di Giustizia, a un filone giurisprudenziale che dava concreta attuazione alle statuizioni dei Giudici di Lussemburgo, disapplicando *in malam partem* le norme interne sulla prescrizione (cfr., in particolare, Cass. pen., sez. III, 15 settembre 2015, n. 2210, *Pennacchini*, su cui si tornerà a breve), si contrapponevano altre prese di posizione che, all'opposto, portavano alla proposizione di due questioni di legittimità costituzionale (da parte di Cass. pen., sez. III, 30 marzo, n. 28346, e Corte App. Milano, ord. 18 settembre 2015), culminate nella ordinanza n. 24 del 2017, che avrebbe minacciato l'attivazione dei controlimiti, ove la Corte di Giustizia

derivante dalla vicenda attinente alla prescrizione rispetto a quelle che vertano sui requisiti dimensionali dei tonni rossi o sul perimetro della nozione di 'rifiuto', gli effetti che ne discendono sono i medesimi – e altrettanto pericolosi – perché medesimo è il meccanismo su cui fondano.

Il più delle volte, l'aggiramento dei principii statuiti nella sentenza *Nijmegen* si genera in modo quasi fortuito, maturando all'esito di un conflitto c.d. triadico[83] tra norme. Lo schema appare ricorrente: accade talora che una determinata condotta vada esente da pena, in quanto – pur potendo astrattamente integrare il precetto di una norma interna incriminatrice (n1) – su di essa incide contestualmente una seconda norma interna (n2) che rende non punibile quel comportamento, vuoi per mancanza di tipicità, vuoi perché lo scrimina, vuoi perché lo scusa. Tuttavia, il quadro si complica nel momento in cui nel contesto descritto interviene il diritto dell'Unione, attraverso una norma extra-penale (n3) alla quale vengono riconosciuti effetti diretti – sia pur di carattere meramente oppositivo[84] – e che si pone in insanabile contrasto con la norma interna di natura 'liberatoria' (n2). Si genera quindi un conflitto triangolare, nel quale quest'ultima disposizione è destinata a soccombere in nome del primato del diritto dell'Unione: una volta neutralizzata la norma interna 'liberatoria' (n2), la lacuna viene prontamente colmata dalla norma incriminatrice (n1) che si riespande, determinando (o, perlomeno, aggravando) la penale responsabilità dell'agente.

Movendo da tale schema di sintesi, la casistica enumerata – contraddistinta dal fatto di implicare forme più o meno velate di disapplicazione *in malam partem* – può ricondursi a due gruppi, a seconda che incroci (*Trinca*, *Pennacchini* e *Micheli*: senz'altro di maggior interesse ai nostri fini) o meno (*Tombesi*, *Niselli* e *Berlusconi*) il tema della prevedibilità in materia punitiva.

3.6.1. Disapplicazione *in malam partem* senza imprevedibilità: i casi *Tombesi*, *Niselli* e *Berlusconi*

Nei casi *Tombesi* e *Niselli*, la Corte di Giustizia ammetteva la disapplicabilità[85] della definizione di 'rifiuto' contenuta nella normativa interna, divenuta più restrittiva rispetto a quella comunitaria. In

dell'Unione non avesse rivisto le proprie iniziali posizioni. Sulla saga *Taricco*, nell'ambito di una dottrina sterminata, v. per tutti i contributi raccolti in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Milano, 2018.

[83] Cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 104 s., 191 ss.

[84] Cfr. S. MANACORDA, *«Oltre il falso in bilancio»: i controversi effetti* in malam partem *del diritto comunitario sul diritto penale interno*, cit., 258.

[85] Invero, la Corte di Giustizia non riconosceva mai apertamente la natura direttamente efficace delle disposizioni interessate; cionondimeno, essa adduceva formule ambigue («peraltro, dalle ordinanze di rinvio emerge che, all'epoca in cui sono stati commessi, i fatti che costituiscono oggetto delle cause *a quibus* potevano essere puniti in base al diritto nazionale e che i decreti legge che li hanno sottratti all'applicazione delle sanzioni risultanti dal d.p.r. n. 915 del 1982 sono entrati in vigore soltanto successivamente. Pertanto, *non vi è motivo di esaminare le conseguenze che potrebbero derivare dal principio della legalità delle pene per l'applicazione della direttiva 75/442* [corsivi nostri]») che avrebbero portato ad una vera e propria babele giurisprudenziale (dalla quale sarebbe scaturita, in ultimo, la questione di legittimità

particolare, la disciplina nazionale era stata incisa da una norma di interpretazione autentica[86], che aveva espunto dalla nozione di 'rifiuti' i sottoprodotti, con la conseguenza che le condotte di trasporto di rottami ferrosi (fisiologicamente riutilizzabili nel settore siderurgico e classificabili, pertanto, quali 'sottoprodotti'), sino a quel momento penalmente rilevanti, costituivano oggetto di *abolitio criminis*, in applicazione dell'art. 2, co. 2 c.p. Questo, almeno, fino all'intervento della Corte di Giustizia che, riconoscendo l'evidente discrasia tra la 'nuova' nozione nazionale e quella comunitaria di 'rifiuto' e attribuendo effetti diretti a quest'ultima[87], ammetteva la disapplicazione della disciplina contenuta nel d.l. n. 138 del 2002, da ciò derivandone la riespansione della norma incriminatrice interna, che veniva riapplicata *in malam partem* da molti giudici ordinari[88].

Sostanzialmente analogo nei presupposti il caso *Berlusconi*[89], il quale atteneva però a una modifica immediata della fattispecie[90] e, segnatamente, di alcuni reati in materia di false comunicazioni sociali.

---

costituzionale che avrebbe condotto alla nota sentenza n. 28 del 2010). Sul tema, cfr., per tutti, F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, spec. 1435 ss., nonché A. PUGIOTTO, *Questione rifiuti e falso in bilancio: vite parallele?*, in *www.dirittoambiente.net*, 29 gennaio 2007.

[86] Originariamente, l'art. 6, co. 1, lett. a) D.Lgs. n. 22 del 1997 recepiva la nozione comunitaria di "rifiuto", definendolo come «qualsiasi sostanza od oggetto che rientra nelle categorie riportate nell'allegato A e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi», riportando la medesima formula definitoria contenuta nella Direttiva 75/442/CEE, come modificata dalla Direttiva 91/156/CEE. Successivamente, sulla materia interveniva l'art. 14, co. 2, d.l. 8 luglio 2002, n. 138, che così disponeva: «*Non ricorrono le fattispecie di cui alle lettere b) e c)* del comma 1 [le condotte di chi abbia deciso o l'obbligo di disfarsi, n.d.s.], per beni o sostanze e materiali residuali di produzione o di consumo ove sussista una delle seguenti condizioni: a) se gli stessi *possono essere e sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati* nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo, senza subire alcun intervento preventivo di trattamento e senza recare pregiudizio all'ambiente; b) se gli stessi *possono essere e sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati* nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo, dopo aver subito un trattamento preventivo senza che si renda necessaria alcuna operazione di recupero tra quelle individuate nell'allegato C del decreto legislativo n. 22 [corsivi nostri]».

[87] Si è detto, però, che la Corte di Giustizia ammetteva questa possibilità solo tra le righe della propria decisione, senza arrivare ad enunciarla apertamente. In dottrina, è stato condivisibilmente osservato (cfr. F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi*, cit., spec. 1436 s.) che l'incertezza promanava dalla peculiare ricostruzione giuridica proposta dall'Avvocato Generale Kokott nel caso di specie. In particolare, i dubbi in ordine alla sussistenza o meno di effetti diretti in capo alla normativa comunitaria – e la conseguente possibilità di disapplicare il diritto interno contrastante – venivano sostanzialmente aggirati teorizzando una scissione tra il concetto di effetto diretto e quello di diretta applicabilità, quest'ultimo inteso come strumento a disposizione del giudice *a quo*. Tale espediente si basava sull'assunto per cui, benché non si potesse ricorrere direttamente alla disapplicazione, tuttavia la doverosa interpretazione del diritto interno in senso conforme a quello comunitario avrebbe imposto al giudice nazionale di non applicare il diritto interno, giustificandosi tale articolata costruzione per il fatto che, così operando, la responsabilità penale sarebbe stata determinata non dalla direttiva, bensì da una norma nazionale, ossia quella precedente e 'rediviva'. Tale posizione, che ci sembra costituire un tentativo di criptodisapplicazione – e che pur ha trovato giustificazione anche in dottrina (cfr., in particolare, C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., spec. 241 ss.) – veniva tacitamente accolta dalla Corte di Giustizia che, tuttavia, assumeva una posizione piuttosto defilata sul punto. Nella perdurante incertezza interpretativa, merita evidenziare che, non a caso, il giudice del rinvio successivamente investito della problematica preferiva sollevare, sul punto, questione di legittimità costituzionale.

[88] Già all'esito della sentenza *Tombesi*, cfr., *ex multis*, G.I.P. Udine, 14 ottobre 2002; Trib. Grosseto, 12 giugno 2003, n. 571 e persino Cass. pen., Sez. III, 27 novembre 2002, *Ferretti*. Come pare evidente, i casi in oggetto sollevano un ventaglio di criticità davvero vasto, posto che al tema della disapplicazione *in malam partem* si accavallava – quantomeno – quello della retroattività della legge penale favorevole: non a caso, l'*affaire* delle 'polveri di pirite' sarebbe stato risolto solo alcuni anni dopo, a seguito di un intervento della Corte costituzionale, per il quale v. *amplius infra*, nt. 94.

[89] Sul caso, cfr., per tutti, i contributi contenuti in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del "*favor rei*". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.

[90] Sulla distinzione tra i casi *Tombesi* e *Niselli* e *Berlusconi*, con riguardo alla dicotomia tra modifiche mediate ed immediate della fattispecie, v. S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il*

La evidente modifica *in melius* delle suddette disposizioni[91] – come tale sottoposta agli effetti benefici dell'art. 2 c.p. – contrastava con la normativa europea in materia di diritto societario e, in particolare, con il contenuto delle direttive 68/151 e 78/660 CEE. Altrettanto evidenti gli sviluppi possibili: se il giudice europeo – interessato da una serie di rinvii pregiudiziali – avesse riconosciuto effetto diretto alla disciplina comunitaria, ciò avrebbe imposto la disapplicazione delle modifiche normative più favorevoli e la contestuale riespansione della versione 'previgente' dei reati menzionati, generandosi in tal modo un aperto contrasto con il principio di retroattività favorevole. Tuttavia, diversamente da quanto accaduto in relazione alla nozione di 'rifiuto', nel caso *Berlusconi* la Corte di Giustizia ribadiva la 'regola *Nijmegen*', confermando l'impossibilità per una direttiva di «determinare o aggravare la responsabilità del singolo»[92] e, in tal modo, sventando un sicuro conflitto tra primato dell'Unione e principii fondamentali afferenti alla sfera della legalità penale.

Come anticipato, in tali vicende la disapplicazione *in malam partem* – o, perlomeno, il rischio di disapplicazione – veniva resa meno eclatante dal fatto che l'elusione della 'regola *Nijmegen*' (che almeno nei casi relativi alla nozione di 'rifiuti' ci pare difficilmente contestabile) non porta con sé anche un problema di stretta legalità[93] e di affidamento del consociato. A ben vedere, le condotte addebitate erano state infatti integrate sotto la vigenza di un quadro sanzionatorio in base al quale risultavano pacificamente punibili: solo in un momento successivo, le stesse beneficiavano di un'*abolitio criminis* sulla base di una *lex intermedia* confliggente con il diritto comunitario, poi disapplicata e, da ultimo, persino dichiarata incostituzionale[94]. In altre parole, in questi più risalenti

---

problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3498 s.

[91] Più specificamente, sul testo dell'art. 2621 c.c. interveniva il D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, che da un lato mutava la natura della predetta disposizione da delitto a contravvenzione, dall'altro lato 'riscriveva' art. 2622 c.c. Con riguardo all'art. 2621 c.c., è dunque evidente che la novella normativa aveva determinato una modifica *in melius* del trattamento sanzionatorio, la cui conformità alla *ratio* delle direttive comunitarie in materia societaria era dubbia. Sul tema cfr. S. MANACORDA, *«Oltre il falso in bilancio»*, cit., spec. 260 ss.

[92] Cfr. Corte Giust. Ue, *Berlusconi e a.*, cit., §§ 78-79.

[93] Cfr. A. BERNARDI, *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale*, cit., 16: semmai, i casi *Tombesi* e *Niselli* sollevavano dei problemi di compatibilità tra gli effetti *in malam partem* del diritto dell'Unione e il principio di retroattività favorevole, principio al quale, tuttavia, all'epoca dei fatti non era ancora stato attribuito rilievo costituzionale.

[94] Come anticipato *supra*, nt. 87, il caso delle polveri di pirite trova una soluzione definitiva solo a seguito dell'intervento della Corte costituzionale. Dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Niselli*, infatti, il legislatore ritornava sulla nozione di 'rifiuti' nel 2008, ripristinando la normativa iniziale al fine di rendere la fattispecie conforme al diritto dell'Unione, facendovi rientrare altresì i sottoprodotti. Ciò non esimeva tuttavia il giudice interessato dalla sentenza *Niselli* dal sollevare questione di legittimità costituzionale posto che, condivisibilmente, un effetto *in malam partem* non sarebbe potuto scaturire a seguito della disapplicazione della *lex intermedia* comunitariamente illegittima, ma solo alla luce di un intervento della Corte costituzionale: il problema veniva così 'traslato' su quello dell'ammissibilità della declaratoria di illegittimità della norma penale di favore. Il tema interessa, più specificamente, i rapporti tra il principio di retroattività della *lex mitior* e quello della retroattività della dichiarazione di illegittimità costituzionale. Proprio risolvendo il caso delle polveri di pirite, la Consulta (con sentenza n. 28 del 2010) faceva prevalere il secondo principio, ribadendo che la *lex mitior* può trovare adeguata tutela nei soli casi in cui non risulti illegittima (in questo senso, si era già espressa in occasione della nota sentenza n. 394 del 2006, in materia di reati elettorali). Con la conseguenza che i soggetti imputati nel giudizio *a quo* avrebbero quindi dovuto essere condannati per il venir meno della legge intermedia

casi la espansione *in malam partem* del penalmente rilevante tende a rimanere sottotraccia, in quanto il pur evidente scostamento dai binari tracciati dalla stessa Corte di Giustizia non comporta, sul piano concreto, la incriminazione di condotte altrimenti irrilevanti bensì, al più, la riespansione di una norma incriminatrice che già prima era stata applicata agli interessati.

3.6.2. Disapplicazione *in malam partem* con imprevedibilità: i casi *Pennacchini*, *Trinca* e *Micheli*

Assumono particolare rilievo le vicende che, tra pesci, frodi carosello e Rolex, mettono a nudo la reciproca esclusione tra prevedibilità e disapplicazione *in malam partem*, corroborando la ipotesi coltivata in queste pagine.

La conferma più nota ed eclatante si rinviene senz'altro nello sfortunato epilogo di alcuni procedimenti che, nell'immediatezza della prima sentenza della Corte di Giustizia che avrebbe dato il via alla 'saga *Taricco*'[95], davano diligente attuazione ai principii ivi statuiti. Nella babele giurisprudenziale sprigionatasi – cui avrebbe fatto seguito la prima risposta della Corte costituzionale, con ordinanza n. 24 del 2017 – parte della giurisprudenza di legittimità[96] traduceva sul piano pratico le motivazioni della sentenza *Taricco I*, disapplicando *in malam partem* le norme interne sulla prescrizione. Veniva, cioè, inibita la portata liberatoria di una disposizione che esplicitamente individua un termine al di là del quale una condotta non risulta più rilevante: la Cassazione, infatti, ometteva di rilevare l'intervenuta prescrizione del reato di cui all'art. 2 D.Lgs. n. 74 del 2000 per condotte risalenti al 2005, maturata nel gennaio del 2015 (la sentenza di appello, del 2014, aveva infatti già riconosciuto la prescrizione in relazione a periodi di imposta anteriori), proprio disapplicando le disposizioni di cui agli artt. 160 e 161 c.p., nella parte in cui stabiliscono limiti massimi complessivi al termine prescrizionale in caso di eventi interruttivi. Gli sviluppi successivi, come noto, avrebbero ampiamente confutato la tesi secondo cui «la disapplicazione nei processi in corso di questa specifica norma […] non comporta dunque alcun contrasto con l'art. 25 Cost., non ravvisandosi un'applicazione retroattiva di norme penali incriminatrici sanzionatorie». Senza

---

dichiarata illegittima (cosa che, per onor di cronaca, non avvenne, per l'intervenuta prescrizione dei reati ascritti). Per approfondimenti ulteriori, anche in relazione a casi più recenti, cfr. F. VIGANÒ, *Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 23 ottobre 2017.

[95] Sulla decisione, oltre ai contributi già richiamati nel Cap. II, E.M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 1, 44 ss.

[96] Cass. pen., sez. III, 15 settembre 2015, n. 2210, *Pennacchini*, con note di L. BIN, *La prima sentenza "*post *Taricco" della Cassazione*, in *Arch. pen.*, 2016, 1; G. CIVELLO, *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale"*, *ivi*; F. VIGANÒ, *La prima sentenza della cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 22 gennaio 2016.

ritornare sulla tematica[97], ci si limita, ora, a rilevare le disastrose conseguenze di una tale tesi nel caso di specie: la disapplicazione delle norme relative alla prescrizione già maturata (n2) – che avrebbero fatto scaturire un conflitto triadico con la fattispecie incriminatrice (n1) e l'art. 325 TFUE (n3) – determinava l'imprevedibile condanna – sull'altare del principio di *primauté* del diritto europeo – del ricorrente in relazione a un reato già estinto.

Con le debite precisazioni, il caso *Trinca*, divenuto celebre come il caso dei "pesci *in malam partem*"[98], riproduceva le cadenze che avevano caratterizzato i precedenti in materia di rifiuti e di false comunicazioni sociali. Per inciso, occorre precisare che il conflitto triadico di norme stimolato dalla vicenda in esame – sottoposta esclusivamente alla cognizione delle autorità giurisdizionali italiane – presentava una peculiarità quanto alla disposizione di diritto europeo la quale, diversamente dai casi sin qui menzionati, era contenuta in un regolamento Ue e, segnatamente, nell'Allegato III al Reg. CE 2006/51. Nondimeno, il meccanismo da cui l'effetto *in malam partem* promanava era, una volta ancora, il medesimo: nell'ordinamento italiano vigeva (e vige) il d.p.r. 2 ottobre 1968, n. 1639, un regolamento che – sotto le mentite spoglie di una normativa in chiave di mera specificazione tecnica – introduceva un'area di non punibilità. In particolare, a fronte della contravvenzione prevista dal combinato disposto degli artt. 15, co. 1 lett. c) e 24, co. 1 legge n. 963/1965, che sanziona a tutto campo la pesca di novellame (n1), l'art. 87, co. 3 (n2) del citato d.p.r. creava una zona franca, prevedendo un margine di tolleranza del 10% sul totale del pescato, con la conseguenza che, laddove tale soglia non venisse superata, il fatto non avrebbe integrato la predetta fattispecie criminosa[99].

---

[97] Sorvoliamo, qui, sugli ulteriori vizi della regola *Taricco* successivamente individuati dalla Corte costituzionale, specie in punto determinatezza (per cui v. Cap. II, par. 4.4.). Quanto alla prevedibilità (ora intesa, appunto, in rapporto non tanto alla indeterminatezza dell'art. 325 TFUE, quanto in riferimento alla retroattività fattuale della regola *Taricco*), si potrebbe opinare circa il *tempus* in cui sia intervenuta la prescrizione rispetto alla sentenza della Corte di Giustizia, essendo incerto se di imprevedibilità possa parlarsi là dove, pur essendo le condotte interessate anteriori al 2015, la prescrizione dovesse maturare in un momento *successivo* alla sentenza della Corte di Giustizia. L'incertezza deriva, infatti, dalla circostanza che tali disposizioni non attengono, diversamente da quanto rilevato nelle ulteriori vicende prese in esame nel presente paragrafo, a un elemento costitutivo del reato, bensì agiscono su di esso *ab externo*, risultando senz'altro più dubbio se una valutazione di prevedibilità debba innestarsi, al momento della condotta, anche rispetto ad esse. In ogni caso, nella vicenda *Pennacchini* la questione non si poneva, essendosi l'estinzione del reato già compiuta al momento della decisione della Corte di Giustizia.

[98] Sulla vicenda cfr., in particolare, C. SOTIS-M. BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci "*in malam partem*"*, cit.; riferimenti sono presenti anche in E.R. BELFIORE, *Giudice nazionale e corti europee: disapplicazione illiberali e conformazioni* in malam partem, in *www.DisCrimen.it*, 1° settembre 2021, 16 ss.; A. MASSARO, *Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del "diritto penale europeo": chi è causa del suo mal pianga se stesso? Riflessioni su* Taricco *e dintorni*, in *Arch. pen.*, 2017, 3, 3 s.; C. BERNASCONI, *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo*, in *www.DisCrimen.it*, 26 marzo 2020, 18. Con riferimento alle implicazioni che il predetto caso può determinare sul principio di prevedibilità, v. C. SOTIS, *"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, § 2.

[99] Non può, peraltro, passare inosservato come la disposizione contenuta all'interno del d.p.r. renda, in concreto, quasi sempre inapplicabile il reato di pesca di novellame, posto che il riferimento della norma al totale del pescato prima della sua distribuzione in commercio impedisce in radice di riscontrare il reato *de quo* nei confronti di chi ne abbia acquistato solo una parte, non potendo quest'ultimo – all'evidenza – conoscere i dati relativi al novellame complessivamente pescato,

Sennonché tale norma – già di per sé anomala, nella misura in cui delineava un'area di non punibilità pur avendo rango sublegislativo – si poneva in evidente contrasto con il Regolamento CE 2006/51 (n3) che, a presidio delle risorse ittiche nel Mediterraneo, vietava qualsiasi margine di tolleranza nazionale, seppur con esclusivo riferimento alla specie dei tonni rossi. Si generava così il consueto conflitto triadico tra norme, che veniva risolto dalla Cassazione nel segno della *primauté* del diritto dell'Unione, con conseguente disapplicazione della soglia di tolleranza, ragion per cui il ricorrente – che sino a quel momento (ammesso che ne fosse a conoscenza, considerato il grado di dettaglio del problema e della disciplina) aveva confidato nella zona franca prevista dal d.p.r. n. 1639 del 1968 – vedeva ricadere su di sé una condanna per il reato di pesca abusiva di novellame, 'risorto' a seguito dell'intervento incidentale del diritto dell'Unione. Interessata della vicenda – e delle problematicità dalla stessa derivanti in tema di legalità – la Suprema Corte confermava la condanna del ricorrente[100]. Quanto riportato rimarca con decisione la peculiarità del caso *Trinca* – e, con esso, le prime risposte della giurisprudenza al caso *Taricco* – rispetto ai precedenti[101], e cioè la gravità – sotto il profilo dogmatico – delle conseguenze derivanti da un'applicazione 'a tutto campo' dell'istituto della disapplicazione. In *Trinca*, a ben vedere, viene confermata una condanna in relazione a una condotta *originariamente* irrilevante sul piano penale – secondo il diritto interno – e non tale solo a seguito di un'*abolitio criminis* di dubbia legittimità costituzionale (il riferimento va ai casi *Tombesi* e *Niselli*) o politica (si pensi al caso *Berlusconi*).

---

salvo il caso – nei fatti raro – in cui l'intera partita venga venduta ad un unico acquirente: sul punto, cfr. *amplius* C. SOTIS-M. BOSI, op. cit., 12 s.

[100] Come diremo a breve, nel caso di specie la Suprema Corte perviene – forse inconsciamente – ad una soluzione senz'altro lesiva dell'affidamento del singolo, eppure – in certo senso – giustificabile secondo i principii che regolano il diritto dell'Unione. E, ciò, in ragione del fatto che il caso in commento maturava dal contrasto della norma interna con una norma regolamentare, come tale *già* costituente parte del diritto interno e, dunque, suscettibile di determinare un (ammissibile) effetto *in malam partem*, a differenza di una direttiva rimasta inattuata, come avvenuto nel caso delle concessioni demaniali, per la quale dovrebbe operare la "regola *Nijmegen*". Sul punto, chiaramente, A. BERNARDI, *Sull'interpretazione conforme*, cit., 39, che, riprendendo il pensiero di Giovanni Grasso e distinguendo tra norme contenute in direttive e regolamenti, ricorda come «l'ambito applicativo di talune fattispecie penali [possa] essere ampliato da norme 'tecniche' contenute in regolamenti UE, le quali – come noto – pongono spesso vincoli più stringenti di quelli previsti dalle precedenti norme 'tecniche' nazionali cui esse subentrano».

[101] Ciò che più colpisce è che – in ognuno dei casi esaminati – la giurisprudenza tanto nazionale, quanto europea abbia avanzato argomentazioni tutt'altro che irresistibili per superare le criticità descritte e, anzi, la maggior parte delle volte abbia ignorato la problematica, limitandosi a petizioni di principio, come quella per cui la normativa comunitaria non andrebbe a introdurre nuove fattispecie incriminatrici o quella per cui i fatti sarebbero penalmente rilevanti sulla base del diritto vigente al tempo in cui furono commessi. Affermazioni poco chiare, che paiono eludere il tema, invece centrale, delle conseguenze della disapplicazione sul principio di legalità e sui relativi corollari. Evocativo, a riguardo, proprio un passaggio della sentenza che decise il caso in materia di novellame (Cass. pen., 19 gennaio 2011, cit., § 3.2): «[s]oltanto una specificazione tecnica di dettaglio è demandata, al riguardo, al regolamento sulla disciplina della pesca marittima n. 1639/1968 come modificato dai successivi decreti ministeriali, ma tali decreti non possono porsi in contrasto con il regolamento CE n. 1624/94 che ad evidenza non introduce nuove fattispecie incriminatrici rispetto a quelle già previste dalla legge penale italiana»: affermazione, come se non bastasse, destituita di ogni fondamento, posto che sembrerebbe irrazionalmente presupporre una improbabile competenza penale diretta in capo all'Unione europea.

Un chiaro aggiramento della prevedibilità nei confronti del ricorrente che però, come accennato[102], nella vicenda del novellame rende 'giustificabile' la condanna, almeno sul piano dei rapporti tra diritto interno e diritto Ue (rimane tuttavia ferma, a nostro modo di vedere, una lesione dell'affidamento in punto riconoscibilità), ove si consideri che l'effetto 'incriminatore' deriva dal contrasto del diritto interno con una norma contenuta in un regolamento Ue. Invero, la preclusione che il diritto dell'Unione conosce – così come compendiata nella 'regola *Nijmegen*' – in relazione agli effetti che lo stesso può determinare *in malam partem* a carico dei consociati dovrebbe essere circoscritta ai soli atti non *self-executing* e, segnatamente, alle direttive e alle decisioni-quadro (nella residua rilevanza che ancora oggi queste ultime conservano). Non altrettanto può dirsi per i regolamenti, in ragione del fatto che gli stessi, poiché direttamente applicabili, vanno parificati al diritto interno: *rectius*, costituiscono già diritto interno! Come conseguenza, effetti (indirettamente) *in malam partem* potrebbero ben prodursi all'esito dell'intervento di una norma regolamentare sul diritto nazionale, nella misura in cui una eventuale antinomia si connoterebbe quale conflitto tra norme esclusivamente *interne*[103].

Non tutte le vicende registrano una scarsa attenzione per le garanzie dell'imputato (lo stesso epilogo del caso *Taricco* ne costituisce, in qualche modo, conferma). Pur rimasti nel cono d'ombra di un *obiter*, meritano di essere ripresi alcuni passaggi di una decisione a Sezioni Unite nota soprattutto per il principio di diritto statuito, afferente il tema – lontano dall'oggetto della nostra indagine – della rilevanza penale della condotta di acquisto di merce con marchio contraffatto[104].

Più specificamente, si trattava di comprendere l'esatta qualificazione giuridica dell'intervenuto tentativo di ottenere un orologio di valore contraffatto tramite un sito internet cinese, posta a cavaliere tra ricettazione, incauto acquisto e l'illecito amministrativo di cui all'art. 1, co. 7 d.l. n. 35 del 2005, relativo all'acquisto di beni derivanti da una violazione delle norme in materia di proprietà industriale. In margine al quesito principale, risolto, conformemente al principio di specialità, in favore dell'illecito amministrativo, le Sezioni Unite rigettavano la richiesta della parte civile che, invocando la direttiva 2004/48 CE, sosteneva la doverosa applicazione in concreto del più grave delitto di ricettazione. Tale soluzione veniva fatta discendere dal testo della menzionata direttiva che, emanata

---

[102] Cfr. *supra*, nt. 100.

[103] Il tema, per vero, è dibattuto, potendosi in dottrina distinguere almeno tra tre diverse 'scuole di pensiero': da chi stigmatizza, a un estremo, ogni effetto *in malam partem* del diritto Ue, a chi ammette, all'estremo opposto, le oscillazioni *in malam partem* purché non sconfinanti nell'analogia, passando per quanti, in una posizione intermedia, distinguono a seconda della natura dell'atto di volta in volta preso in considerazione. Per una ricognizione esaustiva dei tre 'filoni' dottrinali, seppur con precipuo riguardo al tema della interpretazione conforme, cfr. A. BERNARDI, *Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti penali* in malam partem, cit., spec. 32 ss.

[104] Cass. pen., Sez. Un., 8 giugno 2012, n. 22225, *Micheli*, con commento di S. ZIRULIA, *Le Sezioni Unite escludono la rilevanza penale della condotta di acquisto di merce con marchio contraffatto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 11 giugno 2012.

a presidio della proprietà intellettuale, tra i considerando contemplava la irrogazione di sanzioni penali "nei casi appropriati", quali misure effettive, proporzionate e dissuasive. Altrimenti detto, tale regola (n3) – inserita solo preliminarmente, peraltro, al testo della direttiva invocata – nel riferirsi a misure a carattere penale avrebbe determinato il prevalere del delitto di ricettazione (n1) sull'illecito amministrativo (n2) che, in quanto a esso speciale, ne inibiva l'applicabilità.

La Suprema Corte, nel rigettare l'argomentazione, si rifaceva ai principii statuiti nelle sentenze *Berlusconi* e, prima, *Nijmegen* decretando l'infondatezza del ragionamento avanzato dalla parte civile, in quanto «non è possibile che dalla disapplicazione di una norma interna per effetto del contrasto con la normativa comunitaria, sulla base del principio di preminenza del diritto comunitario, possano conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato». Veniva, per effetto di tale statuizione, scongiurata una patente violazione della prevedibilità, altrimenti imposta da un inammissibile aggiramento di un principio eurounitario consolidato, in nome di una primazia 'tiranna' del diritto dell'Unione[105].

3.7. La *querelle* delle concessioni balneari, tra proroghe nazionali e sollecitazioni europee

Tra tutte le vicende, quella che porta all'estremo la tensione tra disapplicazione e prevedibilità è, tutto sommato, recente e muove dall'interrogativo – allo stato ancora irrisolto per l'ordinamento italiano – circa il regime giuridico delle concessioni balneari e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive.

La problematica di fondo – su cui si sta consumando un vero e proprio conflitto tra legislatore e amministrazione – attiene essenzialmente alle modalità di regolamentazione della gestione del demanio marittimo: a fronte delle continue sollecitazioni di ascendenza eurounitaria (tanto da parte delle istituzioni, quanto dalla stessa Corte di Giustizia), volte a imporre un regime rispettoso delle regole della concorrenza, l'Italia persiste, tutt'oggi, nel disciplinare il rilascio delle predette concessioni sulla base di un sistema di proroghe automatiche. Si tratta – come anticipato – di una vicenda ormai annosa, il cui ultimo capitolo, allo stato attuale, può leggersi nel d.l. 16 settembre 2024, n. 131 ("*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano*") che prevede –

[105] Peraltro, ci sembra che difficilmente alla disposizione invocata dalla parte civile potessero attribuirsi i caratteri di chiarezza, sufficiente precisione e incondizionatezza, essendo bastevole rammentare che la stessa prevedeva l'intervento penale quale mezzo solamente eventuale, non certo obbligatorio. Il tutto, ammettendo che la disciplina interna con cui il legislatore aveva recepito tale atto (e, segnatamente, il D.Lgs. n. 140 del 2006) non avesse adeguatamente attuato la direttiva sul versante sanzionatorio (in effetti, all'interno del decreto legislativo mancano disposizioni di carattere penale, ma ciò non muove il fatto che il legislatore avesse ritenuto di non intervenire sul punto poiché esisteva già un apparato 'punitivo' adeguato).

per l'ennesima volta – la proroga dei termini delle concessioni demaniali esistenti, ora sino al 30 settembre 2027[106].

In sintesi, allo stato attuale, l'ordinamento italiano contempla un regime di regolamentazione della gestione del litorale e del demanio pubblico dichiaratamente difforme rispetto alle prescrizioni europee (e più specificamente, come si dirà a breve, a quanto contenuto nella c.d. direttiva servizi). Tale incompatibilità ha dato luogo ad un prolungato conflitto tra diritto interno e diritto dell'Unione che lo Stato italiano – pur avendo già riportato una condanna da parte della Corte di Giustizia[107] – non sembra tuttavia voler comporre.

Orbene, dal descritto braccio di ferro tra Italia e Unione europea derivano rilevanti implicazioni *in criminalibus*, risoltesi nella imprevedibile incriminazione del titolare di una concessione balneare prorogata per la contravvenzione di cui all'art. 1161 c. nav., in quanto ritenuto sprovvisto di titolo che ne legittimasse l'occupazione del demanio marittimo[108].

---

[106] La vicenda assume effettivamente i tratti di una *never-ending story*. Prima di quest'ultimo atto normativo, il termine di scadenza era fissato a dicembre 2025, all'esito della conversione in legge del c.d. Decreto Milleproroghe (d.l. 29 dicembre 2022, n. 198). La normativa di riferimento è, attualmente, contenuta all'interno della legge 5 agosto 2022, n. 118 ("*Disposizioni sull'efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive*"). Quanto al Decreto Milleproroghe, vanno ricordati gli *ultimatum* lanciati dal Consiglio di Stato – il quale ravvisava a più riprese l'esistenza di un contrasto tra la normativa italiana e il diritto dell'Unione sul tema delle concessioni demaniali (Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, nn. 17-18 nonché, successivamente, Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2193, nella quale si osserva come la normativa nazionale sulle concessioni balneari si ponga «in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va[da], conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato» e, da ultimo, Cons. Stato, sez. VII, 20 maggio 2024, nn. 4479, 4480, 4481) – nonché dallo stesso Presidente della Repubblica, nel comunicato della Presidenza della Repubblica in cui si dava atto della promulgazione della legge di conversione del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198.

[107] Corte Giust. Ue, 14 luglio 2016, *Promoimpresa* e *Melis*, C-458/14 e C-67/15.

[108] Va però segnalato che il legislatore ha introdotto una disposizione (art. 3, co. 3, ultimo periodo, legge n. 118 del 2022), che ci pare – a tutti gli effetti – assumere i connotati di una causa di non punibilità, disponendo che sino alla data di scadenza del sistema delle proroghe attualmente vigente non potrà essere contestato il reato di cui all'art. 1161 c. nav. ai titolari delle concessioni balneari prorogate. La norma – molto simile, quanto a perentorietà, limiti temporali ed effetti, ai celebri "scudi penali Covid", introdotti in materia di responsabilità penale medica nel corso del 2021 – sembra voler costituire una soluzione *tranchant* ai non pronosticabili risvolti penali della vicenda in esame (nella quale, come si vedrà a breve, veniva contestato il predetto reato nei confronti di un titolare di concessione prorogata e disapplicata in quanto contrastante con i principii contenuti nell'art. 12 direttiva *Bolkestein*) che, tuttavia, non costituisce che un 'rammendo' operante a valle, quando la radice del problema risiede a monte, nella perdurante inconciliabilità degli atteggiamenti del legislatore e della magistratura, con il primo che persiste nel prorogare il regime delle concessioni e la seconda che sistematicamente provvede a disapplicarlo. Peraltro, merita evidenziare che l'operatività della predetta clausola dipende strettamente dalla interpretazione che di volta in volta venga data in ordine alla perdurante vigenza del regime concessorio preso in considerazione: sul punto, la Suprema Corte ha infatti recentemente chiarito che l'art. 3, co. 3, ultimo periodo, legge n. 118 del 2022 può trovare applicazione con esclusivo riferimento alle concessioni "scadute" in data successiva alla entrata in vigore della disposizione stessa: come logica conseguenza, permane un problema di disapplicazione *in malam partem* per tutte le concessioni che, malauguratamente, siano scadute anteriormente al 27 agosto 2022. Sul punto, cfr., in particolare, Cass. pen., sez. III, 10 gennaio 2023, n. 404 (in tale decisione, per vero, la scadenza della concessione era maturata, ancor prima che per le complesse interazioni con il diritto europeo, in ragione del mancato pagamento dei canoni concessori, requisito imprescindibile per il rinnovo automatico sulla base di una apposita clausola contenuta all'interno del titolo concessorio, risultando dunque condivisibile, in questo caso, la contestazione dell'art. 1161 c. nav.).

3.8. Le incursioni del diritto europeo nel sistema delle concessioni demaniali (continua)

Il caso dei Bagni Liggia costituisce l'ultimo anello del filone di pronunce su cui si è progressivamente stratificata la dottrina della disapplicazione *in malam partem*. Pur prescindendo dall'elevata complessità tecnica della materia delle concessioni balneari, ai fini di una migliore comprensione della problematica sorta con riguardo al principio di prevedibilità è necessario addentrarsi almeno parzialmente nel "groviglio normativo-giurisprudenziale"[109] che le disciplina.

In Italia, a partire dal 1993 vige formalmente[110] un sistema di concessioni balneari fondato su proroghe automatiche. La materia ha trovato regolamentazione in una normativa nazionale sin dapprincipio difficilmente conciliabile con le basilari regole di concorrenza e libertà di stabilimento di matrice comunitaria. Negli anni, il legislatore nazionale ha persistito nel riproporre il predetto regime concessorio, alimentando così un continuo scambio di battute tra diritto interno e istituzioni europee. In tale contesto – a fronte delle reiterate censure disposte nei confronti dello Stato italiano da parte dell'Unione –, le modifiche di legge non costituivano che l'intento (sino ad oggi sempre realizzato) di riproporre l'originario regime di gestione del demanio pubblico: inizialmente mediante aggiramenti normativi[111], successivamente – secondo una "sciatta"[112] prassi – con discipline apertamente incuranti delle ingiunzioni europee[113].

Frattanto, sulla materia interveniva dal versante comunitario la direttiva 2006/123/CE – meglio conosciuta come direttiva *Bolkestein* – che all'art. 12 prevede l'affidamento delle concessioni mediante procedure a evidenza pubblica, sancendo esplicitamente il divieto di rinnovi automatici[114].

---

[109] Così P. CHIARAVIGLIO, *Effetti espansivi del diritto UE sul penalmente rilevante: il caso delle concessioni marittime*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 5, 1411.

[110] In epoca anteriore al 1993, in ogni caso, il sistema descritto era già esistente, in forza del c.d. diritto di insistenza, contemplato dall'art. 37, co. 2 c. nav. (abrogato a seguito della procedura di infrazione aperta nei confronti dell'Italia nel 2008, menzionata nel presente paragrafo), in base al quale veniva «data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze». Sul punto, cfr. M. GALLI, op. cit., 16.

[111] Cfr. P. CHIARAVIGLIO, op. cit., 1412.

[112] M. GALLI, *"Cattive" prassi*, cit., *passim*.

[113] Più specificamente, la prima avvisaglia si rinveniva nella legge 88/2001 che, all'art. 10, sostituiva integralmente l'art. 01, co. 2 d.l. 400/1993, elevando a sei anni la durata delle concessioni (originariamente fissata in quattro) e – soprattutto – disponendone il rinnovo automatico per un periodo di pari durata allo scadere del predetto termine. Negli anni successivi, tale meccanismo veniva costantemente riproposto.

[114] Art. 12 Direttiva 2006/123/CE (*Selezione tra diversi candidati*): «1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.

2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.

3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

La palmare incompatibilità con la normativa italiana sarebbe sfociata, nel 2008, nella instaurazione di una procedura di infrazione[115]; quindi, nel 2015, in due rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia. I Giudici del Kirchberg, con decisione del 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, riconoscevano che il menzionato art. 12[116] «osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati»[117]. Da questo principio di diritto le autorità giurisdizionali italiane – e, su tutte, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – deducevano l'obbligo di disapplicazione della normativa interna contrastante, tanto da parte dei giudici, quanto da parte degli organi della pubblica amministrazione[118]. Tuttavia, sul piano legislativo, la sentenza della Corte di Giustizia produceva la sola conseguenza di determinare il legislatore italiano ad allontanare ancor di più – se possibile – la disciplina interna dagli *standard* europei, ribadendo la perdurante validità del regime concessorio, con legge 160/2016[119], cui avrebbero fatto seguito – come anticipato – disposizioni del medesimo tenore.

Da tale complesso mosaico scaturivano rilevanti effetti altresì in materia penale. In tempi recenti, alcune Procure[120] inserivano nel registro degli indagati i nominativi di gestori di stabilimenti balneari

---

[115] Lo Stato italiano riusciva a ottenere la chiusura della procedura soltanto previa abrogazione (con legge n. 217 del 2011) della disposizione illegittima, salvo – nel frattempo – far rientrare dall'uscio il censurato regime, autorizzandone di continuo la proroga e, nella sostanza, aggirando le prescrizioni europee. Il Governo italiano, infatti, dapprima, con d.l. 194/2009, prorogava al 31 dicembre 2012 le concessioni che sarebbero scadute entro tale data (termine poi nuovamente differito – in sede di conversione – al 31 dicembre 2015). In seguito, sopravvenivano ulteriori modifiche normative volte a postergare il *dies ad quem* delle concessioni sino al 31 dicembre 2020 e, da ultimo, al 2024.

[116] La decisione menzionata riconosceva il contrasto della normativa italiana altresì co n l'art. 49 TFUE, disposizione che, come noto, enuncia la libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro all'interno di altri Stati dell'Unione, vietando ogni possibile restrizione sul punto.

[117] Corte Giust. Ue, 14 luglio 2016, *Promoimpresa* e *Melis*, cit., § 75.

[118] Cons. Stato, Ad. Plen., 20 ottobre 2021, nn. 17-18, § 51: «1. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto: 1. Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni dem aniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione […]». L'Adunanza plenaria, peraltro, nel tentativo di mitigare gli effetti pregiudizievoli che dalla menzionata disapplicazione si sarebbero riversati in capo ai titolari delle concessioni, introduceva in via pretoria una sorta di disciplina transitoria, tale per cui le concessioni esistenti alla data della decisione sarebbero potute perdurare sino al 31 dicembre 2023 (in luogo del 31 dicembre 2033, termine previsto dalla normativa all'epoca vigente), considerata «la necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori». Per approfondimenti, cfr., in particolare, F. TONDIN, *Concessioni del demanio marittimo e buona fede del concessionario*, in *Cass. pen.*, 2022, 11, spec. 3857 ss.

[119] Art. 24, co. 3 *septies*, d.l. 24 giugno 2016, n. 113: «Nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25».

[120] Invero, la vicenda dei Bagni Liggia non costituisce l'unico caso in cui veniva ritenuto integrato il delitto di cui all'art. 1161 c. nav. a seguito della disapplicazione di una concessione balneare. Per alcuni precedenti, cfr., in particolare, Cass. pen., sez. III, 9 aprile 2013, n. 33170 nonché, più di recente, Cass. pen., Sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281, con nota di

che godevano di concessione demaniale in forza dell'articolato sistema di proroghe sopra rievocato, con l'addebito di aver integrato la contravvenzione di cui all'art. 1161 c. nav., che punisce con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a euro 516,00 chi occupi arbitrariamente uno spazio del demanio marittimo. Dando infatti seguito ai principii di diritto espressi nella citata sentenza *Promoimpresa e Melis*, le autorità giurisdizionali italiane riconoscevano il carattere *self-executing* dell'art. 12 direttiva Bolkestein, aprendo così la strada alla disapplicazione delle norme interne contrastanti con tale disposizione: ossia, in buona sostanza, dell'articolato sistema delle proroghe sopra richiamato. Ecco prodursi il conflitto triadico[121] ormai consueto ai nostri occhi: la summenzionata disapplicazione produceva come effetto ulteriore (e impreveduto per gli indagati) la riespansione della contravvenzione di cui all'art. 1161 c. nav. (n1). Sino a quel momento, infatti, detta fattispecie risultava inoperante nei confronti dei soggetti titolari di concessione poiché ne difettava l'elemento di tipicità essenziale, non potendosi – all'evidenza – contestare la occupazione arbitraria del demanio marittimo a chi di tale concessione disponga. Tutto ciò, appunto, finché quest'ultima (*recte*: la legge che la ammetteva) (n2) non veniva disapplicata in forza della descritta operazione interpretativa, che nella sostanza equiparava il titolare di concessione prorogata a chi occupi il demanio in totale mancanza di concessione, ravvisando in entrambi i casi l'integrazione del predetto reato.

3.9. (segue) perché la disapplicazione con effetti *in malam partem* non è sostenibile, ove confligga con la prevedibilità

Nel caso preso in esame, più specificamente, la contestazione addebitava all'indagato la protratta occupazione di un tratto di arenile in forza di una concessione rilasciata dall'autorità amministrativa nel 1998 e tacitamente prorogata in virtù del complesso apparato normativo richiamato in apertura. Apparato che – nella ricostruzione della Procura – in quanto contrastante con l'art. 12 direttiva *Bolkestein* doveva ritenersi disapplicato, conseguendone l'illegittimità dell'occupazione del tratto di demanio marittimo interessato[122]. Investita della questione, la Cassazione condivideva la

C. BENETAZZO, *"Primazia" del diritto U.E. e proroghe* ex lege *delle concessioni balneari*, in *www.federalismi.it*, 2018, 19.

[121] A beneficio del lettore, cerchiamo, come in precedenza, di schematizzare le dinamiche del conflitto triadico: date tre norme – n1 (norma interna incriminatrice: art. 1161 c. nav.), n2 (norma interna 'liberatoria': l'apparato normativo di proroga delle concessioni riportato nei paragrafi precedenti), n3 (norma europea alla quale vengono attribuiti effetti diretti: art. 12 direttiva *Bolkestein*) – se n2, capace di inibire l'operatività di n1, collide con n3, n3 ne determina la disapplicazione, con la conseguenza che 'rinviene' n1 e, con essa, la penale rilevanza della condotta dell'agente. Sulla tematica *amplius*, volendo, J. DELLA VALENTINA, *L'insostenibile leggerezza del principio di prevedibilità di fronte al "diritto penale europeo"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2023, 3, 76 ss.

[122] Forte di tali premesse, la Procura ligure richiedeva quindi l'emissione di un decreto di sequestro preventivo del tratto di arenile nella disponibilità dell'indagato. La richiesta subiva tuttavia un duplice rigetto: dapprima, da parte del G.I.P. di

prospettazione accusatoria[123], dedicando tuttavia alla tematica in esame solo poche battute al fine di escludere, invero del tutto apoditticamente, che nel caso di specie fossero violati i principi di legalità e tassatività[124].

Per contro, la vicenda in esame costituisce quasi un caso di scuola circa la patente violazione della prevedibilità che, in concreto, la pronuncia della Cassazione autorizza[125]. Viene, di fatto, ammessa la indebita retroazione di una fattispecie penale[126], con la particolarità che il fenomeno non è attribuibile a un intervento del legislatore, bensì risulta di matrice giurisprudenziale.

Ecco, finalmente, dimostrata fino in fondo la tensione esistente tra disapplicazione e prevedibilità, esplicativa di come gli aggiramenti di quest'ultima non sorgano soltanto sul terreno di elezione di

---

Genova, che riteneva insussistente l'elemento psicologico in relazione al reato contestato; quindi, da parte del Tribunale del riesame che – investito a seguito di appello del pubblico ministero avverso l'ordinanza del G.I.P. – escludeva il *fumus* della contravvenzione di occupazione abusiva, in quanto il ragionamento su cui fondava la richiesta della Procura si sarebbe risolto in un'inaccettabile applicazione (*rectius*: disapplicazione) *in malam partem* della disciplina vigente. La doppia conforme non scoraggiava però la Procura genovese, la quale proponeva ricorso per cassazione, articolando quali motivi l'erronea applicazione dell'art. 1161 c. nav. e, soprattutto, degli artt. 49 TFUE e 12 direttiva *Bolkestein*, rinnovando le argomentazioni poc'anzi enunciate.

[123] In seguito, la vicenda avrebbe prodotto strascichi ulteriori. In particolare, dopo l'annullamento da parte della Suprema Corte – con la decisione in commento – della ordinanza del Tribunale del Riesame, quest'ultimo, in veste di giudice del rinvio, disponeva il sequestro del tratto di arenile interessato, con decisione poi confermata dalla Cassazione. A seguito di più recenti vicende cautelari, il caso tornava ancora una volta alla Suprema Corte che, con sentenza del 13 aprile 2022, n. 15676 (in cui viene ripercorso per intero il dettagliato *iter* giurisprudenziale), rigettava il ricorso del difensore dell'indagato, confermando il vincolo cautelare, sebbene sulla scorta di motivazioni non attinenti al tema della disapplicazione *in malam partem*: sul punto, cfr. C. BURELLI, *Responsabilità penale dell'operatore balneare: ancora una pronuncia della Cassazione*, in *www.EUblog.eu* 18 maggio 2022. Nonostante tale conclusione dell'incidente cautelare, la vicenda dei bagni Liggia ha conosciuto nel merito un felice epilogo in quanto, con sentenza del 29 novembre 2023, il Tribunale di Genova ha assolto il titolare dello stabilimento "perché il fatto non costituisce reato" e, quindi, escludendo la sussistenza della colpevolezza in capo all'agente.

[124] Cass. pen., sez, III, 6 marzo 2019, n. 25993, § 8: «Né può porsi una questione di applicazione *in malam partem* della normativa comunitaria, non potendosi ipotizzare né una violazione del principio di legalità, non vertendosi in ipotesi di introduzione di una fattispecie criminosa non prevista, né di tassatività, essendo la norma penale incriminatrice completa nei suoi aspetti essenziali».

[125] Quanto, invece, alla tassatività, la formulazione della fattispecie incriminatrice interessata – l'art. 1161 c. nav. – non pare eccellere, come altresì sostenuto da P. CHIARAVIGLIO, op. cit., 1422. Appare infatti evidente che la punibilità del reato suddetto – che, lo si ricorda, punisce la illegittima occupazione del demanio – si gioca essenzialmente sulla portata dell'avverbio "arbitrariamente", il quale parrebbe introdurre una valutazione di antigiuridicità speciale. In altre parole, una condotta di occupazione del demanio si colora di disvalore soltanto qualora possa definirsi 'arbitraria'. Il punto è che si tratta di una clausola alquanto vaga, imperniata su di un avverbio che, invero, si presta a plurime interpretazioni. Il significato minimo – e, ci pare, indiscusso – che un atto 'arbitrario' assume in questo campo coincide con la condotta di chi occupi il demanio marittimo in assenza di qualsivoglia concessione. Corrispondentemente, va considerata lecita l'occupazione del litorale da parte di chi risulti titolare di una concessione, posto che tale comportamento – se davvero l'arbitrarietà può ricondursi alla categoria dell'antigiuridicità – si estrinseca nell'esercizio di un diritto. Altrettanto certe non sono però le conclusioni laddove, come nel caso concreto, l'agente occupi il demanio in forza di una concessione che, negli anni, è stata fatta oggetto di continue proroghe su autorizzazione della Pubblica amministrazione, sulla base di una disciplina a tutti gli effetti vigente, benché difficilmente compatibile con il diritto dell'Unione, e che da ultimo viene disapplicata. Si tratta – indubbiamente – di un *hard case*, ma la problematica permane, essendo almeno opinabile affermare che l'arbitrarietà possa estendersi sino a ricomprendere una condotta a tutti gli effetti legittima perché autorizzata per anni dal diritto nazionale e infine ritenuta illegittima a seguito di un arresto giurisprudenziale. In presenza di un contrasto tra norme, la condotta che aderisce a quella tra le due da ultimo ritenuta soccombente non può per ciò solo dirsi arbitraria, quantomeno con riferimento ai fatti di epoca anteriore alla decisione che ha dichiarato la soccombenza della normativa nazionale.

[126] Nello stesso senso, ci pare, F. TONDIN, *Concessioni del demanio marittimo*, cit., 3865.

contrasti e *overrulings*. Infatti, la violazione del principio matura qui non tanto nelle vesti di una oscillazione giurisprudenziale – tendenziale chiave di lettura della prevedibilità, come sinora emerso nell'economia del presente lavoro – bensì in forza del singolare meccanismo dei conflitti triadici tra disposizioni. Insomma, nel caso non si assiste a una fibrillazione del diritto dovuta alla instabilità del formante giurisprudenziale: al contrario, il significato delle disposizioni in gioco resta chiaro, ma interviene una pronuncia che arbitrariamente si discosta dai limiti fissati dalla Corte di Giustizia con riferimento agli effetti diretti del diritto dell'Unione, disapplicando una norma interna contrastante con il diritto eurounitario, nonostante ciò provochi evidenti conseguenze *in malam partem*[127]. Quindi, il singolo non può prevedere la sua condanna semplicemente perché la stessa discende da un'applicazione eccentrica dell'istituto della disapplicazione, che inibisce l'operatività della disposizione "scriminante" (in senso lato, s'intende) in cui il privato riponeva il proprio affidamento. In altre parole: quando deriva dal fenomeno della disapplicazione per contrasto tra norme nazionali e di diritto Ue, l'imprevedibilità non si identifica in un mutamento *di significato* delle disposizioni, bensì in un mutamento *dei rapporti* tra le disposizioni.

La lesione dell'affidamento[128] del consociato è evidente anche in questa seconda casistica, poiché costituisce l'esito di una operazione interpretativa irregolare, che si sostanzia in una irragionevole violazione del principio generale statuito nella sentenza *Nijmegen* e consolidatosi nella successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione, ossia la possibilità per le direttive di operare esclusivamente *in bonam partem* nel diritto penale. Insomma, davvero può ritenersi che il gestore dei Bagni Liggia, tenendo una condotta legittimata dal diritto italiano vigente, che si ostina a prevedere il regime delle proroghe anche a fronte delle condanne della Corte di Giustizia, avrebbe potuto *ragionevolmente prevedere* il carattere arbitrario della sua occupazione del demanio marittimo[129]?

---

[127] Segnalava già le criticità derivanti dall'incrocio tra prevedibilità e riespansione *in malam partem* della norma interna sfavorevole per effetto della disapplicazione della norma migliorativa G. SALCUNI, op. cit., 44 s., il quale, seppur *in nuce* e in un contesto giurisprudenziale affatto diverso rispetto a quello attuale (segnato da importanti sviluppi in merito alla graduale permeabilità del nostro ordinamento da parte del principio di prevedibilità), affermava «che tutte le volte in cui la magistratura opererà un'interpretazione analogica a sfondo europeo, l'imputato sarà comunque da assolvere perché in violazione dell'art. 2, co. 2, c.p. essendo equiparabile il mutamento giurisprudenziale all'introduzione di una nuova legge penale, oppure per difetto di colpevolezza (tesi più aderente al nostro dato positivo)».

[128] Appare irrilevante l'esistenza di alcune sentenze (peraltro, di molto successive all'inizio della consumazione del supposto reato nel caso di specie) che, in epoca antecedente, avevano legittimato la prassi della disapplicazione delle concessioni balneari: in ogni caso, si tratta di una prassi operante apertamente *contra legem* (*rectius*: 'regola *Nijmegen*') che, in quanto giuridicamente errata, riteniamo inidonea ad escludere una lesione dell'affidamento che il consociato può e deve riporre nel diritto ancora vigente a tutti gli effetti. In senso contrario v., tuttavia, P. CHIARAVIGLIO, op. cit., 1423.

[129] Diverse le conclusioni, pur muovendo da presupposti simili, cui giunge M. GALLI, op. cit., 20 s., la quale propende per regolare la condotta dei concessionari – astrattamente abusiva all'esito della citata disapplicazione – secondo il paradigma della inesigibilità – piuttosto che secondo quello di conoscibilità/prevedibilità – pur riconoscendo come tale categoria abbia, notoriamente, il "fiato corto". Riconosce, invece, l'evidente contrasto tra la vicenda in esame e il principio di prevedibilità F. TONDIN, op. cit., 3865 ss., sottolineando che – pur esistendo dei precedenti (ancorché del tutto sporadici) in materia – il caso appariva comunque 'nuovo', sulla base della cornice normativa in cui era sorto: cornice normativa

In tutta franchezza, appare difficile crederlo. Diversamente opinando, tuttavia, ci si affaccia su una matassa di dilemmi che la giurisprudenza preferisce aggirare, perché inestricabile. Se nell'*affaire* delle concessioni demaniali la Cassazione avesse voluto affrontare seriamente la questione, non avrebbe potuto negare, se non cadendo in contraddizione, gli effetti *in malam partem* della disapplicazione del d.l. n. 194/2009, essendo sotto gli occhi di tutti che – nella vicenda giunta al suo vaglio – la contestazione del reato di occupazione abusiva è legata a doppio filo alla disapplicazione della normativa che legittimava tale occupazione.

Il punto è – e il silenzio della Corte appare eloquente – che un riconoscimento della violazione del principio di prevedibilità nel caso di specie (poiché l'agente, che per anni ha confidato nella legittimità della propria condotta, risulta 'sorpreso' da una contestazione derivante da un'operazione giuridica di per sé irregolare) determinerebbe il contestuale accantonamento del principio con essa contrastante, ossia quello del primato del diritto dell'Unione. Nel caso dei Bagni Liggia, così come nelle vicende analizzate nei paragrafi che precedono, prevedibilità e primato costituiscono principii confliggenti, tali per cui seguirne uno significa rinnegare l'altro, con la conseguenza che, in giurisprudenza, si preferisce sacrificare quello la cui violazione comporta conseguenze meno vistose. Perché se il giudice chiamato a risolvere tale contrasto facesse prevalere la prevedibilità finirebbe per addentrarsi in un dedalo di questioni, rischiando di dover coinvolgere lo spinoso tema dei controlimiti. Criticità che, con ogni probabilità, difficilmente verrà sollevata laddove al decisore si offra il *commodus discessus* della disapplicazione, a meno che non intenda avventurarsi in un pericolante duplicato della vicenda *Taricco*, sulle orme del G.U.P. di Cuneo[130].

Quindi, la soluzione più immediata è proprio un'applicazione disinvolta del principio di *primauté* dell'Unione, senza la necessità di soffermarsi sulle problematiche relative al rispetto del principio di prevedibilità. E, così, la disapplicazione *in malam partem* trova piena legittimazione, a scapito di un principio – quello di prevedibilità – che viene costantemente adombrato o, tanto per restare in tema, disapplicato.

Al di là delle conclusioni cui la Suprema Corte perviene nel caso dei Bagni Liggia, ancor prima la pronuncia ci sembra poco condivisibile dal punto di vista metodologico, rinunciando *a priori* ad un bilanciamento tra principii contrastanti.

---

che *autorizzava* il comportamento invece contestato e sulla quale, pertanto, il destinatario dei precetti poteva fare affidamento!

[130] Anche una strada mediana risulterebbe, invero, di difficile percorrenza per il giudice che intendesse conciliare il primato del diritto dell'Unione – sul piano generale – con il rispetto del diritto alla prevedibilità per il singolo – sul piano concreto, considerata l'estremo *self-restraint* giurisprudenziale a fare uso dei correttivi alla imprevedibilità analizzati nel Cap. II, che pur dovessero autorizzare, a un tempo, arresti giurisprudenziali *in malam partem* e l'assoluzione dell'imputato direttamente coinvolto nel *revirement* (*prospective overruling*, su tutti).

Potrebbe obiettarsi che tale decisione costituisca un caso isolato tra tante corrette applicazioni delle regole generali in materia di effetti diretti sul campo del diritto penale. I precedenti sopra ricordati ci insegnano, però, che non è così. Le principali ricadute che sentenze come quella sulle concessioni demaniali comportano sono infatti quelle che si riversano in capo al singolo, piuttosto che sul sistema complessivo, perennemente conteso tra concezioni autarchiche di sovranità e il mantra della europeizzazione del diritto penale. In fondo, infatti, l'unico a risentire concretamente dei risvolti di una gestione incoerente – quando non scorretta – dei rapporti tra primato dell'Unione, effetti diretti e legalità è l'individuo coinvolto nel procedimento penale da cui tali intrecci si sviluppano. Con l'esito ancor più paradossale per cui – proprio nella materia in cui gli effetti diretti sarebbero stati concepiti per dar voce ai diritti dell'individuo nei confronti dello Stato membro inadempiente – gli stessi si tramutano in "effetti verticali all'inverso"[131], penalizzando il privato come capro espiatorio di un difetto di coordinamento normativo addebitabile in via esclusiva allo Stato[132]. La cornice descritta mostra quindi – senza veli – quanto cedevoli possano apparire le garanzie del singolo quando venga interessato il diritto dell'Unione europea[133], anche qualora costituiscano espressione di una regola generale e – almeno in teoria – consolidata come il divieto di aggravare o determinare la responsabilità dell'individuo attraverso un atto dell'Unione. E, così, la prevedibilità sembra cedere terreno anche nell'ambito dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, oltre che nell'originario contesto dei contrasti e mutamenti interpretativi, rimanendo essa stessa disapplicata, con al più un "vestito di carta"[134].

4. Il paradigma 'amministrativo': la disapplicazione dell'atto elemento della fattispecie penale

Occorre muovere, a questo punto, verso una diversa forma di disapplicazione. Appare scontato rilevare che l'amministrazione pubblica – come qualsiasi altro settore della vita umana – viene a

---

[131] Cfr. F. ROSSI, *L'obbligo di disapplicazione* in malam partem *della normativa penale interna tra integrazione europea e controlimiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1, 394.
[132] In termini analoghi, F. TONDIN, op. cit., 3867.
[133] Analogamente, v. G. FLORA, *Il "diritto penale europeo" nella prospettiva della Corte di Giustizia*, in *Studi Senesi*, CXXIX, 2017, 48, il quale sottolinea il carattere antitetico delle norme di diritto Ue rispetto alle logiche ispiratrici del diritto penale liberal-democratico di matrice costituzionale, puntando alla completezza e alla effettività della tutela come "idoli cui tutto può essere sacrificato". Negli stessi termini, v. altresì C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., 3 e ID., *Il poker*, cit., 37, laddove considera come gli effetti diretti – in fondo – costituiscano l'emblema di una politica che trascende lo specifico oggetto interessato, inscrivendosi nel più generale disegno di integrazione europea e assumendo, semmai, i tratti di "effetti riflessi dal punto di vista culturale". Ancora, sulle logiche "plutocratiche" sottese al diritto Ue, O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 1 ss., V. VALENTINI, Marktradikalismus *addio? Diritto penale e (in)sicurezze dei consumatori di cibo dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2012, 1-2, 323 ss.
[134] Così P. MAGGIO, *La prevedibilità 'col vestito di carta': le Sezioni unite escludono la portata generale della sentenza Contrada contro Italia n. 3*, in *Cass. pen.*, 2020, 6, 2259 ss.

essere regolata, quantomeno nelle sue linee essenziali, da disposizioni di rango legislativo e che la cognizione delle irregolarità che sorgano in seno alla stessa – almeno in parte – venga demandata alla figura di un giudice. Alla naturalezza di una tale organizzazione fa fronte, tuttavia, una sequela di frizioni talora irrisolvibili: nella misura in cui legislatore e giudice disciplinano, giudicano o, più genericamente, si interessano alla funzione amministrativa si assiste, *bon gré mal gré*, a un annacquamento dei confini tra poteri dello Stato. Un annacquamento che, sovente, rischia di sfociare in uno sconfinamento arbitrario, oltre che 'disinformato', essendo dimostrato il malgoverno della discrezionalità amministrativa allorquando legislatore e giudice, limitandosi a conoscere *ab externo* una funzione, autoreferenzialmente procedono a una ri-calibrazione degli interessi in gioco.

Con riguardo alla figura del giudice penale[135], la tendenza alla sostituzione ha assunto dimensioni macroscopiche nei settori urbanistico e ambientale, nei quali la giurisprudenza ha dato prova di una «costante ricerca di "aggiustamenti" suscettibili *ex post* di condivisione sociale»[136] sull'onda di un bene giuridico di volta in volta plasmato a seconda delle contingenze, abilmente disfacendosi dei grevi panni della disapplicazione *in malam partem* dell'atto amministrativo per assumere quelli del sindacato di legittimità dello stesso.

4.1. Il fondamento della disapplicazione dell'atto amministrativo nell'art. 5 Allegato E

Il discusso potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale[137] affonda le sue radici nell'epoca dell'unificazione amministrativa del Regno d'Italia. Volendo sintetizzare ai minimi termini, la motivazione storica nel cui segno tale istituto vedeva la luce è da rinvenirsi nel c.d. riparto di giurisdizione[138], in virtù del quale – secondo una regola ereditata dall'*Ancien Regime*[139] e

---

[135] Con riferimento alla posizione del legislatore, emblematiche di una tale interferenza appaiono le leggi-provvedimento e il celebre scudo penale introdotti nella vicenda *Ilva*, la quale non a caso ha visto il reiterato coinvolgimento, sul punto, della stessa Corte costituzionale.

[136] Così A. GARGANI, *L'incertezza del diritto tra delitti e contravvenzioni ambientali: criticità e prospettive*, in F. CENTONZE-S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, 2021, 110, nel rilevare la "coabitazione forzata" tra pubblica amministrazione e giurisdizione penale.

[137] Oltre ai rimandi bibliografici successivamente citati nel testo, v., nella dottrina penalistica, R. BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980; G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979; M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980; nella dottrina amministrativistica, A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904.

[138] È bene sottolineare come il concetto di 'separazione di autorità', da cui quello di riparto di giurisdizione, si distingua dalla 'separazione dei poteri', limitandosi il primo a sottrarre una parte di giurisdizione – quella afferente agli affari amministrativi – al giudice ordinario per riservarla alla autorità amministrativa stessa: sicché, come efficacemente rilevato, «[t]ale principio di separazione di autorità pare rappresentare, in verità, una forma di confusione dei poteri, e non certo di separazione […] In buona sostanza, è possibile affermare che la separazione dei poteri e la separazione di autorità siano tra loro opposte ed antagoniste». Sul punto, v. C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, 23.

[139] Più specificamente, fu l'editto di Saint-Germain-en-Laye del 1641, sotto il regno di Luigi XIII, a istituire il regime della separazione tra autorità amministrativa e giudiziaria, al fine di attenuare le crescenti tensioni tra Parlamenti – vieppiù

introdotta in Italia sotto la dominazione napoleonica – il contenzioso amministrativo era devoluto e riservato alla corrispondente autorità.

Come noto, lo statuto speciale delle controversie riguardanti l'amministrazione sarebbe venuto meno per effetto dell'Allegato E alla legge 20 marzo 1865, n. 2248 – oggi ancora in vigore – che, ricalcando il modello contenuto nella Costituzione belga, dichiarava aboliti i tribunali speciali investiti di tale contenzioso (art. 1), aprendosi al sistema della c.d. giurisdizione unica. In una prospettiva di contemperamento[140], il potere di disapplicazione così riconosciuto in capo al giudice ordinario avrebbe dovuto finalmente garantire una migliore parità delle armi in sede processuale tra cittadino e amministrazione pubblica, quest'ultima non potendo più beneficiare di un giudice 'intraneo'; al contempo, la disapplicazione non si sarebbe risolta in una ingerenza troppo invasiva nel merito amministrativo da parte del giudice, il quale si sarebbe dovuto pur sempre arrestare sulla soglia del controllo *ab externo*.

Vero è che la chiarezza di detto modello non avrebbe trovato altrettanto chiara traduzione all'interno di un testo normativo: le disposizioni contenute nell'Allegato E, da cui si sarebbero dovuti ricavare vigenza e limiti di un tale potere di disapplicazione, hanno ricevuto nel corso degli anni una lettura tutt'altro che univoca, non mancando di sollevare profonde spaccature tra i commentatori. L'opzione più accreditata, nondimeno, è quella secondo cui la regola generale viene fissata dall'art. 5, ai sensi del quale "[i]n questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi": il che sta a significare, più chiaramente, che il giudice ordinario non applica – appunto: *disapplica* – l'atto amministrativo ove risulti in conflitto con una legge. Si tratta di comprendere quali siano i casi – menzionati dall'art. 5 – che investono di una tale prerogativa il giudice ordinario.

Da un lato, la locuzione "in questo caso" si riferisce alla ipotesi prevista dall'articolo precedente (art. 4), riferito alla ipotesi in cui la contestazione attenga a un diritto soggettivo leso da un atto dell'autorità amministrativa[141], ragion per cui si è affermato che art. 4 e art. 5 costituiscano

politicizzati – e Consiglio di Stato del Re. Viene, pertanto, sancito il riparto di giurisdizione «afin qu'une chose qui est ètablie pour le bien des peuples ne produise pas des effects contraires,come il arriveroit si le officiers au lieu de se contenter de cette puissance qui les rend juges de la vie del'homme et des fortunes de nos sujets, vouloient entreprende sur le gouvernement de l'Etat, qui n'appartient qu'au Prince». *Amplius*, sulla evoluzione storica del riparto di giurisdizione nel sistema francese, M. GAMBARDELLA, op. cit., 7-51.

[140] Ampiamente, G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996, 26 ss., il quale descrive le contrastanti esigenze di impedire ai giudici di sostituirsi alle determinazioni della amministrazione e di assicurare che le cause in cui la amministrazione sia parte vengano conosciute da giudice *super partes*.

[141] Art. 4: "Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso".

espressione di un combinato disposto[142], nucleo forte del quale è espresso da quest'ultima disposizione, mentre l'ambito applicativo viene (in parte) specificato dalla prima.

Da un altro lato, maggiori sono le criticità ricollegate alla contigua espressione "in ogni altro caso". La stessa va letta alla luce dell'art. 2 del medesimo Allegato, in base al quale "[s]ono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa". È proprio su tale disposizione che si misura il potere di disapplicazione da parte del giudice penale.

Sul punto, sono state avanzate diverse tesi, che fondano su distinte letture interpretative delle disposizioni riportate.

La posizione che ha senz'altro goduto di più ampia condivisione è quella che riconosce all'autorità giurisdizionale in materia penale un potere generalizzato di disapplicazione: non solo ove la questione al vaglio attenga alla violazione di un diritto soggettivo (art. 4) bensì, più in generale, "in ogni altro caso" (art. 2) ossia, in altri termini, anche là dove non sussista una violazione di un diritto ma, più semplicemente, *venga interessato* un diritto, sia esso afferente alla materia civile o penale, purché con il godimento dello stesso interferisca la pubblica amministrazione[143]. Viceversa, si è altresì sostenuto – alla luce di una lettura storica delle disposizioni coinvolte[144] – che l'ambito della disapplicazione sia circoscritto esclusivamente alla materia civile: in tale prospettiva, la devoluzione espressa della materia contravvenzionale al giudice ordinario (art. 2) non potrebbe essere letta separatamente dalla sua disciplina anteriore al 1865. Va rammentato, infatti, che il magistero penale *ante* legge n. 2248 del 1865 apparteneva già alla giurisdizione del giudice ordinario (limitatamente ai delitti), *eccezion fatta*, appunto, per le contravvenzioni: insomma, «[s]e in materia di diritti soggettivi, in qualunque modo interessati da atti amministrativi, l'art. 2 *fonda* la competenza della giurisdizione ordinaria (civile), diversamente con riguardo alla materia penale la norma *presuppone* la sussistenza e i poteri

---

[142] M.S. GIANNINI-A. PIRAS, voce *Giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 229 ss.; E. CANNADA-BARTOLI, voce *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 508 ss.

[143] In questo senso M. GAMBARDELLA, op. cit., 78 s.; L. VERRIENTI, voce *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1991, 478.

[144] Ma non sono mancate, in tempi più risalenti, opinioni volte radicalmente a escludere l'applicabilità di tale paradigma in capo al giudice penale (sebbene, sovente, allo scopo – parimenti deleterio per il singolo imputato – di argomentare per altra via la legittimità del sindacato dell'atto amministrativo da parte del giudice penale) in base al rilievo per cui questi, diversamente da quanto avviene nel rito civile, si limiterebbe a una pronuncia di carattere dichiarativo, e mai costitutivo, emanata in via incidentale con il solo scopo di accertare l'esistenza del reato. In tal senso v. R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 35; R. PANNAIN, *Osservazioni circa il sindacato del giudice penale sulla legalità di un atto amministrativo*, in *Arch. pen.*, 1964, 2, 510 s.

della giurisdizione penale»[145]. Come vedremo, almeno in parte concorde con tale tesi è la posizione assunta sul punto dalle 'prime' Sezioni Unite[146] le quali, seguendo una linea di apprezzabile garantismo, avrebbero limitato il potere di disapplicazione del giudice penale ai soli casi in cui lo stesso producesse effetti *in bonam partem*: ossia, nei soli casi in cui l'atto amministrativo determinasse la lesione di un diritto soggettivo.

4.2. Prima questione preliminare: dove rinvenire, oggi, il fondamento della disapplicazione dell'atto amministrativo?

A prescindere dalla ampiezza che si intenda riconoscere a tale potere, la disapplicazione[147] – da sempre contesa tra diritto sostanziale e processuale – si estrinseca in un ostacolo alla esplicazione degli effetti da parte di un atto amministrativo ritenuto non conforme alla legge: «[n]on si tratta, perciò, di una vicenda che riguarda l'atto in sé, bensì i suoi soli effetti, stabilendone in qualche modo un'improduttività degli stessi, in relazione al caso dedotto in giudizio»[148]. Purtuttavia, anche da una tendenziale uniformità nelle definizioni che si rinvengono in seno alla dottrina, tutt'altro che unitaria appare la *ratio* che a tale istituto viene attribuita. Elemento che, come evidente, risulta cruciale ai fini di saggiare se e in che misura la disapplicazione dell'atto amministrativo – e le tutele che in relazione alla medesima possono apprestarsi – sia accostabile alla disapplicazione dell'orientamento giurisprudenziale, ipotesi la cui fondatezza ci siamo proposti di indagare.

Sul punto, si è anzitutto diffusa la tesi secondo cui la disapplicazione costituirebbe un criterio di risoluzione delle antinomie normative[149], accanto all'annullamento e alla abrogazione, espressivo del

---

[145] G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido*, cit., 32 s.: «La differenza non pare di poco conto, al punto che lo stesso riferimento nella legge in esame alle contravvenzioni ci sembra dettato da ragioni di mera chiarificazione e persino superfluo o, quanto meno, fuori luogo: superfluo perché se la scelta della giurisdizione unica sui diritti soggettivi è frutto di precise opzioni, la abolizione del contenzioso amministrativo non può che portare i reati contravvenzionali - senza che necessiti alcuna previsione esplicita - a ricongiungersi con i delitti soggetti alla giurisdizione penale; fuori luogo, comunque, perché l'abbinamento nell'art. 2 delle contravvenzioni alle materie in cui si faccia questione di diritti soggettivi comunque vi possa essere interessata la P. A. sembra essere semplicemente occasionato dalla abolizione dei giudici del contenzioso amministrativo prima competenti in materia e senza alcun valore sistematico. La irrilevanza sistematica di tale previsione è confermata, in particolare, dal seguente art. 3, che riferendosi agli affari non compresi nell'art. 2 in questione, con tutta evidenza non tiene in alcun conto di quelli penali, né alcuno sostiene il contrario, altrimenti si dovrebbe dire che non essendo prevista all'art. 2 la competenza dei giudici ordinari in materia di delitti, questi rientrino tra quelle materie (gli affari non compresi) di cui al successivo art. 3 rimaste in balia della amministrazione e prive di ogni garanzia giurisdizionale».

[146] Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 1987, n. 3, *Giordano*, con note di A. ALBAMONTE, *Rilevanza penale dell'illegittimità della concessione edilizia alla luce della l. 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Cass. pen.*, 1987, 2095 ss. e di L. VIGNALE, *Concessione illegittima e contravvenzioni urbanistiche: un cerchio sempre più difficile da quadrare*, *ivi*, 1711 ss.

[147] *Ex multis*, F. CINTIOLI, voce *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. – Annali III*, 2009, 269 ss.; M. GAMBARDELLA, voce *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 2004, 3 ss.; R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980.

[148] Chiaramente, C. SILVA, op. cit., 32.

[149] In dottrina, L. CARLASSARE, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 634; L. MIGLIORINI, *Disapplicazione e inapplicabilità*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*,

principio gerarchico, cristallizzato nel brocardo *lex superior derogat legi inferiori*. Questo, sulla base della constatazione per cui la legge si pone, all'evidenza, in una posizione più elevata sulla piramide delle fonti del diritto rispetto all'atto amministrativo che, ove sia ritenuto collidere con la stessa, va considerato *tamquam non esset*. Detta soluzione troverebbe conforto in diversi indici normativi.

In primo luogo, lo stesso art. 5 Allegato E, inteso alla stregua di disposizione analoga all'art. 15 Preleggi, distinto quanto ad ambito di competenza: attinente, in relazione a quest'ultima disposizione, ai rapporti tra leggi (regolati dall'abrogazione); in relazione alla prima, ai rapporti tra leggi e regolamenti. A ben vedere, l'attribuzione di un tale ruolo all'art. 5 Allegato E rappresenta una soluzione obbligata, nella misura in cui le relazioni tra regolamenti e legge sono soltanto contemplate, non risolte, all'interno delle Preleggi, il cui art. 4 si limita a sancire l'obbligo di non contrarietà dei primi alla seconda. Per quanto suggestiva, detta ricostruzione si è scontrata con obiezioni – invero difficilmente superabili – che hanno contestato lo stesso presupposto su cui essa fonda, vale a dire la considerazione dell'atto amministrativo quale fonte del diritto, specie là dove lo stesso assuma la forma del provvedimento (individuale e concreto)[150].

Prescindendo in questa sede dalla dettagliata argomentazione che mira a confutare le perplessità così sollevate[151], va detto che più lineare ci pare la soluzione – per vero non del tutto abbandonata neppure dai sostenitori della tesi suesposta[152] – che rinviene il potere di disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice direttamente nell'art. 101, co. 1 Cost. Più chiaramente, dalla soggezione del giudice *soltanto* alla legge deriverebbe necessariamente che ogni atto che con la stessa collida, sia esso un'autentica fonte normativa o una entità giuridica con effetti individuali e concreti, vada dal giudice accantonato, *rectius* disapplicato[153]. In una prospettiva di stretta legalità[154], il lemma "legge" contenuto all'interno dell'art. 101, co. 1 Cost. non sarebbe cioè esteso al diritto oggettivo, alla stregua di qualsiasi fonte produttiva di regole giuridiche, bensì sarebbe circoscritto alla sola legge

---

Torino, 1998, 236 ss.; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 663 ss.; A. PIZZORUSSO, voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 419.

[150] Cfr., per esempio, A. TRIPODI, *La disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale. Profili costituzionali*, in *Foro Amm. – CDS*, 2010, spec. 2021 ss.

[151] Per la quale si rimanda, per tutti, a M. GAMBARDELLA, op. cit., 90-96.

[152] *Ibidem*, 96 ss.

[153] Su tale teoria cfr. R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995; S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 685 ss. Riteniamo doveroso puntualizzare come l'adesione a tali posizioni non si ponga in contrasto con quanto sostenuto nel corso della presente ricerca, secondo cui la legge come prodotto normativo costituisce solo uno dei formanti di creazione di nuovo diritto, ad esso sommandosi – sino ad assumere un ruolo preminente – l'elaborazione giurisprudenziale (realtà esplicatesi, sul piano pratico, nella esperienza della Corte di Strasburgo e indagate, sul piano teorico, dal pensiero della ermeneutica giuridica tedesca, al quale abbiamo dedicato alcuni paragrafi). La equazione legge=legge formale viene validata soltanto con riferimento all'art. 101, co. 1 Cost., posto che una concezione ampia di legge, all'interno di tale disposizione, risulterebbe distonica ad una valutazione di carattere storico, oltre che sistematico. Sulla nozione di legge, si rimanda alle considerazioni di cui alla nt. 1 del Cap. I.

[154] R. GUASTINI, op. cit., 120.

formale[155], saldandosi dinamicamente con il comma 2 della medesima disposizione. Venendosi a consacrare la formale soggezione della giurisdizione alla legge come espressione di sovranità popolare, il giudice, da buon applicatore e guardiano della legge, sarebbe per l'effetto tenuto a disapplicare ogni atto che con essa si ponga in antitesi. Per tale via, l'art. 5 Allegato E conserverebbe piena legittimità anche all'interno della cornice costituzionale, garantendo efficace applicazione al principio di legalità della giurisdizione, assicurato a propria volta – nella specifica prospettiva dei rapporti con l'amministrazione – dalla lettura congiunta degli artt. 101 e 113 Cost.[156]

4.3. Seconda questione preliminare: sin dove si estende il potere di disapplicazione del giudice penale? (continua)

Ove si ammetta che la disapplicazione dell'atto amministrativo costituisca un potere nella disponibilità del giudice penale[157] occorre verificare entro quali limiti esso operi, in considerazione delle modalità estremamente eterogenee con cui l'atto amministrativo può interagire con la fattispecie penale. È proprio su tale materia che parte della dottrina[158] ha elaborato la distinzione tra disapplicazione e sindacato dell'elemento normativo da parte del giudice penale, attribuendo ai due concetti distinte sfere di incidenza[159].

---

[155] In senso opposto, F. MODUGNO, voce *Legge in generale*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 884.

[156] In tal senso, più di recente, C. SILVA, op. cit., 36-38.

[157] Si è visto come, nella dottrina penalistica, si siano altresì affermate tesi che negano recisamente tale prerogativa all'interno del processo penale (*supra*, par. 4.1). Vero questo, è del pari vero – e non revocabile in dubbio – che la giurisprudenza penale si sia attribuita la titolarità di una tale operazione benché, ad oggi, si sia ormai consolidata la lettura incline a intravedere nella cognizione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale un sindacato di legittimità, invece che una forma di disapplicazione (v. *infra*, par. 6.2.4.).

[158] Interessante, sul punto, l'analisi di C. SILVA, op. cit., 69 ss., la quale intravede nelle posizioni espresse dalla dottrina tre scansioni temporali fondamentali. A una prima fase, in cui sarebbe risultato dominante il paradigma descrittivo della disapplicazione – si vedano, in proposito, le tesi di E. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 205 ss. e F. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 337 ss. – avrebbe fatto seguito una fase intermedia, in cui il paradigma del sindacato rivendicava una propria autonomia, portata avanti anzitutto da G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit.; R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale*, cit., 28 ss.; T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969. Da ultimo, la trattazione del tema del sindacato avrebbe assunto un aspetto maggiormente 'consolidato', venendo affrontato globalmente e non con riguardo alle occasionali emersioni dello stesso all'interno delle singole fattispecie penali: in dottrina, v. G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1992; M. PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo (Aspetti penali)*, *ivi*, 1987; T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 76 ss.

[159] A breve vedremo (par. 6.2.4.) come per la giurisprudenza ancor oggi maggioritaria, invece, il rapporto tra disapplicazione e sindacato di legittimità dell'atto sembri identificarsi nella sovrapposizione, nel senso che, come statuito a partire dagli anni Novanta – con il consolidamento avvenuto ad opera delle Sezioni Unite *Borgia* –, la disapplicazione costituirebbe una modalità descrittiva erronea dell'approccio del giudice nei confronti della fattispecie limitandosi il decisore, per converso, a conoscere della conformità del caso concreto rispetto alla fattispecie astratta. Insomma, secondo questa posizione, la disapplicazione costituirebbe un istituto vuoto, privo di autonomia concettuale con riferimento all'atto amministrativo che interferisca con la fattispecie penale.

In tale prospettiva, la ricostruzione senz'altro più accreditata muove dalla partizione fondamentale tra atti amministrativi che rilevano all'interno della fattispecie penale e atti amministrativi che la attingono solamente *ab externo*. Secondo i sostenitori di detta teoria, definita 'sostanzialista'[160], la disapplicazione potrebbe autenticamente operare avuto esclusivo riguardo alla seconda categoria, nell'ambito della quale vanno annoverati, a titolo esemplificativo, le condizioni di procedibilità quali la richiesta o l'autorizzazione a procedere, i provvedimenti di ammissione all'oblazione o di concessione della grazia. Appare evidente, alla luce delle ipotesi ora ricordate, che l'ammissibilità della disapplicazione – seguendo tale tesi – non dipende dagli effetti (*in bonam* o *in malam partem*) che ne possano discendere, bensì dalla distinta circostanza che le stesse *non* costituiscano parte integrante di una fattispecie penale: ne possono condizionare la 'rilevanza' in concreto, in punto procedibilità o estinzione, ma appunto interessando *ex post* una ipotesi di reato già completa in ogni suo elemento costitutivo.

Discorso opposto – continuando a seguire predetta impostazione – varrebbe per gli elementi interni alla fattispecie. Con riferimento agli stessi, nondimeno, viene in rilievo una ulteriore partizione. Anzitutto, *ictu oculi* si appaleserebbe l'incompatibilità della regola prevista dall'art. 5 Allegato E con riferimento ai c.d. atti-reato[161], non foss'altro perché, ove si ammettesse in relazione a questi la disapplicazione del provvedimento amministrativo posto in essere dall'autore del reato, ove ritenuto illegittimo, si produrrebbe l'effetto paradossale di cancellare un elemento (quello fondamentale) della fattispecie, determinando un'assoluzione 'schizofrenica'[162]. A tale ipotesi si affiancherebbero, quindi, i casi in cui l'atto amministrativo costituisca l'oggetto materiale di una condotta di falso in atto pubblico; in cui lo stesso agisca in funzione di scriminante (si pensi all'ordine dell'autorità di cui all'art. 51 c.p. o all'atto arbitrario del pubblico ufficiale di cui all'art. 393 *bis* c.p., la cui illegittimità

---

[160] La tesi risale a M. PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo*, cit.; ID., *Attività amministrativa e controllo penale*, in *Legalità e giustizia*, 4, 1984, 716 ss.; in senso adesivo v. anche A. TRIPODI, *La disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, cit., 2030 ss.; muove dalla diversa distinzione tra fattispecie in cui l'atto amministrativo diviene elemento costitutivo anche nella sua qualificazione in termini di legittimità/illegittimità o meno P. TANDA, *Il potere di disapplicazione del giudice penale: in particolare l'ipotesi di concessione edilizia illegittima*, in *Riv. giur. ed.*, 1990, II, 17 ss.

[161] Vengono avanzati quali esempi il peculato per distrazione e l'abuso d'ufficio, per l'evidente ragione che gli stessi possono pervenire a consumazione a seguito della sola emissione sul piano materiale di un provvedimento amministrativo da parte del pubblico ufficiale. Interessante, sul punto, rilevare come le due figure – che proprio per il fatto di porsi al costante confine con la discrezionalità amministrativa hanno conosciuto vicende travagliate – rivestano assoluta attualità anche a più di trent'anni di distanza dalla pubblicazione delle tesi suesposte, specie a seguito delle discusse reintroduzione del primo e abrogazione del secondo, avvenute con d.l. n. 92/2024. In tema, *ex multis*, M. GAMBARDELLA, *Peculato, abuso d'ufficio e nuovo delitto di "indebita destinazione di denaro o cose mobili" (art. 314*-bis *c.p.). I riflessi intertemporali del decreto-legge n. 92/2024*, in *www.sistemapenale.it*, 17 luglio 2024; L. STORTONI-G.S. CALIFANO, Ex falso sequitur quodlibet*: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *www.DisCrimen.it*, 8 giugno 2023. Nel più ampio raggio di un lavoro monografico, v. invece L. CARRARO, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio. La tutela penale dall'arbitrio pubblico dopo la c.d. Riforma Nordio*, Pisa, 2025.

[162] M. PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo*, cit., 96.

produce, nelle due ipotesi, effetti opposti); in cui esso determini la esistenza di una aggravante nonché – ipotesi su cui ci soffermeremo nelle prossime pagine e statisticamente più frequente – i casi in cui l'atto rappresenti il presupposto positivo o negativo di una condotta. Stando alla dottrina sostanzialistica – si diceva –, nessuna di tali ipotesi si presterebbe alla disapplicazione, venendo semmai in rilievo la diversa figura giuridica del controllo di legittimità *incidenter tantum* da parte del giudice. Il decisore, in altre parole, conoscerebbe di tali atti la legittimità o meno nella sola prospettiva di verificarne la idoneità a costituire una fattispecie di reato, vagliando, a tale scopo, «solo quanto – ma tutto quanto – della legalità amministrativa, il legislatore abbia, nella descrizione delle varie fattispecie penali, indicato, esplicitamente o implicitamente […] come rilevante (art. 2 c.p.p.)»[163]. Insomma, sarebbe il *ruolo* dell'atto amministrativo quale elemento normativo della fattispecie a impedire l'operare della disapplicazione in favore, per contro, del diverso sindacato di legittimità[164]. Nonostante la linearità – tali argomentazioni, non a caso, hanno segnato la via poi percorsa dalla giurisprudenza di legittimità nella elaborazione della teoria dell'accertamento di conformità della fattispecie astratta al fatto concreto –, vedremo come il ragionamento suesposto presti almeno in parte il fianco a un'obiezione di capziosità. L'esperienza giurisprudenziale avrebbe, infatti, insegnato che l'accantonamento del paradigma della disapplicazione per quello del sindacato di legittimità sovente si risolve in un mero cambio di etichetta, là dove, nella sostanza, l'effetto conseguito è il medesimo.

4.4. (segue) è ammessa la disapplicazione *in malam partem* in materia penale? La transizione verso il paradigma del sindacato dell'atto amministrativo nella giurisprudenza di legittimità

L'originaria ambiguità sottesa alle disposizioni dell'Allegato E – tra le finalità del quale rientrava, purtuttavia, la miglior tutela del singolo, la cui vicenda sarebbe stata affidata a un soggetto terzo e non a un'amministrazione costituente al contempo controparte processuale – produceva effetti deleteri sul piano della legalità e della colpevolezza, come emblematicamente dimostrato dallo specifico contesto del diritto penale dell'edilizia.

La disciplina in materia – rimasta pressoché inalterata nel passaggio dalla legge n. 47 del 1985 al d.p.r. n. 380 del 2001[165] e condensata, essenzialmente, nelle tre fattispecie di costruzione in

[163] M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 16 s.
[164] In senso contrario v. però M. GAMBARDELLA, op. cit., 176 ss.
[165] E.M. AMBROSETTI, *Il t.u. sull'edilizia: profili di diritto penale*, in *Riv. amm. reg. Veneto*, 82 ss.

difformità[166], costruzione in assenza di permesso di costruire[167] (già concessione edilizia), lottizzazione abusiva[168] – registra un'importante sovrapposizione tra elementi di diritto penale e di diritto amministrativo. In particolare, viene in rilievo la classe di reati, sopra descritta, in cui l'atto amministrativo illegittimo costituisce presupposto positivo ai fini della integrazione della fattispecie incriminatrice.

In tale contesto, la eventuale disapplicazione del provvedimento amministrativo avente detta funzione determina evidenti conseguenze *in malam partem* a carico del consociato. Nella materia urbanistica, simile rischio si è concretizzato in virtù dell'apparentemente innocua equazione tralatizia che parifica il permesso di costruire illegittimo al permesso mancante[169], circostanza, quest'ultima, essenziale ai fini della integrazione della contravvenzione di cui all'odierno art. 44, lett. b), d.p.r. n. 380 del 2001. Più nel dettaglio, secondo ormai risalente giurisprudenza, ove il permesso di costruire in forza del quale un soggetto sta edificando sia ritenuto illegittimo, va considerato *tamquam non esset*, da ciò derivandone la consumazione – per quanto *ex post facto*[170], poiché frutto di una valutazione postuma della autorità giudiziaria – della citata fattispecie contravvenzionale.

I reati edilizi, negli ultimi quarant'anni, hanno in effetti costituito un terreno privilegiato della disapplicazione, per la ragione – estremamente pratica – già perseguita in sede pretorile di non lasciare impunite condotte facenti capo a un abusivismo e a una corruttela dilaganti. Notoriamente il rilascio di concessioni edilizie costituisce un sottobosco della 'piccola' corruzione, avente a oggetto un *pactum sceleris* contraccambiato dalla dazione di denaro o altra utilità: evenienza, questa, che sicuramente accede allo schema giuridico degli artt. 318 ss. c.p. – anche in forza della clausola di sussidiarietà espressa contenuta nei reati edilizi – ma la cui dimostrazione in sede processuale risultava e risulta tutt'altro che agevole[171]. A ciò si sommi che una costruzione eseguita in forza di un permesso illegittimo darebbe luogo alla ipotesi di cui alla lett. a) del citato art. 44, troppo facilmente oblazionabile *ex* art. 162 c.p. e, per l'effetto, tutt'altro che idonea a fungere da controspinta alla

---

[166] Art. 44, lett. a): "Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica: a) l'ammenda fino a 10329 euro per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire".

[167] Art. 44, lett. b): "l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 5164 a 51645 euro nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione".

[168] Art. 44, lett. c): "c) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 15493 a 51645 euro nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo comma dell'articolo 30. La stessa pena si applica anche nel caso di interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso".

[169] Si noti, sul punto, la evidente analogia di procedimento tra questa equiparazione e quella che portava, per tramite della disapplicazione 'europea', alla contestazione del reato di cui all'art. 1161 c. nav. nella vicenda dei Bagni Liggia.

[170] Sulle garanzie costituzionali violate da tale indebita equiparazione v. *infra*, par. 6.2.5.

[171] M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 115; M. MILONE, *Il mancato intervento delle sezioni unite penali della cassazione sul grave problema, ancora aperto, della sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario*, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, 985;

perpetrazione di tali condotte, diversamente dalla contigua ipotesi di cui alla lett. b), più rigidamente sanzionata[172].

La soluzione a una tale ineffettività sanzionatoria era intravista proprio in quest'ultima fattispecie, nella quale venivano fatte confluire – per effetto della equiparazione poc'anzi descritta – tutte le condotte tenute in forza di un permesso di costruire (non mancante, bensì) illegittimo, per l'effetto disapplicato. Con un risultato analogo a quanto già visto in seno alla disapplicazione di diritto Ue: subisce una condanna il cittadino che, dopo essersi informato con l'autorità competente e avere ottenuto il permesso di costruire, del tutto imprevedibilmente si vede accusato quale soggetto attivo di un reato che non ha alcuna contezza di aver commesso[173]. Questo in quanto, come diremo, la predetta equiparazione non sarebbe stata contenuta al perimetro dei permessi di costruire illegittimi frutto di una previa intesa criminosa tra privato e pubblico funzionario, ma a qualsiasi tipo di difformità amministrativa, anche del tutto estranea alla sfera della 'piccola' corruzione.

Invero, alla inusitata espansione del campo di applicazione della fattispecie *ex* art. 20, lett. b), legge n. 47 del 1985 [corrispondente all'odierno art. 44, lett. b)][174] a discapito della lett. a) – deprivata della sua tipicità essenziale[175] –, si contrapponeva un orientamento che rigettava la descritta equiparazione, dovendosi il giudice limitare a controllare *ab externo* la correttezza formale dell'atto costituente presupposto (ove ritenuto assente) della fattispecie, con la sola eccezione dei casi, estremi, di inesistenza giuridica, confinati alla carenza assoluta di potere e alla delittuosità intrinseca dell'atto stesso[176].

Il contrasto così creatosi determinava l'intervento (il primo) delle Sezioni Unite[177] che, con una pronuncia destinata ancor oggi a essere considerata guida effettiva per gli interpreti da parte della dottrina maggioritaria[178], fornivano una rilettura dei rapporti interni agli artt. 4 e 5 Allegato E,

---

[172] In questi termini v. C. SILVA, op.cit., 42.

[173] E che, come vedremo, forse nemmeno ha commesso sul piano oggettivo. Come cercheremo tra poco di esporre, nel caso di specie, ove non si ammetta – come sarebbe doveroso – l'equiparazione (sarebbe un affronto alla giurisprudenza, pare, parlare apertamente di 'disapplicazione') del permesso illegittimo al permesso mancante, è evidente che la contravvenzione di cui all'art. 44, lett. b), non sussisterà nemmeno sul piano oggettivo, di tipicità, con il che l'assoluzione dovrebbe intervenire perché il fatto non sussiste e non, come si tende a invocare in sede applicativa, mediante per mezzo del riconoscimento dell'art. 5 o dell'art. 47, co. 3 c.p.

[174] In tal senso, cfr. Cass. pen., sez. VI, 13 maggio 1980, in *Cass. pen.*, 1981, 1633 ss.; Cass. pen., sez. III, 23 aprile 1981, in *Cass. pen.*, 1982, 1617 ss.; Cass. pen., sez. III, 23 marzo 1981, in *Cass. pen.*, 1982, 1624 ss., pur con riferimento alla fattispecie all'epoca vigente – e di fatto corrispondenti alle versioni del 1985 e del 2001 – contenuta nella legge 28 gennaio 1977, n. 10.

[175] Analogamente, G. FORNASARI, *Costruzione edilizia in base a concessione illegittima*, cit., 241.

[176] Espressione di questo secondo orientamento sono Cass. pen., sez. III, 15 marzo 1982, *Basso*, in *Cass. pen.*, 1983, 1856 ss.; Cass. pen., sez. VI, 7 dicembre 1984, *Ambrogi*; Cass. pen., sez. III, 10 gennaio 1984, *Tortorella*.

[177] Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 1987, n. 3, *Giordano*, per i cui riferimenti bibliografici cfr. nt. 146.

[178] Viene definita come «a rigore l'unico precedente di rango elevato concernente le fattispecie che sanzionano l'attività edilizia senza permesso (già concessione) della Pubblica Amministrazione» G. COCCO, *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice – I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1, 9.

delimitando marcatamente i poteri di disapplicazione del giudice penale[179]. Più specificamente, in tale combinato disposto – nel quale, si noterà, manca il riferimento all'art. 2, che pur doverosamente lo completerebbe – il massimo consesso intravede una regola di tutela nei confronti del consociato, precipuamente introdotta allo scopo di «salvaguardare, nella scelta dei criteri di individuazione della giurisdizione, il principio della tutela dei diritti soggettivi da parte del giudice ordinario, quale garanzia assoluta di libertà, con la determinazione di specifiche regola atte a salvaguardare, da un lato, il concreto esercizio del potere giurisdizionale e, dall'altro, l'attività della pubblica amministrazione». Come conseguenza, l'ambito di (dis)applicazione di cui all'art. 5 subisce una drastica riduzione, potendo valere – ove letto in *esclusiva* combinazione con l'art. 4 – solamente là dove il godimento di un diritto soggettivo venga minacciato da un atto amministrativo, evidentemente oppressivo delle prerogative del singolo. Il che equivale, a contrario, ad affermare che il potere di disapplicazione possa operare esclusivamente *in bonam partem*. L'unica eccezione – continuano le Sezioni Unite – si rinverrebbe nel caso in cui l'atto amministrativo costituisse l'esito di collusione tra privato e pubblico funzionario – o più genericamente di attività criminosa – poiché verrebbe varcata la soglia del «lecito giuridico, oltre la quale non è dato operare ai pubblici poteri». Al di là di tale limitata ipotesi, in conclusione, «la normativa in questione non può trovare applicazione per quegli atti amministrativi che, lungi dal comportare lesione di un diritto soggettivo, rimuovono, invece, un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono (concessioni)»[180].

Insomma, la disapplicazione – così ancora veniva esplicitamente definita – conosceva un radicale ridimensionamento, pregevolmente orientato in senso garantistico che, pur scontando un'innegabile forzatura del dato normativo – dove collocare lo scomodo inciso "in ogni altro caso" contenuto nell'art. 5?[181] – riconduceva l'istituto sui binari costituzionali della legalità, sino a quel momento calpestata dalle soluzioni di segno contrario.

Si trattava – anche per le evidenti ricadute pratiche, tali da sgonfiare del tutto l'efficacia dell'impianto normativo di cui alla legge n. 47 del 1985 – di una posizione destinata a rimanere minoritaria. La serpeggiante insoddisfazione recata dalle Sezioni Unite *Giordano* sfociava, a distanza di pochi anni, in una pronuncia che, alla stregua di prodromo dell'imminente *revirement* delle Sezioni Unite –

---

[179] L'intervento delle Sezioni Unite veniva, invero, precorso da una decisione che avrebbe funto da fondamento per la successiva pronuncia del massimo consesso e, segnatamente, Cass. pen., sez. III, 13 marzo 1985, *Meraviglia*, con nota di G. FORNASARI, *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*, in *Foro it.*, 1986, II, 84 ss.

[180] Ciò si coniugherebbe (argomentazione che, una volta rovesciata nella giurisprudenza successiva, si rivelerà decisa per un *revirement* sul punto) con il bene giuridico tutelato dalle disposizioni al vaglio della Suprema Corte, corrispondente a una mera funzione, relativa al regolare controllo nella gestione del territorio in capo alla Pubblica amministrazione.

[181] In senso critico, sul punto, M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 123.

prendeva espressamente le distanze dai principii di diritto affermati dal massimo consesso nel 1987. Veniva, più specificamente, addebitato alle Sezioni Unite di avere travisato la logica sottesa all'approvazione dell'Allegato E, non tanto finalizzata alla esclusiva tutela dei diritti soggettivi – conclusione, peraltro, non confortata da alcun esplicito dato normativo – quanto volta a una più netta «delimitazione dei poteri dello Stato in quel tempo – con vigenza dello Statuto albertino – e [a] far salvo il controllo di legalità dei giudici anche sugli atti amministrativi, in certi limiti»[182].

Il contrasto riacceso dalla sentenza *Bisceglia* portava a una nuova rimessione della questione alle Sezioni Unite[183], le quali ribaltavano il precedente assetto dalle stesse affermato. È bene, tuttavia, rammentare come le statuizioni espresse dalla Suprema Corte prendessero a riferimento [non la consueta ipotesi di costruzione in assenza di permesso, bensì] la contigua fattispecie di cui alla lett. a) che, come ricordato, puniva – e punisce, nella corrispondente versione odierna – la condotta di chi abbia edificato avvalendosi di un permesso non conforme alle norme in materia edilizia, secondo la tecnica della norma penale in bianco[184].

Non si tratta di una circostanza indifferente: certamente, in applicazione della regola cristallizzata dalle Sezioni Unite *Giordano*, nemmeno tale ipotesi contravvenzionale – che pur non necessita della rodata equiparazione illegittimità-assenza – sarebbe potuta venire a consumazione, posto che per detta lettura interpretativa un atto amministrativo a carattere ampliativo è sempre 'intoccabile' da parte del giudice penale, purché non affetto da illiceità giuridica. Ma è altrettanto evidente che, se fosse stata portata all'attenzione delle 'seconde' Sezioni Unite la fattispecie che sanziona l'assenza di permesso [art. 44, lett. b)], il massimo collegio avrebbe dovuto affrontare l'obiezione della analogia *in malam partem*, pregiudiziale alla disapplicazione e, a nostro modo di vedere, difficilmente superabile. Insomma, se il processo di disapplicazione può anche sostenersi argomentativamente, pur sotto mentite spoglie, con riferimento alla ipotesi di reato prevista alla lett. a) – come ora vedremo – esso appare invece irrimediabilmente fallace con riferimento alla lett. b): come si può, infatti, affermare che l'operazione per cui il giudice – una volta ritenuto illegittimo un permesso di costruire – lo parifica alla insussistenza dello stesso, non equivale a *disapplicarlo*? Sicché, appariva senz'altro meno esposto a obiezioni l'*iter* offerto dalla lett. a), che la Corte sceglie di percorrere, riuscendo ad accantonare – sebbene sotto un profilo meramente nominalistico – il paradigma della disapplicazione.

[182] Cass. pen., sez. III, 9 gennaio 1989, n. 2766, *Bisceglia*, con nota di C.M. BARONE, in *Foro it.*, 1989, II, 287 ss.
[183] Cass. pen., Sez. Un., 12 novembre 1993, *Borgia*, con note di R. MENDOZA, *Le sezioni unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e dalle previsioni di piano*, in *Cass. pen.*, 1994, 901 ss. e di M. MILONE, *Sulla sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice penale*, in *Riv. giur. edilizia*, 1994, I, 405 ss.
[184] A. DI LANDRO, op. cit., 22; P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, Milano, 2013, 144 s.

L'indagine che viene imposta al giudice in relazione alla fattispecie di costruzione in difformità dalle regole dell'urbanistica – pur attingendo la legittimità dell'atto amministrativo – si risolve dunque in un'operazione che non travalica i confini della stretta tipicità penalistica. Facendo nostre le motivazioni della Corte, si tratta niente più che di un «accertamento attribuito al giudice penale, nella materia in esame (art. 20 lett. a) l.c.) [corrispondente] ad esatta e concreta verifica tra opera in corso di esecuzione o realizzata […] e fattispecie legale, quale descrittivamente risulta dagli indicati elementi extra-penali, cioè di natura amministrativa». Pertanto, correttamente avrebbe sostenuto la sentenza *Bisceglia*, discostandosi dalla pur autorevole ricostruzione offerta dalle precedenti Sezioni Unite, nel rappresentare la *ratio* che ispirò l'Allegato E come la legittimazione del giudice di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata.

Altrimenti detto, «[a]l giudice penale non è affidato, in definitiva, alcun cd. sindacato sull'atto amministrativo (concessione edilizia), ma – nell'esercizio della potestà penale – è tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera eseguenda o eseguita) e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extra-penale suddetti convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo». *Breve*: per le Sezioni Unite *Borgia*, le fattispecie edilizie non avrebbero fondato un potere di disapplicazione del giudice penale – difficilmente ammissibile sul piano dogmatico – bensì un accertamento di conformità nel quale la cognizione dell'atto amministrativo si giustifica in ragione del ruolo dello stesso, quale presupposto della norma incriminatrice.

4.5. Settoriale attualità della nozione di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale

Pur continuando a sostenere l'attualità della disapplicazione *in malam partem* del provvedimento amministrativo – in controtendenza alla sentenza *Borgia* e al suo 'lascito' giurisprudenziale –, dobbiamo lumeggiare alcuni punti della decisione che ci paiono condivisibili. Premettiamo che la nostra posizione si colloca a mezza via tra le opposte opzioni accolte dalle due decisioni delle Sezioni Unite, ciascuna delle quali nasconde delle zone d'ombra, nell'accogliere o – rispettivamente – nel rigettare *tout-court* il paradigma della disapplicazione. Invero, a noi sembra che di disapplicazione con effetti *in malam partem* possa a ragione discorrersi con riguardo alla ipotesi di cui alla lett. b), non già per descrivere l'accertamento della contravvenzione di mera difformità dalle norme edilizie [lett. a)].

Andiamo con ordine, analizzando entrambe le fattispecie alla luce dei due arresti giurisprudenziali. Con riferimento alla ipotesi prevista dalla lett. a), condividiamo la tesi che nell'attività del giudice

non ravvisa alcuna forma di disapplicazione dell'atto amministrativo. La contravvenzione punisce la costruzione eretta facendo fede a un permesso poi rivelatosi difforme dalle prescrizioni edilizie. Da *tutte* le prescrizioni possibili: rinvio '*omnibus*' che – semmai – fa sorgere frizioni con la legalità nel corollario della riserva di legge[185]. Ma non entra in gioco la disapplicazione, come momentaneo congelamento di un atto: viene, al più, in rilievo una conoscenza dei profili di illegittimità dello stesso da parte del decisore, il quale, anzi, *tiene conto* di quel provvedimento al fine di ritenere integrata la tipicità del reato. Si versa, altrimenti detto, in una ipotesi in cui il sindacato dell'atto viene richiesto al giudice sulla base di esigenze di ragione squisitamente sostanziale e penalistica, nella misura in cui è la medesima fattispecie incriminatrice che, tra i propri elementi costitutivi, annovera la illegittimità dell'atto amministrativo[186]. In questi termini appare, allora, accettabile lo schema decisorio proposto dalle Sezioni Unite *Borgia*, là dove l'attività del giudice penale viene descritta come una verifica di conformità tra fatto concreto e fattispecie legale che non esonda – pur lambendoli – nei confini della discrezionalità amministrativa: altrimenti, come accertare la integrazione di una fattispecie che presuppone una violazione edilizia se non è possibile conoscere se la violazione vi sia stata?

Non rileva, dunque, determinare se vi sia disapplicazione o meno, perché disapplicazione non c'è: rileva, semmai, comprendere se tale indagine sia consentita al giudice o meno, e sul punto torneremo nel paragrafo che segue. Per ora, basti sottolineare come ciò che è meno condivisibile (e fors'anche rischioso, per come rimodellato dalla giurisprudenza successiva), nella motivazione delle Sezioni Unite, sia la giustificazione di un tale potere in capo al giudice, argomentata sull'onda del bene giuridico, vero "cavallo di Troia"[187] idoneo a scardinare la tipicità dei reati urbanistici. Secondo la Corte, infatti, il reale interesse perseguito dal legislatore attraverso i reati edilizi non coinciderebbe, come invece ritenuto dalle Sezioni Unite *Giordano*, nel mero controllo amministrativo e della disciplina dell'uso del territorio, ma – secondo una concezione 'sostanzialistica' – nella tutela del territorio, concetto all'evidenza più 'avanzato' rispetto al precedente, ad esso strumentale.

Proprio in tale reinterpretazione dell'interesse tutelato dalle disposizioni in esame si sarebbero celati i presupposti per la sua – questa volta, a nostro modo di vedere – indebita estensione alla ipotesi prevista dalla lett. b). Sostenendo infatti che il giudice dovesse conoscere della legittimità dell'atto

---

[185] E, solo in seconda battuta, di affidamento del consociato in punto di prevedibilità.

[186] Analogamente, G. FORNASARI, *Costruzione edilizia in base a concessione illegittima*, cit., 237: «il sindacato di legittimità è ammesso nel giudizio penale […] solo quando il requisito della copia contraria di concetti " legittimità-illegittimità " di un atto assurge ad elemento (normativo) qualificante del substrato di fatto individuato e punito dalla norma incriminatrice; posto invece che nella fattispecie di cui ci occupiamo non si fa questione che dell'assenza di concessione, qui ogni sindacato sarà in radice precluso»; R. VILLATA, *Disapplicazione*, cit., 99: «è vero che il giudice penale può e deve controllare la legittimità dell'azione amministrativa, ma beninteso, solo in quanto tale legittimità sia rilevante ai fini della repressione delle condotte tipiche descritte dalle norme incriminatrici».

[187] M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 460.

amministrativo nella prospettiva di verificare se, in concreto, non fosse stato pregiudicato il bene-territorio, risultava agevole equiparare un permesso illegittimo a un permesso mancante, ben potendo entrambi recare un pregiudizio al bene tutelato[188]. Insomma, pur senza il bisogno di riconoscere una disapplicazione, se ne otteneva un effetto equipollente. Un tale passaggio evidentemente soffre un salto logico, poiché per quanto 'sostanziale' possa risultare il bene da tutelare, fonda su una equiparazione (illegittimità=mancanza) che sa di analogia[189]. E se si considera inesistente un atto perché difforme alla normativa di settore – donde l'integrazione della fattispecie che punisce solo chi di tale atto non si sia dotato – lo si sta disapplicando, piaccia o meno.

Eppure, se la insostenibilità logica di tale tesi era chiara alle Sezioni Unite, che si guardavano bene, non a caso, di spenderla con riferimento alla contravvenzione prevista dalla lett. b), per certo meno cauta sarebbe stata la giurisprudenza successiva al 1993, che avrebbe esteso le *regulae juris* della sentenza *Borgia* alla contravvenzione di costruzione in assenza di permesso[190], nonché, in ultima sede, alla lottizzazione abusiva[191].

---

[188] Rileva un'analogia tra gli effetti distorsivi derivanti dalle argomentazioni aventi a oggetto il bene giuridico nella sentenza *Borgia* e, più di recente, nella vicenda dell'Ilva di Taranto, R. GAROFOLI, *Controllo dei giudici, libertà dell'amministrazione e esigenze di prevedibilità*, in F. CENTONZE-S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale*, cit., 236. In entrambe le situazioni si sarebbe assistito a una ingerenza della giurisdizione nell'amministrazione, portata avanti nel nome di un bene giuridico asservito a *passepartout* argomentativo, dovendo invece rimanere fermo che «le opinioni del giudice, anche se fondate su particolari interpretazioni dei dati tecnici a sua disposizione, non possono sostituirsi alle valutazioni dell'amministrazione sulla tutela dell'ambiente» (così Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in margine alla vicenda Ilva). Sulla tendenziale correttezza dei principii statuiti dalle Sezioni Unite *Borgia*, tuttavia indebitamente distorti con la esportazione da parte della giurisprudenza successiva – che ne avrebbe fatto "uso e consumo" – sul terreno della lett. b), R. VILLATA, *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1152 ss.

[189] G. FORNASARI, op. ult. cit., 239: «esiste un salto logico inammissibile nel porre sul medesimo piano l'esistenza dell'atto amministrativo, che è indiscutibilmente un elemento costitutivo (costruito negativamente) del fatto tipico, e la sua disciplina interna, poiché di questa manca ogni pur implicito richiamato nella struttura della fattispecie». Nello stesso senso anche C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008, 194.

[190] Chiaramente, Cass. pen., sez. III, 14 gennaio 2011, n. 770, *Lanzi*: «L'interesse protetto dall'art. 20 della legge 28 febbraio 1985 n. 47 (ed attualmente art. 44 del DPR n. 380/2001) non è quello del rispetto delle prerogative della pubblica amministrazione nel controllo dell'attività edilizia e perciò della regolarità delle procedure di con cessione, ma quello sostanziale della protezione del territorio in conformità alla normativa urbanistica, perciò non si pone un problema di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, quanto di con trollo della legittimità di un atto amministrativo che costituisce un elemento costitutivo o un presupposto del reato» e, prima, Cass. pen., sez. III, 12 maggio 1995, n. 1782, *Di Pasquale*, secondo cui il sopracitato interesse «trova la sua tutela in tutte e tre le fattispecie criminose in relazione al differente grado di offensività, sicché il parametro normativo può individuarsi nella nota distinzione tra difformità totale o parziale e tra opere eseguite in zone soggette o meno a vincolo, configurandosi così le diverse contravvenzioni delle lette *a)*, *b)* e *c)* dell'art. 20 l. n. 47 del 1985». Conforme, e coeva, Cass. pen., sez. III, 4 aprile 1995, *Marano*, con nota di E.R. BELFIORE, *Concessione edilizia illegittima e reato di costruzione abusiva: una questione ancora irrisolta*, in *Foro it.*, 1996, II, 499 ss. Nell'ambito di una giurisprudenza fluviale, cfr. *ex plurimis* Cass. pen., sez. III, 22 aprile 2008, *Papa*; Cass. pen., sez. III, 7 febbraio 2012, n. 273; Cass. pen., sez. III, 8 ottobre 2012, n. 1714, *Rullo*; Cass. pen., sez. III, 23 ottobre 2012, n. 41318, *Arena*; Cass. pen., sez. III, 9 settembre 2015, n. 36366, *Faiola*. Va, infine, segnalato come alcune decisioni, pur accodandosi nella sostanza al surriferito orientamento, abbiano anche a seguito della sentenza *Borgia* riabilitato la figura della disapplicazione, ammettendone esplicitamente l'operatività *in malam partem*: cfr., per esempio, Cass. pen., sez., Sez. III, 1° aprile 2009, n. 14228, *Caresia*.

[191] A partire da Cass. pen., Sez. Un., 8 febbraio 2002, n. 5115, *Salvini*, con note di M. GAMBARDELLA, *Lottizzazione abusiva e disapplicazione dell'autorizzazione amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2002, 2017 ss. ed E. FIORE, *Lottizzazione abusiva in ipotesi di autorizzazione illegittima*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 735 ss. La fattispecie di lottizzazione

È proprio in relazione a queste due fattispecie che il contrasto di opinioni dottrinali si intensifica. Da un lato, infatti, sono state espresse posizioni di condivisione alla sentenza *Borgia* e ai suoi epigoni, ai quali dovrebbe riconoscersi il merito di avere affrancato il tema del sindacato del giudice penale da quello, obsoleto, della disapplicazione[192]. Da un altro lato, tuttavia, sono fioccate critiche in margine a predette tendenze espansive, incisive nel rilevare come il paradigma della disapplicazione non avrebbe fatto altro che perpetuarsi sotto mentite spoglie volte a 'liceizzarne' l'operato: un cambio di etichetta che, tuttavia, non ha potuto evitare l'aggiramento di basilari principii costituzionali ma, anzi, ne ha reso ancora più subdola la violazione[193].

4.6. Profili di incostituzionalità della disapplicazione-sindacato dell'atto amministrativo da parte del giudice penale

Chiarito che, quantomeno con riferimento alle fattispecie previste dall'art. 44, lett. b) e c), il paradigma della disapplicazione sembra ancora descrivere realisticamente l'operazione cognitivo-interpretativa messa in campo dal giudice, resta da verificarne la legittimità, anche in una prospettiva di confronto con le ulteriori forme di disapplicazione esistenti.

Ebbene, la legittimità di un tale paradigma finisce inevitabilmente per infrangersi contro diversi canoni costituzionali. A ben vedere, la diatriba tra disapplicazione e sindacato di legittimità trascende il profilo politico della separazione dei poteri, per accedere alla più delicata sfera della tutela del singolo. Sul punto, è stato efficacemente identificato quale «"[g]rande assente", in questa ricostruzione giurisprudenziale, il principio di colpevolezza»[194]. Ma la colpevolezza non è l'unico convitato di pietra, in quanto – ci pare – prima ancora di questa, la disapplicazione dell'atto amministrativo si pone in insanabile conflitto con la legalità penale[195].

---

abusiva, anch'essa contravvenzionale, risulta integrata, secondo la lettera della disposizione, in caso di inosservanza delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, inosservanza delle norme di legge statale o regionale, mancanza della autorizzazione. In tema, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, A. DI LANDRO, op. cit., 97-102.

[192] In questo senso, per esempio, C. SILVA, op. cit., 48 ss.; P. MICHELI, *Giudice penale e concessione edilizia illegittima: la definitiva affermazione della portata sostanziale del "sindacato" sull'atto amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1997, 3149 ss.

[193] A. DI LANDRO, op. cit., spec. 21-35; B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 77 ss.; ID., *Funzione amministrativa, giudizio penale e prevedibilità*, in F. CENTONZE-S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale*, cit., spec. 242.

[194] A. DI LANDRO, op. cit., 25: «l'affidamento del soggetto sulla corretta interpretazione ed applicazione della normativa, da parte delle autorità istituzionalmente competenti ad interpretarla ed applicarla, può essere ritenuto, per lo meno in linea generale, degno di tutela? Quali le possibili eccezioni al principio dell'affidamento? Stupisce che questioni siffatte occupino poco (o nessuno) spazio nella riflessione giurisprudenziale».

[195] Coglie il venire in rilievo di entrambe le garanzie – con la legalità nel suo corollario di tassatività – già G. FORNASARI, op. ult. cit., 233 ss., pur affermando che il punto "veramente cruciale" attenga alla colpevolezza e, più specificamente, al tema della buona fede del singolo.

Occorre, dunque, recuperare tale principio «dal limbo in cui lo confina la costante opera di *disapplicazione* [oggi 'accertamento di conformità', n.d.s.] giurisprudenziale»[196]. Risulta infatti evidente che la disapplicazione *in malam partem* registrata con riguardo ai reati edilizi e ambientali sollevi criticità analoghe, in punto legalità, a quelle derivanti dai contrasti e mutamenti giurisprudenziali e già sviscerate nel corso del Capitolo II. Con riferimento a entrambi i fenomeni, a ben vedere, la legalità viene messa a dura prova pressoché in ogni suo corollario.

Con riferimento alla riserva di legge, anzitutto: e tuttavia, la supplenza giurisprudenziale – qui emblematicamente incarnata dai 'pretori d'assalto'[197] – alle imprecisioni legislative costituisce un fatto notorio quasi quanto la sua incensurabilità in sede applicativa, tanto meno al cospetto della Corte costituzionale.

Inoltre, si è già sottolineata la grossolana violazione del divieto di analogia – con correlato aggiramento, al contempo, del corollario di tassatività – derivante dalla insostenibile equiparazione: un atto inesistente non potrà mai corrispondere a un atto (soltanto) illegittimo, posto che quest'ultimo, sebbene viziato, esiste nel mondo materiale e giuridico e, come tale, produce effetti modificando la realtà giuridica[198]. Vero è – non che costituisca una giustificazione, bensì una rassegnata constatazione – che nemmeno il divieto di analogia ha trovato migliore fortuna nella giurisprudenza costituzionale: l''infortunio', nell'art. 437 c.p., ha gradualmente assorbito la 'malattia'; nella 'famiglia', al fine della integrazione del delitto di maltrattamenti, è ormai ricompresa l'impresa parafamiliare; così come la 'cosa mobile' oggetto materiale dei delitti contro il patrimonio oggi pacificamente attrae a sé il *file* informatico.

Nondimeno, il vizio che su tutti meno si presta a essere occultato nei confortanti schemi vuoi dell'interpretazione tassativizzante, vuoi della precisazione dell'enunciato legislativo, è l'aggiramento del divieto di retroattività *in malam partem*. Allorquando il giudice disapplica il permesso – ma poniamo persino che, accogliendo la lettura maggioritaria, ne 'accerti la difformità' *e quindi* lo ritenga inesistente – non ci si può non avvedere come tale operazione aggiunga un requisito (l'assenza del provvedimento) della fattispecie che al momento del fatto non sussisteva[199]. Si passi il *calembour*: all'epoca della condotta dell'agente, non esisteva (il requisito del)l'atto inesistente, poiché un atto *esisteva*! L'artificiosa creazione postuma di un elemento costitutivo della fattispecie

[196] A. CASTALDO, *Finalmente rivalutato il principio di legalità*, cit., 212.
[197] G. COCCO, *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo*, cit., 9.
[198] Analogamente, A. CASTALDO, op. cit., 210.
[199] Tra i primi R. BAJNO, op. cit., 102 ss. e T. ALIBRANDI, *L'incidenza del rilascio della licenza nelle contravvenzioni edilizie*, in *Foro amm.*, 1977, 1664 ss.; quindi G. FORNASARI, *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie*, cit., 86 e M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 157 ss.

viola inammissibilmente il disposto dell'art. 25, co. 2 Cost., pur costituendo una prassi ormai generalizzata in seno alla giurisprudenza che si occupi della materia edilizia o ambientale.

V'è – peraltro – da aggiungere come, quantomeno nella fase storica inaugurale di tale orientamento, si siano prodotte sistematiche violazioni del principio di prevedibilità, all'evidenza non adeguatamente lumeggiate, complice anche la recente elaborazione di tale corollario. Occorre intendersi, sul punto: non si sta affermando che il principio di prevedibilità subisca una compressione nella casistica giurisprudenziale che, *oggi*, persiste nel parificare il permesso illegittimo a quello mancante, proprio perché si tratta di una tendenza maggioritaria e ormai radicata, per quanto erronea. Esemplificando con categorie più famigliari, chi mai reclamerebbe un'assoluzione per violazione del principio di prevedibilità in merito a una contestazione ai sensi dell'art. 437 c.p., a séguito della diagnosi di un'asbestosi quando, in materia, almeno dagli anni Novanta si è costantemente ammessa tale, pur incorretta, qualificazione?[200] Semmai, una iniziativa coltivabile in ottica difensiva – per quanto destinata a un verosimile rigetto, considerato il conclamato insuccesso di tali tesi in sede applicativa – che interessasse il principio di prevedibilità, in epoca attuale, dovrebbe focalizzarsi sulla tensione cui tale garanzia è sottoposta in ragione del contrasto interpretativo esistente in materia. Come avremo modo di sottolineare tra poche pagine, esiste per vero un orientamento, minoritario, che doverosamente rinnega la succitata equiparazione tanto apprezzata dalla maggioranza della giurisprudenza[201]. Da ciò sorgendo spontaneo l'interrogativo se il privato non possa confidare in tale lettura, meno celebre ma inequivocabilmente corretta.

In definitiva, se non si è disposti a far prevalere la forza dell'argomentazione e del garantismo sulla forza dei numeri, non si può fare a meno di ravvisare nella contestazione per assenza di permesso di costruire nel caso di permesso soltanto illegittimo un difetto di tipicità che – pena la reiterata violazione della legalità penale – impone l'assoluzione del consociato per radicale insussistenza del fatto[202].

E tanto basterebbe ai fini della indagine che si sta portando avanti. Tuttavia, volendo andare più a fondo, nell'analisi dell'applicazione pretoria dei reati edilizi si manifesta un ulteriore profilo di malgoverno dei principii che orbitano intorno alla figura del singolo in materia penale, questa volta sul versante della colpevolezza. A ben vedere, anche là dove fosse (correttamente, almeno quanto a

---

[200] In tema, S. DOVERE, *Reati in materia di disastri o infortuni e di sicurezza sul lavoro*, in D. CASTRONUOVO (a cura di), *Reati contro l'incolumità pubblica. Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2024, 263 ss.

[201] B. TONOLETTI, *Funzione amministrativa*, cit., 241.

[202] Tesi, questa, già sostenuta dalla miglior dottrina negli anni Ottanta, citata nelle note che precedono, eppure ingiustamente poco, o per nulla, valorizzata nell'esperienza giurisprudenziale.

tipicità) contestata la più lieve contravvenzione prevista dalla lett. a) dell'art. 44 t.u. edilizia[203], il singolo risulterebbe avere integrato la fattispecie in uno stato di ignoranza davvero inevitabile[204], poiché indotto in errore da una condotta della pubblica autorità la quale ha rilasciato il permesso di costruire. Viene, insomma, a compimento una tra le più tipiche ipotesi di buona fede nelle contravvenzioni – su impulso delle quali, si ricorderà, si pervenne alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 5 c.p. – che rende manifesta, in concreto, l'assenza di colpevolezza in capo all'agente. Come efficacemente rilevato sul punto[205], il proscioglimento dovrebbe costituire in tale evenienza una soluzione obbligata non tanto per pur commendevoli ragioni di carattere equitativo, né in ragione del chiaro atteggiamento di non contrapposizione all'ordinamento da parte dell'agente, quanto per i limiti costituzionali cui la disposizione deve andare soggetta[206], altrimenti dissolvendosi l'istanza di colpevolezza che funge da necessario complemento di ciascuna condotta tipica sul piano oggettivo[207].

4.6.1. Disapplicazione *in malam partem* dell'atto amministrativo e violazione della prevedibilità: nelle contravvenzioni edilizie…

Volendo riepilogare, nel contesto attinente alla legittimità del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa – la cui ampiezza dipende in larga misura dal settore preso in considerazione[208] – viene costantemente in rilievo l'istanza che il decisore imposti la propria indagine anche sul principio

[203] Il ragionamento appare valido, *a fortiori*, con riferimento al caso in cui venga contestata – secondo quanto più spesso accade – la contravvenzione di cui alla lett. b), benché il vizio di colpevolezza in capo all'agente costituisca all'evidenza, in tale ipotesi, una difesa oggetto di una richiesta di proscioglimento (il fatto non costituisce reato) logicamente subordinata a quella, perché il fatto non sussiste, riconducibile al deficit di tipicità come poc'anzi descritto nel testo.
[204] Eccezion fatta, come ovvio, per i casi di collusione con il pubblico funzionario che abbia seguito il procedimento amministrativo volto al rilascio del permesso di costruire; evenienza che, tuttavia, farebbe venire in rilievo le ben più gravi ipotesi di delitti contro la Pubblica amministrazione.
[205] G. FORNASARI, op. ult. cit., 249 s.
[206] Già in epoca ampiamente anteriore alla sentenza costituzionale del 1988, P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, 56 ss.
[207] Ulteriore criticità attiene poi alla scelta del rimedio applicabile, contesa tra art. 5 e art. 47, co. 3 c.p., tema cui sono dedicate pagine importantissime e che, in questa sede, rischia di portare troppo lontano (si richiama, per quanto anteriore al *turning point* del 1988, l'ampia trattazione di M. DONINI, *Ignoranza ed errore*, in F. BRICOLA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Codice penale. Parte generale*, Torino, 1984, 363-438). Occorre, tuttavia, farvi quantomeno un cenno. Il quesito, a ben vedere, non può ricevere una risposta univoca, ove si consideri che lo schema del sindacato di legittimità dell'atto amministrativo si riproduce con riguardo a plurime fattispecie di reato e che le stesse presentano formulazioni assai eterogenee tra loro. Nel caso delle contravvenzioni edilizie, la disposizione di riferimento va probabilmente individuata nell'art. 5 c.p.: non risultando decisivo il diretto richiamo alla normativa amministrativa (la cui mera presenza rischierebbe altrimenti di vanificare sempre il pur comprensibile errore dell'agente nelle severe maglie della c.d. incorporazione) contenuto nel testo dell'art. 44 t.u. edilizia, va annotato come sia proprio tale disciplina extra-penale a conferire una nota di disvalore a una fattispecie altrimenti del tutto incolore. Peraltro, si è condivisibilmente rilevato (A. DI LANDRO, op. cit., 173) come l'alternativa si faccia meno serrata ove si versi nel campo delle contravvenzioni: le stesse, in quanto di regola indifferentemente punite a titolo di dolo o colpa, trovano un parametro di valutazione simile, fissato nella dicotomia tra evitabilità punibile e non evitabilità non punibile.
[208] B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta*, cit., *passim*.

di colpevolezza. Non va, infatti, dimenticato che il provvedimento amministrativo e la sua regolarità spesso non dipendono dall'agente, bensì dall'amministrazione con cui questi ha interagito.

Se il correlato (e irrisolto) problema di stabilire dove si assesti il confine oltre il quale il giudice non può conoscere della attività e delle scelte dell'amministrazione tocca solo marginalmente l'oggetto della presente indagine, è una casistica in particolare – afferente a tale più generale tematica – ad attirare la nostra attenzione, vale a dire quella in cui l'atto amministrativo assurga a presupposto negativo della fattispecie penale. È in proprio in questo circoscritto ambito che il paradigma della disapplicazione pare infatti perpetuarsi, sopravvivendo nella ricordata equiparazione che fa forzatamente combaciare il provvedimento illegittimo (fatto concreto) con il provvedimento inesistente (fattispecie astratta). In tale insuperabile asimmetria si annida altresì una violazione di legalità-tipicità, prima ancora che di colpevolezza, che convalida la ipotesi iniziale[209], legata alla possibile analogia esistente tra le diverse forme di disapplicazione che interferiscano con l'ordinamento penale e tra le aporie in esse ricorrenti.

Nella prospettiva di verificare la percorribilità di possibili contromisure, va dato atto di un orientamento, «minoritari[o], ma persistent[e]»[210], che meriterebbe maggiore diffusione, rispondendo a logiche di garantismo che trascendono il perimetro dei rapporti tra giudice penale e atto amministrativo.

Nel settore edilizio, la giurisprudenza talora riconosce e censura la capziosità della equazione che determina l'imprevedibile contestazione della contravvenzione punita dall'art. 44 lett. b) t.u. edilizia, rifacendosi ai principii costituzionali troppo spesso adombrati in materia. È il caso di una decisione del 2014[211], scaturita da un incidente cautelare nell'ambito del quale, ravvisato il *fumus* del reato di cui sopra, era stato disposto il sequestro preventivo del manufatto eretto dagli imputati e rilasciato sulla base di un permesso di costruire ritenuto illegittimo per mancato rispetto dei vincoli idrogeologici e paesaggistici previsti in materia.

Veniva, sul punto, dedotta da un ricorrente questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità – oltre che di uguaglianza e colpevolezza – in quanto, nel caso di specie, «i giudici del riesame [avrebbero] ritenuto erroneamente applicabili le fattispecie penali ipotizzate al caso dell'intervento edilizio eseguito con "permesso illegittimo", [le stesse] non sarebbero suscettibili di estensione analogica al caso dell'esecuzione di interventi con permesso illegittimo in quanto oggetto di "disapplicazione", sicché ove il titolo esista, come nel caso in esame, a prescindere o meno dalla

---

[209] *Supra*, parr. 1.-2.

[210] M.C. AMOROSO, *Giudice penale ed atto amministrativo*, in *Corte Suprema di Cassazione - Ufficio del Massimario, Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni Penali*, 2017, 142.

[211] Cass. pen., sez. III, 18 dicembre 2014, n. 7423, *Cervino*.

sua illegittimità, né il reato urbanistico né quello paesaggistico sarebbero configurabili»[212]. Pur con alcune ambiguità argomentative – non diversamente da molte altre decisioni che, sullo stesso tema, pervengono alla soluzione all'esito di un «*maquillage* di principi estrapolati dalla giurisprudenza pregressa, peraltro non sempre "contestualizzati", né tantomeno coordinati fra di loro»[213] – la Suprema Corte procedeva a una revisione critica del noto orientamento, rilevando la sicura illegittimità costituzionale della norma connessa: illegittimità, tuttavia, evitabile coltivando la prioritaria alternativa della interpretazione costituzionalmente orientata, che circoscrive la nozione di atto 'assente', oltre ai casi di materiale mancanza, alla macroscopica illegittimità del medesimo[214]. In definitiva, «non la mera illegittimità ma l'illiceità del permesso di costruire (che, evidentemente, comporta la sussistenza di un coefficiente psicologico incompatibile con la c.d. buona fede) si appalesa idonea a integrare l'astratta fattispecie penale ipotizzata».

Rarae aves che, tuttavia, lasciano accesa una luce (o una speranza?) su un problema che, in verità, risulta già tanto appariscente da risultare accecante, a meno che non lo si osservi con le lenti correttive della legalità penale[215].

4.6.2. …e nel diritto penale dell'ambiente

Conclusioni parallele possono trarsi da un'analisi del pur miscellaneo microsistema del diritto penale dell'ambiente. Quanto alla libertà del giudice penale di interagire con l'atto amministrativo, il tema si fa, in tale settore, ancor più frastagliato. La formulazione a carattere più o meno sanzionatorio delle fattispecie in materia per natura solleva il tema dell'interferenza dell'interprete nell'ambito delle decisioni amministrative, e non soltanto con riguardo alle ipotesi di carattere contravvenzionale.

---

[212] Oggetto di contestazione erano, infatti, la contravvenzione di cui all'art. 44, lett. b) t.u. edilizia [ancorché la decisione si riferisce erroneamente alla contigua lett. c)] e quella di cui all'art. 181 D.Lgs. n. 42 del 2004 che, simmetricamente alla prima imputazione, Chiunque, punisce chiunque esegue lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici senza la prescritta autorizzazione o in difformità di essa.

[213] M. LAVATELLI, *La Cassazione si pronuncia sul potere del giudice penale di sindacare la legittimità degli «atti amministrativi dal contenuto normativo» che regolano il rilascio dei permessi di costruzione*, in *Dir. proc. amm*., 2017, 3, 1133. D'altronde, riteniamo che tali incertezze si leghino alla storia del quesito da cui muovono, continuamente dibattuto tra decisioni di segno contrario, in una diatriba che dura da oltre quarant'anni, senza soluzioni definitive. Sia sufficiente segnalare, in analoga prospettiva, la sentenza commentata dal citato Autore la quale, pur distinguendosi per il richiamo alle decisioni che rigettano la equiparazione tra atto illegittimo e atto inesistente, fa d'altra parte richiamo ai principii di diritto della sentenza *Borgia*, a seguito dalla quale tale equiparazione trovò legittimazione sul piano sostanziale.

[214] Cass. pen., sez. III, 18 dicembre 2014, cit.: «Siffatta ultima situazione si verifica quando l'atto sia privo di uno dei suoi requisiti essenziali (forma, volontà, contenuto) oppure provenga da organo assolutamente privo del potere di adottarlo od infine sia frutto di attività criminosa del soggetto titolare del potere: quando invece si discuta unicamente di vizi del procedimento che ha preceduto il provvedimento e perciò delle modalità di esercizio del potere della P.A., il difetto non ottiene all'esistenza dell'atto finale, ma alla legittimità del complessivo comportamento tenuto dall'autorità».

[215] Di recente, in questi termini, anche C. CUDIA, *Il sindacato del giudice penale sugli abusi edilizi "a prescindere" dall'atto: dalla disapplicazione del provvedimento alla disapplicazione del sistema amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 17 maggio 2023.

Facendo nostra la tripartizione dei reati contro l'ambiente proposta dalla miglior dottrina[216] a seguito della introduzione dei c.d. ecodelitti[217], è immediato cogliere la persistenza del sindacato del giudice penale, anzitutto, con riferimento all'ampio apparato contravvenzionale apprestato dal t.u. ambientale. Dette fattispecie, come noto, fanno largo ricorso allo schema sanzionatorio, di fatto applicando una pena alla violazione di precetti amministrativi o, comunque, di norme extra-penali, delle quali il giudice dovrà necessariamente prendere cognizione, sovente sovrapponendo la propria valutazione a quella preventivamente effettuata in sede amministrativa.

Il discorso non muta, tuttavia, in relazione all'opposta categoria di delitti a modello penalistico 'puro', ossia incentrati sul pericolo per una pluralità indeterminata di persone – stagliandosi qui, diversamente dalle ipotesi contravvenzionali, la tutela dell'ambiente nella sua declinazione antropocentrica[218] – ed eventualmente aggravati dalla verificazione dell'evento. Come correttamente rilevato, nemmeno questa casistica si è sottratta alla *querelle* dei tormentati rapporti tra amministrazione e giurisdizione: viene meno il confine tra le due sfere di competenza, «ma nel senso che scompare la prima e resta solo la seconda»[219]. È nota la struttura dei capi di imputazione – parimenti destinati, sebbene per vicende molto diverse, a eclissarsi – nei casi *Tirreno Power* e *Ilva*[220]: in nome del principio di precauzione, veniva ipotizzata, nell'un caso, la illegittimità dell'inquinamento per quanto mantenuto all'interno dei valori-soglia, così come, nell'altro caso, venivano perseguite le emissioni dell'acciaieria sebbene condotte in ossequio alle disposizioni dell'autorizzazione integrata ambientale[221], con il che «la soglia di accettabilità degli inquinamenti fissata *ex ante* dalla P.A. si riduce a una mera presunzione relativa di liceità delle condotte, la quale – in caso di offese a beni di rango primario – è suscettibile di essere retrospettivamente sconfessata»[222].

E ancora, alla indebita sovrapposizione tra le due sfere nemmeno si sottrae la categoria, intermedia, inaugurata dalla legge n. 68 del 2015, introduttiva del Titolo VII *bis* all'interno del codice penale. Più specificamente, la clausola di illiceità speciale – cristallizzata nell'avverbio "abusivamente" – non

---

[216] A. GARGANI, op. cit., 100 ss.

[217] Su cui, per tutti, C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68*, Torino, 2015; G. CARUSO, voce *Ambiente (riforma penale del)*, in *Dig. disc. pen. – Agg. IX*, Torino, 2016, 70 ss.

[218] Sulla disputa tra concezione 'ecocentrica' e 'antropocentrica' del bene ambiente v. G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012, 21 ss.

[219] B. TONOLETTI, *Funzione amministrativa*, cit., 113.

[220] Sulla complicata coabitazione tra amministrazione e giurisdizione nell'ambito delle due vicende processuali, v. ampiamente G.D. COMPORTI-E. MORLINO, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 160 ss. Con specifico riguardo alla vicenda *Ilva*, C. RUGA RIVA, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in L. FOFFANI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, Bologna, 2015, I, 149 ss.

[221] Ferma restando le ulteriori complicazioni derivanti dalla ritenuta origine collusiva della stessa A.I.A.

[222] A. GARGANI, op. cit., 104.

soltanto è transitata dalla lettera dell'art. 260 t.u. ambientale al nuovo art. 452 *quaterdecies* c.p. (attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti), ma è stata altresì assunta a modello per le fattispecie di inquinamento e disastro, con il concreto rischio di fungere a delega implicita di sindacato sugli atti amministrativi in favore del giudice, quest'ultimo autoreferenzialmente facendosi carico di determinare – a prescindere dalle valutazioni dell'amministrazione – dove tale abusività cada[223].

Se, come evidente, in ciascuna di dette scelte compilative si riproducono le incertezze manifestate in punto di colpevolezza e legalità nell'ambito del paragrafo che precede, tale parallelismo si fa ancor più stretto ove si rammenti l'atteggiamento giurisprudenziale manifestato con riguardo all'ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 256 t.u.a.[224] Accade che, con riferimento alla disposizione in esame – la quale punisce le attività di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, commercio ed intermediazione di rifiuti in mancanza della prescritta autorizzazione, iscrizione o comunicazione – la giurisprudenza metta in atto la medesima tecnica registrata in seno all'art. 44, lett. b), t.u. edilizia. Viene, cioè, imputato della contravvenzione in esame non solo il singolo che si disinteressi della necessità di dotarsi di qualsiasi atto 'abilitante' alla gestione dei rifiuti, ma altresì – in ragione della ormai famigliare equiparazione – il privato che disponga di autorizzazione poi rivelatasi difforme dalle disposizioni di settore. Secondo tale corrente interpretativa, si tratterebbe di una strada da percorrere obbligatoriamente alla luce della tutela perseguita dalla norma in oggetto, sul presupposto che «la valutazione della configurabilità di reati in materia ambientale non esclude il giudizio sulla legittimità di atti amministrativi autorizzatori eventualmente rilasciati ma anzi comporta necessariamente tale giudizio (ovviamente non esteso ai profili di discrezionalità) allorché quegli atti costituiscano presupposto o elemento costitutivo o integrativo del reato. Una determinata attività incidente sullo stato dell'ambiente, infatti, seppure formalmente assentita, non può svolgersi in

[223] Sulla facile superabilità del vincolo di tali clausole da parte del giudice nell'esercizio della propria (e non solo) funzione, M. CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 9, 1079; nonché ID., *I reati in materia di ambiente*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2019³, 455: «Esse infatti, a causa della loro indiscutibile ampiezza concettuale, da un lato sono in grado di richiamare un numero pressoché illimitato di pretese infrazioni e/o irregolarità, consentendo così al giudice (e prima ancora al pubblico ministero) di considerare come abusiva o illegittima qualsiasi violazione, anche di norme non specificamente finalizzate alla tutela dell'ambiente, a cui si sia in qualche modo accompagnato un evento di inquinamento […]; dall'altro, non selezionano in alcun modo le norme alla cui stregua valutare l'attività autorizzatoria della P.A., consentendo anzi di assumere a parametro di valutazione anche i principi costituzionali o comunque quelle norme di principio o "di indirizzo" che, in quanto tali, sono prive di un preciso contenuto precettivo e dietro la cui 'interpretazione', dunque, come si diceva, ben potrebbe in realtà celarsi un sindacato sul merito delle scelte operate in sede di governo dell'ambiente». Con diversità di accenti, v. altresì C. RUGA RIVA, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, in *Cass. pen*, 2016, 4635 ss.; L. RAMACCI, *Il "nuovo" art. 260 del D.Lgs. n.152/2006, vecchie e nuove questioni*, in *Ambiente e sviluppo*, 2016, 3, 167 ss.

[224] Per considerazioni analoghe, v. A. DI LANDRO, op. cit., 33 ss.

contrasto con la disciplina di settore risultante dal complesso delle norme statali e regionali e degli ulteriori strumenti di pianificazione settoriale vigenti»[225].

Così come si ripropone lo schema argomentativo già visto in margine ai reati edilizi, si reitera l'illegittimità dello stesso, che solleva nuovamente gli aggiramenti di legalità e tipicità anche nel settore ambientale: un esito, per certo, poco auspicabile, ma particolarmente fruttuoso ai nostri fini, non facendo che rafforzare la solidità del legame – ipotizzato e, possiamo ora affermarlo, verificato – tra disapplicazione, prevedibilità e affidamento.

5. Un predicato e un complemento oggetto apparentemente distanti: disapplicare l'orientamento giurisprudenziale

L'indagine portata avanti sino a questo punto ha permesso di portare in luce un accostamento tra due istituti appartenenti a 'mondi lontani'. L'ampia casistica offerta dall'esperienza giurisprudenziale ha infatti consentito una visione a tuttotondo della disapplicazione, in ogni sua versione. La medesima – trasversalmente definibile come forma di momentaneo 'stazionamento' di un'entità giuridica imposto dall'interprete che ravvisi un conflitto in concreto tra detta entità e una legge ad essa sovraordinata – è suscettibile di creare problemi di prevedibilità, nella misura in cui dalla stessa discende l'applicazione al caso concreto di una regola di diritto che il consociato non poteva ragionevolmente prefigurarsi.

Beninteso, si è visto come il cortocircuito tra disapplicazione e prevedibilità non costituisca una conseguenza necessaria della interazione tra le due. A tal proposito, è sufficiente rievocare alcune tra le vicende giurisprudenziali da cui sono scaturiti conflitti triadici tra disposizioni di diritto interno e diritto Ue per rilevare come non si tratti di una conclusione obbligata: i casi *Tombesi* e *Niselli*, così come *Berlusconi*, conoscevano (o rischiavano di conoscere, in quest'ultima vicenda) effetti *in malam partem* che tuttavia non avrebbero potuti essere fatti valere nel segno della prevedibilità, attenendo a condotte intervenute in un momento storico nel quale risultavano pacificamente punibili e solo dopo emendate per effetto di *abolitio criminis* concessa dalla legge infine disapplicata.

D'altra parte, però, altrettante appaiono le ipotesi in cui la disapplicazione ha acceso una spia sulla prevedibilità delle conseguenze giudiziali, ancorché tale carta non sia stata adeguatamente valorizzata nell'arena processuale.

Proprio nella casistica riportata è possibile cogliersi un meccanismo ricorrente che, a ben vedere, caratterizza altresì le vicende qualificate come *sedes materiae* della imprevedibilità, ossia le

[225] Tra tante, Cass. pen., sez. III, 3 aprile 2007, n. 13676, *Lovato*.

oscillazioni giurisprudenziali, comprensive di contrasti e mutamenti. L'opzione ricostruttiva che permette al decisore di fornire una veste giuridica al caso al proprio vaglio – il più delle volte – costituisce l'esito di un confronto tra più soluzioni legittimamente sostenibili. L'interprete che, diligentemente, abbia compiuto una ricognizione degli orientamenti esistenti in merito alla soluzione da fornire a un problema giuridico viene posto innanzi a un bivio (se non a più strade ancora). Questo tanto nel caso dei contrasti, quanto dei mutamenti, ammessa – nei termini già evidenziati[226] – la praticabilità di una tale divisione. Con la sola differenza che, in caso di contrasto, l'alternativa è già esistente di fronte all'interprete, che dovrà ponderare, avvalendosi dei criteri ermeneutici a sua disposizione, quale soluzione appaia preferibile secondo il suo apprezzamento. In caso di mutamento, per contro, l'alternativa viene creata da quell'interprete, ove ritenga di superare la interpretazione univocamente esistente sulla casistica analoga a quella sottopostagli.

L'opzione prescelta assurgerà a legge regolatrice del caso concreto, nella misura in cui essa sia concepita dall'interprete come corretta, mentre la regola scartata come erronea. La disposizione – lo abbiamo visto – vive nella norma: è la norma l'entità che, in concreto, funge da base decisoria per le sorti di un processo. La norma è, cioè, in questi termini, regola, *legge*. E gli insegnamenti dell'ermeneutica hanno senz'altro dimostrato la veridicità di tale ricostruzione.

Nondimeno, tra disposizione di diritto positivo e decisione giurisprudenziale permane un distacco irriducibile che nessuna teorica, per quanto iper-realista, riesce a colmare e che coincide con la vertigine tra la dimensione astratta e la dimensione concreta del diritto penale. Si tratta dello stesso fattore che permette di comprendere come – su di *un unico* canovaccio di legge – possano convivere, pur combattendosi per prendere il sopravvento, *più* orientamenti interpretativi. Diversamente dalla sentenza, la disposizione di legge, cioè, è pensata per regolare le vicende umane *senza subalterni*[227] e deve tale rigido monismo alla propria origine in materia penale, nel senso che la stessa promana da un unico organo – il legislatore – singolarmente[228] investito della potestà di produrre regole. Dal carattere marcatamente 'verticistico' del diritto positivo, almeno in un ordinamento fondato sulla riserva di legge tendenzialmente assoluta, come è il nostro, dovrebbe infatti discendere che a regolare

---

[226] *Supra*, Cap. III, par. 1.1.

[227] Come evidente, non vengono qui in rilievo problematiche afferenti al concorso apparente di norme o, ancor più, di *ne in bis in idem* sostanziale, nella misura in cui trattasi di tematiche che, appunto, sottendono la possibilità di una soluzione, l'opportunità di far prevalere una disposizione su un'altra, sebbene in ipotesi nelle quali appaia estremamente arduo individuare con esattezza le sfere di influenza facenti capo a diverse disposizioni di legge. Anche là dove il concorso di norme sia effettivo, è agevole rilevare come le stesse incidano in concreto sulla medesima situazione di fatto, ma siano state introdotte per regolare fenomeni distinti, che una vicenda concreta può tuttavia *contemporaneamente* incarnare. Sul tema, tra i lavori monografici più recenti, L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino, 2022; C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018.

[228] Singolarmente, come evidente, va inteso con il *caveat* per cui, in materia penale, possono corrispondere alla nozione di legislatore anche figure diverse dalle due Camere parlamentari la cui attività di nomopoiesi, comunque, viene *ex ante* o *ex post* passata al vaglio di queste ultime.

un determinato fenomeno esista una e una sola disposizione. Conferma sia che i rapporti tra due disposizioni che concernano la medesima vicenda umana vanno definiti tipicamente sul piano diacronico, attraverso il criterio dell'abrogazione, con la conseguenza che, anche ove quest'ultima non abbia operato con chirurgica acribia (la legge *x* è abrogata dalla legge *y* e tutti e soltanto i casi precedentemente regolati da *x* sono ora regolati da *y*), soccorrerà l'interpretazione – giudiziale o autentica – per fare luce sui reciproci riparti di competenza. Ma una coincidenza nell'ambito applicativo di due disposizioni non v'è mai.

Insomma, la disposizione è pensata per regolare essa soltanto, in un dato momento storico, una certa situazione di vita. Ciò vale anche – come sovente accade – nel caso di abrogazione c.d. implicita, che pur insiste precipuamente sulla vita di una *norma*[229]. In proposito, è fuori discussione che la stessa assuma carattere 'giurisprudenziale'[230] nella misura in cui il riconoscimento di tale vicenda abrogativa sia affidata all'interprete e quest'ultimo rilevi una relazione di incompatibilità prima di tutto tra *norme* e, quindi, solo in un secondo momento, vada a definire le sfere di influenza delle disposizioni di legge di cui tali norme esplicano il significato[231]. Purtuttavia, per quanto afferente alla *norma*, l'abrogazione produce il suo effetto ultimo sulla *disposizione*, ove si rammenti che tale meccanismo risulta predisposto allo scopo di evitare che più *leggi* vadano a disciplinare la stessa situazione di vita (scopo che, come detto, può raggiungersi movendo dal *significato* che si intende alle medesime attribuire). L'abrogazione, insomma, se anche non elimina fisicamente una legge dall'ordinamento[232], ne modifica i confini applicativi[233], alla costante ricerca di una, e una soltanto, disposizione per ciascuna situazione della vita[234].

---

[229] Quanto osservato non fa che rafforzare, peraltro, la nostra tesi, ove si rilevi che l'abrogazione incide prima di tutto sulla *norma*, ossia sull'orientamento interpretativo che si forma su una disposizione, tanto quanto – come sosteniamo – avviene in occasione della disapplicazione di un orientamento contrastante con l'orientamento prescelto.

[230] R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, in C. LUZZATI (a cura di), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milano, 1987, 10.

[231] M. TRAPANI, Abrogatio. *Lineamenti della validità temporale della norma giuridica*, Torino, 2019, 56.

[232] Evenienza che si verifica nel caso di abrogazione espressa, come chiaramente rilevato da M. TRAPANI, op. cit., 46 s.: «"Eliminando" e quindi dichiarando "non più esistente" nel sistema l'enunciato linguistico normativo esplicitamente indicato (ossia la "fonte" di certe norme), la disposizione c.d. "abrogativa" "elimina" anche, di conseguenza, tutte le "norme" che possono in via interpretativa ricavarsi dalla "disposizione" eliminata (da sola o in combinato con al tre disposizioni). Il che conferma che oggetto della c.d. "abrogazione" espressa nominata non possono essere "disposizioni" ma solo e sempre "norme"».

[233] Del resto, il problema si complica quando sulla portata della abrogazione vigano più versioni interpretative. A ben vedere, tuttavia, la soluzione è la medesima: ciascuna delle due ricostruzioni opera nella prospettiva di attribuire a una disposizione un significato tale per cui la stessa ha una determinata – evidentemente, diversa dall'una all'altra soluzione – ampiezza applicativa. Com'è evidente, le due soluzioni coesistono, ma entrambe sono volte ad affermare che la *disposizione* regoli autonomamente un numero determinato di situazioni di vita.

[234] Sulla contrapposizione tra legge e giurisdizione, come espressione di un'autorità 'monolite', la prima, come composita di molteplici variabili di autorità coesistenti, la seconda, ampi riferimenti in L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, 174; ID., *Giustizia e politica, Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Roma-Bari, 2024, 2 ss.

Per l'orientamento giurisprudenziale, all'evidenza, non è così, nel senso che in uno stesso momento storico possono coesistere diverse versioni interpretative di una medesima questione giuridica. Una coabitazione forzosa, senz'altro (non parleremmo altrimenti di contrasto), ma pur sempre una coabitazione. Quale la conseguenza? Nel momento in cui l'interprete sia chiamato a decidere la questione giuridica controversa, applica uno degli orientamenti e al contempo disapplica l'altro. La versione interpretativa scartata – detto in altre parole – subisce un momentaneo accantonamento, che non ne determina il venir meno all'interno dell'ordinamento: essa è perfettamente vigente e potrà essere scelta come regola del caso concreto da un giudice successivo (magari anche all'interno dello stesso procedimento, in altro grado di giudizio).

Risulta ora, probabilmente, più chiara l'ipotesi di indagine da cui abbiamo preso le mosse. Se l'orientamento viene disapplicato non per questo esce di scena e, in un caso successivo, un consociato potrà senz'altro fare affidamento sulla sua applicabilità, eloquentemente confermata da precedenti decisioni che abbiano aderito a quella determinata opzione giurisprudenziale. La disapplicazione 'congela', ma non elimina: poco importa se abbia a oggetto una disposizione di diritto positivo, un atto amministrativo o un orientamento. In ciascuna delle tre ipotesi, l'entità che subisce la disapplicazione viene superata da un'altra entità ritenuta su di essa prevalente, ma ciò interviene solo ed esclusivamente in via incidentale, senza che sia inficiata la esistenza del *quid* disapplicato.

6. Assimilabilità dei tre paradigmi nel segno di prevedibilità e disapplicazione

Riteniamo costituisca un ostacolo superabile la differente essenza – sul piano della natura giuridica – di legge, atto amministrativo e orientamento giurisprudenziale. La possibilità di accostare le tre entità non deriva infatti dai rispettivi elementi costitutivi, all'evidenza, distinti, posto che ognuna costituisce la plastica emanazione in concreto di ognuno dei tre poteri dello Stato. Semmai, la proficua similitudine si deve alla medesimezza del procedimento cui possono sottostare una volta nella disponibilità del giudice.

Riecheggiano, *mutatis mutandis*, le condivisibili argomentazioni spese da quella dottrina la quale identifica nella *rule of lenity* il *pendant* sostanziale dell'*in dubio pro reo* processuale e che, nell'assimilare epistemicamente l'attività compiuta dal giudicante nella risoluzione di *quaestio juris* e *quaestio facti*, rileva come quest'ultima, «mediante la valutazione delle risultanze probatorie» non sarebbe così diversa «rispetto a quella operata per ricostruire il significato di una fattispecie ricorrendo a quelle che possono essere definite 'prove giuridiche', quali la Costituzione, altre norme

o i precedenti: in entrambi i casi, infatti, l'interprete procede mediante inferenze tratte dalle 'evidenze'»[235]. Insomma: prove giuridiche animate dalla stessa attività che connota le prove storiche. E non vale forse altrettanto per il paradigma della disapplicazione? Così come il giudice ricerca prove sia storiche, sia giuridiche, allo stesso modo non corre una differenza là dove il giudice disapplica la disposizione di diritto interno per contrasto con il diritto Ue, ovvero il provvedimento amministrativo che costituisce elemento negativo della fattispecie penale o, ancora, l'orientamento interpretativo ritenuto meno convincente.

Si ripensi per un istante alla vicenda dei Bagni Liggia: lì, il ricorrente era convinto di operare in piena liceità, beneficiando della concessione demaniale rinnovatagli dalla autorità competente. Sennonché, la tesi accusatoria – validata in sede cautelare nei diversi gradi di giudizio – riteneva che tale concessione (*recte*: la legge che ne prevedeva la proroga e, quindi, la concessione) andasse disapplicata per contrarietà alla direttiva *Bolkestein*, acclarati gli effetti diretti in capo a quest'ultima per tramite della giurisprudenza europea, prima, del Consiglio di Stato, poi. Di qui, l'integrazione imprevedibile e postuma dell'arbitrarietà richiesta a mo' di clausola di illiceità speciale dall'art. 1161 c. nav. con l'insorgere della fatidica – ma meramente retorica – domanda se il ricorrente potesse davvero prefigurarsi un simile sviluppo processuale. La disapplicazione di una legge interna per conflitto con il diritto eurounitario determinava un aggiramento della legalità – oltre che, a cascata, della colpevolezza –: esito ulteriormente aggravato dalla illegittimità di una simile operazione, che per far prevalere il principio di *primauté* del diritto dell'Unione ha sacrificato la regola, pur cristallizzata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui dall'applicazione degli effetti diretti non può mai derivare una responsabilità penale in capo al singolo.

La reciproca esclusione di prevedibilità e disapplicazione è però apprezzabile anche là dove quest'ultima attenga al provvedimento amministrativo e alla possibilità per il giudice di vagliarne la legittimità. Così, il privato che dopo svariate lungaggini burocratiche si sia visto finalmente rilasciare un permesso di costruire, viene imprevedibilmente sorpreso da una contestazione per avere edificato in assenza di permesso, sebbene lo stesso si limiti a recare profili di illegittimità. Una imputazione imprevedibile, imposta da un utilizzo poco ortodosso dell'istituto della disapplicazione – seppur mascherato nei panni dell'accertamento di conformità – abbinato alla già censurata equiparazione tra illegittimità e assenza, che depriva la fattispecie di ogni tipicità. A ciò si somma il fatto che, anche ove si intendesse argomentare rilevando la diffusione giurisprudenziale – indi la 'prevedibilità', come

[235] M. CATERINI-D. ZINGALES, *L'interpretazione favorevole all'incolpato: spunti storici e comparati per la codificazione di una clausola generale*, in *Arch. pen.*, 2023, 2, 18. Sul punto, v. ampiamente Cap. III, par. 4.2.2.

talora intesa[236] – di tale pur criticabile equazione, permarrebbe un evidente *vulnus* di colpevolezza, che parimenti denota la disattenzione giurisprudenziale per l'affidamento del singolo[237].

Il paradigma si ripropone altresì in margine alle questioni interpretative controverse, ove l'alternativa tra lecito e illecito, o tra due fattispecie caratterizzate da diversi gradienti di severità, rimane ignota sino al momento della decisione. Certo, nell'attività di disapplicazione di un orientamento in favore di un'altra ricostruzione non si cela un vero e proprio illecito interpretativo – come invece racchiuso nella deviazione dalla 'regola *Nijmegen*' o nella equiparazione tra provvedimento 'assente' e 'illegittimo' –, ma il meccanismo di momentaneo accantonamento di una regola in cui il singolo ripone il proprio affidamento, come le tensioni in punto di prevedibilità, rimangono immutati. Gli esempi non mancano e, nel corso della trattazione, si è cercato di farli progressivamente emergere. La pagina più recente è in fase di stesura: è la volta dell'omicidio preterintenzionale, sulla cui configurabilità in concreto si sta consumando un "contrasto ormai conclamato"[238]. Così, nel contrasto si riflette vuoi un difetto di tipicità della fattispecie, vuoi l'assenza di riconoscibilità, là dove il mutamento contravviene alla irretroattività della nuova incriminazione: difetti, a ben vedere,

---

[236] Si rinvia alla nota seguente.

[237] Anche se, a nostro modo di vedere, tale obiezione si scontra con l'autorevole tesi, cui aderimmo nel Capitolo II, secondo cui il contrasto giurisprudenziale esclude la tipicità e quindi la prevedibilità (chiave di lettura, peraltro, della decisione presa dalla Corte EDU nella vicenda *Contrada*). Più chiaramente: ove sussista un protratto contrasto giurisprudenziale, è frequente – specie in giurisprudenza, ma altresì in alcune voci della dottrina – l'osservazione per cui non scaturirebbe alcun problema di imprevedibilità e, anzi, la soluzione più severa sarebbe prevedibile poiché una delle due attualmente discusse via pretoria. Il difetto che sconta questa tesi risiede nel valore attribuito alla 'prevedibilità', da intendersi non tanto nella sua accezione comune (ovvio che è possibile prevedere che il giudice tra più alternative ne sceglierà una, così come – del resto – è possibile persino prevedere che ne sceglierà una mai comparsa prima in giurisprudenza!), quanto nella sua declinazione giuridica – sia pur talora oscillante – affermatasi nell'esperienza della Corte EDU. Infatti, un contrasto prolungato di giurisprudenza impedisce a una fattispecie di stabilizzarsi correttamente, influendo inevitabilmente sulla sua tipicità: nozione che, senz'altro, rientra nella versione 'europea' della legalità come prevedibilità. Altrettanto vale, allora, nel caso in commento; poco importa se la giurisprudenza maggioritaria mette in campo una *mala* (*recte*: *nulla*) *gestio* del divieto di analogia, parificando all'atto assente quello illegittimo: la fattispecie, così intesa, soffre di un evidente deficit di tipicità, che non potrà certo riversarsi in capo al consociato.

[238] M. NICOLINI, *La Cassazione ancora sull'autonomia dell'elemento soggettivo della preterintenzione: un contrasto ormai conclamato*, in *www.sistemapenale.it*, 23 luglio 2024. Il tema è noto: da tempo, a un orientamento maggioritario che, pur formalmente rigettando la originaria ricostruzione della preterintenzione alla stregua di dolo misto a responsabilità oggettiva, nei fatti ne riproduce le cadenze, ritenendo che «la disposizione di cui all'art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato» (tra le molte, Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2024, n. 890; Cass. pen., sez. V, 31 agosto 2023, n. 36402), si contrappone un altro orientamento, che va acquisendo crescente consenso, il quale replica, in buona sostanza, la consolidata lettura dell'elemento soggettivo rilevante ai sensi del contiguo art. 586 c.p., in virtù della quale la preterintenzione si comporrebbe di dolo misto a colpa o, quantomeno, alla componente, tipicamente colposa, della prevedibilità in concreto dell'evento morte. Evidente il riflesso in tema di prevedibilità, posto che per l'agente risulterebbe di non poco momento comprendere se la propria condotta venisse affidata alla severa cornice edittale dell'art. 584 c.p. ovvero, a seguito di una valutazione di imprevedibilità in concreto dell'evento morte, dell'omicidio colposo, se non dei soli delitti di percosse o lesioni. In tema, di recente, v. V. BADALAMENTI, *Il criterio di imputazione colpevole dell'omicidio preterintenzionale: la Cassazione segna un ritorno ai binari costituzionali*, in *www.sistemapenale.it*, 13 dicembre 2023; N. GRANOCCHIA, *Prevedibilità* ex lege *dell'evento mortale e responsabilità oggettiva nell'omicidio preterintenzionale. Un primo spiraglio per la colpa in concreto si apre nella giurisprudenza della Quinta Sezione*, *ivi*, 26 luglio 2024; G. PONTEPRINO, *Preterintenzione e* culpa in re illicita*. La costruzione di uno statuto differenziato quale argine allo strisciante riconoscimento della responsabilità oggettiva*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 9 marzo 2024.

altrettanto ravvisabili una volta che si rivolga lo sguardo ai paradigmi 'europeo' e 'amministrativo' e che incidono negativamente sulla prevedibilità su cui il consociato dovrebbe fare affidamento. Una tale aporia di sistema non va però combattuta vedendo l'acerrimo nemico nei contrasti e mutamenti, i quali appartengono alla fisiologia di un sistema: con esso convivono e di esso ne promuovono la imprescindibile evoluzione. La contromisura da intraprendere va ricercata a valle, accrescendo l'apparato di garanzie cui può accedere il consociato in presenza di dette oscillazioni interpretative, ad oggi alquanto scarno, perlomeno sul piano del riconoscimento pratico.

7. Una diversa prospettiva: l'affidamento come chiave di tutela del singolo contro le oscillazioni giurisprudenziali

Rivedere le oscillazioni giurisprudenziali attraverso le lenti della disapplicazione non introduce niente di nuovo: tuttavia, ne impone l'osservazione sotto una diversa prospettiva.

Quando al momento della decisione l'interprete propende per una soluzione, è naturale che l'interesse delle parti, dei commentatori, di ogni osservatore converga sulla scelta intrapresa. Ma questo non equivale a mettere da parte la scelta 'accantonata' che, sebbene adombrata e – secondo le logiche del giudice che ha ritenuto di scartarla – scorretta, può continuare a esistere e riespandersi nelle scelte di un decisore successivo, cui il contenuto della stessa maggiormente si confaccia. L'orientamento disapplicato, insomma, sta dietro le quinte, ma su di esso non cala il sipario. È latente, e siccome potrà legittimamente tornare sul palcoscenico della medesima (in altro grado di giudizio) o di successive vicende processuali non si vede perché il consociato tenuto a conoscere il diritto – secondo il giusnaturalistico patto stretto con il Leviatano – non vi debba riporre il proprio, legittimo, affidamento. Affidamento a vedersi applicata *quella* soluzione giuridica, con la conseguenza che – ove tale aspettativa venga delusa – potrà[239] essere fatta luce su un vizio di determinatezza (nei suoi sotto-corollari di intelligibilità, tipicità, verificabilità), di riconoscibilità, di irretroattività. A emendare tali vizi potranno senz'altro contribuire i rimedi già proposti in seno alla dottrina e cursoriamente emersi in sede di legittimità: la efficacia e la fondatezza sono già state dimostrate, si tratta di diffondere una cultura dell'affidamento che sappia coscienziosamente valorizzarli.

[239] Non ogni contrasto legittima l'accesso ai rimedi dell'affidamento: sul presupposto che non esiste un numero di sentenze (favorevoli e contrarie) al di sotto del quale il contrasto può dirsi irrilevante e viceversa (sul tema ci siamo già soffermati in chiusura del Cap. II, par. 7), va tenuto presente che tale mutamento di prospettiva non determina un correttivo operante in via oggettiva per tutti i casi di oscillazione giurisprudenziale, ma dovrebbe infondere nel decisore una maggiore consapevolezza circa la propria funzione di tutore della legalità, meglio preservata se all'affidamento venisse assicurata maggiore rilevanza nell'esperienza giurisprudenziale.

Occorre, pertanto, intendersi sul valore che si intenda riconoscere alla nozione di affidamento, fatta nostra a più riprese nell'ambito del presente lavoro, al costante scopo di sostenere la meritevolezza delle ragioni di tutela del singolo, vuoi derivanti da un aggiramento della legalità, vuoi derivanti da una violazione della colpevolezza, e però mai isolatamente tematizzata. In effetti, l'affidamento che con frequenza (ma fuggevolezza) compare nelle decisioni della Corte costituzionale ha tradizionalmente costituito oggetto di analitica trattazione al di fuori del diritto penale, godendo di particolare attenzione in seno alla dottrina costituzionalistica[240]. La ragione di tale apparente disinteresse penalistico[241] si deve al fatto che, se in altre branche giuridiche è stato invocato come unica via di tutela del privato – collegandosi ora alla certezza del diritto[242], ora alla buona fede oggettiva[243] –, *in criminalibus* esso non costituirebbe che un concetto descrittivo di garanzie già operanti e confluenti negli alvei di legalità e colpevolezza. Purtuttavia, riteniamo che nel momento in cui le certezze sottese a tali pilastri si fanno cedevoli, l'affidamento recuperi la sua utilità, convogliando su di sé il fine personalistico cui legalità e colpevolezza – unite in un nesso inscindibile[244] – devono tendere.

L'ampiezza semantica dell'affidamento sembra – in altri termini – costituire la miglior versione italiana della prevedibilità europea che, libera (talora forse eccessivamente) da rigidi dogmatismi, ha però saputo risvegliare l'attenzione verso le tutele del consociato. Ciò non significa patrocinare la

---

[240] Volendosi limitare ad alcuni riferimenti, P. CARNEVALE, *'...Al fuggir di giovinezza ... nel diman s'ha più certezza': brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale: nota a Sent. (27 ottobre) 4 novembre 1999 n. 416*, in *Giur. Cost.*, 1999, 6, 3643 ss.; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (Parte prima)*, in *Giur. it.*, 2007, 1825 ss.; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, 2018; F. ROSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in AA.VV., Scintillae iuris*. Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, 319 ss.; A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa e affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica. La Legge N. 367 del 2001 tra Giudici e Corte Costituzionale*, in P. VERONESI (a cura di), *Rogatorie internazionali e dintorni*, Torino, 2002, 243 ss.; M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in G. COCCO (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012, 17 ss.;

[241] Nella dottrina penalistica, v., tuttavia, i frequenti richiami all'affidamento, anche in rapporto all'art. 7 CEDU, da parte di F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 19 dicembre 2016, *passim*.

[242] Sulle differenze esistenti tra certezza del diritto e prevedibilità in materia penale, G. CARUSO, voce *Prevedibilità Prevedibilità e legalità (nel diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IX, Torino, 2021, 539 s. V. inoltre M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 25 ottobre 2018, 2: «sebbene sia cosa diversa, la certezza s'intreccia con l'affidamento, il quale tutela la sfera di libertà (anche nel senso di autodeterminazione) degli individui nel loro rapporto con il pubblico potere. Tale intreccio non si radica unicamente in una ragione logica, ma anche in una ragione storica, perché lo Stato di diritto giace su un'evidente premessa contrattualista, che lo concepisce come il prodotto di un patto tra i cittadini, che l'hanno scelto per garantirsi la reciproca sicurezza. È per questo che l'affidamento non è generica aspettativa di stabilità o irretrattabilità delle scelte normative, ma specifica fiducia nella preclusione di non prevedibili scelte legislative *in malam partem*».

[243] F. MERUSI, op. cit., *passim*.

[244] Cap. II, parr. 5. ss.

adozione di un ulteriore principio privo di una immediata ascendenza costituzionale[245], quanto incoraggiare il recupero di una concezione integrata delle fondamentali garanzie penalistiche nella prospettiva di una implementazione – sul piano pratico – della operatività delle stesse. E il concetto di affidamento meglio di ogni altro riesce a condensare tali istanze, ricordando al penalista che legalità e colpevolezza costituiscono la prestazione irrinunciabile cui lo Stato – in ogni sua articolazione – deve adempiere in favore del consociato[246].

Da questa nozione – che, non a caso, è emersa in ognuna delle casistiche esaminate secondo il prescelto paradigma della disapplicazione – occorrerebbe ripartire anche nella gestione delle caotiche dinamiche giurisprudenziali, su modello di quelle autorevoli decisioni che, pur come voci fuori dal coro, hanno già dato spazio alla prevedibilità, nel segno dell'affidamento del singolo.

I correttivi proposti in dottrina costituiscono opzioni attuative validissime, ma la cui efficacia dipende dall'utilizzo che la classe giurisprudenziale sia disposta a farne. Un cambio di passo verso una più tangibile tutela dell'affidamento deve preventivamente transitare dalla cruna – stretta – di una evoluzione nella cultura ermeneutica che anima la figura del giudice: un percorso tortuoso, di lunghezza 'generazionale' e di cui non è dato presagire (prevedere) il punto di arrivo, ma lungo il quale le proposte della dottrina hanno il dovere di segnare la via.

[245] M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1838, intravede tuttavia la emersione costituzionale dello stesso, quantomeno in materia penalistica, nell'art. 25, co. 2 Cost.

[246] *Ibidem*: «[i]l rapporto sicurezza/certezza/affidamento è addirittura costitutivo dell'essenza stessa della statualità, per come concepita (pure nelle sue molteplici manifestazioni) dalla dottrina dello Stato di diritto, sicché ogni attentato alla certezza e all'affidamento si presenta come un attentato allo stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani».

BIBLIOGRAFIA

AIMI, Alberto, *La nozione di dolo specifico di profitto al vaglio delle Sezioni Unite*, in *www.sistemapenale.it*, 15 febbraio 2023;

ALAGNA, Rocco, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007;

ALBAMONTE, Adalberto, *Rilevanza penale dell'illegittimità della concessione edilizia alla luce della l. 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Cass. pen.*, 1987, 2095 ss.;

ALBERTI, Jacopo, DE CRISTOFARO, Giovanni (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale come strumento di sviluppo degli ordinamenti*, Napoli, 2023;

ALIBRANDI, Tommaso, *L'incidenza del rilascio della licenza nelle contravvenzioni edilizie*, in *Foro amm.*, 1977, 1664 ss.;

ALIBRANDI, Tommaso, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969;

AMALFITANO, Chiara (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018;

AMALFITANO, Chiara, ARANCI, Matteo, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *www.sistemapenale.it*, 25 gennaio 2022;

AMARELLI, Giuseppe, Butterfly effect *e interdittive antimafia. L'incostituzionalità di una norma edilizia regionale può determinare l'illegittimità delle interdittive generiche?*, in *www.sistemapenale.it*, 8 luglio 2024;

AMARELLI, Giuseppe, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1406 ss.;

AMARELLI, Giuseppe, *Le Sezioni unite dilatano il dolo specifico nel delitto di furto: un caso di cripto-analogia* in malam partem *con effetti irragionevoli?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 1, 179 ss.;

AMARELLI, Giuseppe, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in *www.criminaljusticenetwork.eu*, 16 novembre 2018;

AMARELLI, Giuseppe, *Pornografia minorile: le Sezioni Unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in *Giur. it.*, 2019, 1207 ss.;

AMATI, Enrico, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020;

AMBROSETTI, Enrico Mario, *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della formula di Radbruch*, in ID. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 18 ss.;

AMBROSETTI, Enrico Mario, *Il t.u. sull'edilizia: profili di diritto penale*, in *Riv. amm. reg. Veneto*, 82 ss.;

AMBROSETTI, Enrico Mario, *In margine alle c.d. sentenze del muro di Berlino: note sul problema del «diritto ingiusto»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 596 ss.;

AMBROSETTI, Enrico Mario, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 1, 44 ss.;

AMORE, Nicolò, *L'interpretazione praticabile. Appunti verso un'ermeneutica penale spendibile nel processo*, in *Arch. pen.*, 2022, 3, 1 ss.;

AMOROSO, Maria Cristina, *Giudice penale ed atto amministrativo*, Giudice penale ed atto amministrativo, in *Corte Suprema di Cassazione - Ufficio del Massimario, Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni Penali*, 2017;

ANGELONI, Renato, *e a.*, *Diritto naturale vigente*, Roma, 1951.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 1966;

ANTONIOLLI DEFLORIAN, Luisa, *Il ruolo del precedente nel* common law *inglese*, in U. VINCENTI (a cura di), *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, Padova, 1998, 180 ss.;

APRATI, Roberta, *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. MARANDOLA-T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 293 ss.;

APRATI, Roberta, *Stabilità e mutamento del diritto giurisprudenziale: alla ricerca di un giusto equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2024, 7-8, 2091 ss.;

APRILE, Ercole, *La Corte Costituzionale "riscrive" la disciplina delle misure di prevenzione "generiche" per garantirne maggiore determinatezza nei loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni – C. Cost., 27 febbraio 2019, n. 24*, in *Cass. pen.,* 5-6, 1864 ss.;

ARCIERI, Susanna, *La giustizia è ciò che il giudice ha mangiato a colazione?*, in *www.dirittopenaleuomo.org*, 12 aprile 2019;

ARDIZZONE, Giorgio, *Il nuovo assetto del sistema penale tributario: un'analisi del d.lgs. 14 giugno 2024 n. 87*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 31 gennaio 2025;

BADALAMENTI, Valentina, *Il criterio di imputazione colpevole dell'omicidio preterintenzionale: la Cassazione segna un ritorno ai binari costituzionali*, in *www.sistemapenale.it*, 13 dicembre 2023;

BAJNO, Riccardo, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980;

BALSAMO, Antonio, *La Corte Europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen*., 2014, 4, 1395 ss.;

BALSAMO, Antonio, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 2202 ss.

BALSAMO, Antonio, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte Europea*, in *Cass. pen.*, 2008, 7/8, 3183 ss.;

BALSAMO, Antonio, LO PIPARO, Angela, *La contiguità all'associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, in B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Torino, 2015, 99 ss.;

BALSAMO, Antonio, RECCHIONE, Sandra, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416* bis *c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *www.penalecontemporaneo.org.*, 18 ottobre 2013;

BARATTA, Alessandro, *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1959, 177 ss.;

BARON, Luca, *Riflessioni attorno allo "statuto ermeneutico" della malversazione in erogazioni pubbliche, tra ambiguità del dato semantico e centralità del formante giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2024, 3;

BARTOLI, Roberto, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005;

BARTOLI, Roberto, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale. Giurisprudenza consolidata, riconfigurazione dei principi, contro-limiti*, in *www.sistemapenale.it*, 14 aprile 2022;

BARTOLI, Roberto, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale*, in *www.sistemapenale.it*, 14 aprile 2022;

BARTOLI, Roberto, *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, 143 ss.;

BARTOLI, Roberto, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 4, 1769 ss.;

BARTOLI, Roberto, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *www.sistemapenale.it*, 28 giugno 2022;

BASILE, Enrico, *Contravvenzioni e contraddizioni in tema di abusi di mercato: tutela penale dei sistemi multilaterali di negoziazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, 4, 747 ss.;

BASILE, Enrico, *Mini-riforma del* market abuse*: obiettivi mancati ed eterogenesi dei fini nel D.Lgs. n. 107/2018*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 3, 329 ss.;

BASILE, Enrico, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 272 ss.;

BASILE, Enrico, *Verso la riforma della disciplina italiana del* market abuse*: la legge-delega per il recepimento della direttiva 57/2014/UE*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 10 dicembre 2015;
BASILE, Fabio, *Riflessioni sparse sul delitto di associazione mafiosa. A partire dalla terza edizione del libro di Giuliano Turone*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 26 aprile 2016;
BASILE, Fabio, MARIANI, Elena, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti "abitualmente dediti a traffici delittuosi": questioni aperte in tema di pericolosità*, in *Giust. Pen.*, 2019, 5, 151 ss.;
BEDUSCHI, Lodovica, COLELLA, Angela, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto a libere elezioni (art. 3 Prot. 1)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, 281 ss.;
BELFIORE, Elio R., *Concessione edilizia illegittima e reato di costruzione abusiva: una questione ancora irrisolta*, in *Foro it.*, 1996, II, 499 ss.;
BELFIORE, Elio R., *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997;
BELFIORE, Elio R., *Giudice nazionale e corti europee: disapplicazione illiberali e conformazioni* in malam partem, in *www.DisCrimen.it*, 1° settembre 2021;
BELFIORE, Elio R., *Incandidabilità/decadenza e principio di irretroattività della sanzione penale*, in *Criminalia*, 2013, 1, 423 ss.;
BENETAZZO, Cristiana, *"Primazia" del diritto U.E. e proroghe* ex lege *delle concessioni balneari*, in
BERNARDI, Alessandro (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015;
BERNARDI, Alessandro, *«Riserva di legge» e fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 2006, 1 ss.;
BERNARDI, Alessandro, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 37 ss.;
BERNARDI, Alessandro, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 1-2, 9 ss.;
BERNARDI, Alessandro, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 9, 2, 333 ss.;
BERNARDI, Alessandro, *Il caso* Navalny *alla Corte EDU e la parabola della Russia nel Consiglio d'Europa*, Torino, 2024;
BERNARDI, Alessandro, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 673 ss.;
BERNARDI, Alessandro, *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale e i problemi posti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2023, 1, 172 ss.;

BERNARDI, Alessandro, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004;
BERNARDI, Alessandro, *L'influenza del diritto comunitario sulla normativa penale agro-alimentare*, in L. COSTATO (diretto da), *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, 2003, 1132 ss.;
BERNARDI, Alessandro, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 1, 43 ss.;
BERNARDI, Alessandro, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Napoli, 2019;
BERNARDI, Alessandro, *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (diretto da), *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, 249 ss.;
BERNARDI, Alessandro, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2, 671 ss.;
BERNARDI, Alessandro, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in A. GERMANO-E. ROOK BASILE (a cura di), *Aspetti penali del diritto agro-ambientale ed agro-alimentare*, Milano, 1999, 108 ss.;
BERNARDI, Alessandro, *Sui rapporti tra diritto penale e* soft law, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 536 ss.;
BERNARDI, Alessandro, *Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti penali* in malam partem, in *www.wsistemapenale.it*, 3 febbraio 2023;
BERNARDI, Alessandro, CUPELLI, Cristiano (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017;
BERNASCONI, Costanza, *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, 193 ss.;
BERNASCONI, Costanza, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008;
BERNASCONI, Costanza, *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo*, in *www.DisCrimen.it*, 26 marzo 2020;
BETTIOL, Giuseppe, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 1973;
BEVILACQUA, Benedetto, *Le misure sanzionatorie amministrative e penali della legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 28 maggio 2013;
BIANCHI, Malaika, *"*The tie must go to the defendant*". La* rule of lenity *nel diritto penale statunitense*, in *Ind. Pen.*, 2020, 1, 230 ss.;
BIGIAVI, Walter, *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi Urbinati*, 1933-34, 1 ss.;

BIGNAMI, Marco, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *www.questionegiustizia.it*, 19 novembre 2018;

BIN, Ludovico, *La prima sentenza "*post *Taricco" della Cassazione*, in *Arch. pen.*, 2016, 1;

BIN, Ludovico, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino, 2022;

BIN, Roberto, BRUNELLI, Giuditta, PUGIOTTO, Andrea, VERONESI, Paolo (a cura di), *Ai confini del "*favor rei*". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005;

MANACORDA, Stefano, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso* Taricco, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3488 ss.;

BIN, Roberto, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 4 luglio 2016;

BLACK, Henry C., *Law of Judicial Precedent*, Minnesota, 1912;

BOBBIO, Norberto, *Legalità*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (diretto da), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, 554 ss.;

BONOMI, Andrea, *Costituzione e divieto di analogia in materia penale*, Bari, 2023;

BONOMI, Andrea, *Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un* unicum, in *www.ConsultaOnLine.it*, 10 novembre 2021;

BOSCARELLI, Marco, *Nota a Corte cost. 8 giugno 1981, n. 96*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1147 ss.;

BRAMBILLA, Patrizia, *Il decreto "Severino" al vaglio della Corte di Strasburgo: escluso il "carattere penale" dell'incandidabilità parlamentare e del divieto di ricoprire cariche elettive regionali*, in *www.sistemapenale.it*, 8 luglio 2021;

BRICOLA, Franco, *Art. 25, co. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 227 ss.;

BRICOLA, Franco, voce *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 56 ss.;

BURELLI, Camilla, *Responsabilità penale dell'operatore balneare: ancora una pronuncia della Cassazione*, in *www.EUblog.eu*, 18 maggio 2022;

CADOPPI, Alberto, Error iuris*: coscienza dell'antigiuridicità extrapenale e ritardo nel versamento delle ritenute*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 73 ss.;

CADOPPI, Alberto, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022;

CADOPPI, Alberto, *Il codice Zanardelli e la codificazione nei paesi di* common law, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 4, 1052 ss.;

CADOPPI, Alberto, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino, 2014;
CADOPPI, Alberto, *La genesi delle fattispecie penali. Una comparazione tra* civil law *e* common law, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, 147 ss.;
CADOPPI, Alberto, *La legge è uguale per tutti. Ripensare Beccaria oggi in tema di legalità, tra* favor libertatis *e diritti fondamentali*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Milano, 2016, 131 ss.;
CADOPPI, Alberto, *Legalità tra* common law *e* civil law, in AA.VV., *Studi in onore di Giovanni Grasso*, II, Pisa, 2023, 775 ss.;
CADOPPI, Alberto, *Perché il cittadino possa "...esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto". Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Ind. pen.*, 2015, 569 ss.;
CADOPPI, Alberto, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2016, 407 ss.;
CALAMANDREI, Piero, *Prefazione* a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Firenze, 1945;
CANNADA-BARTOLI, Eugenio, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950;
CANNADA-BARTOLI, Eugenio, voce *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 508 ss.;
CANNIZZARO, Enzo, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, 138 ss.;
CANNIZZARO, Enzo, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 45 ss.;
CAPOGRASSI, Giuseppe, *Il diritto dopo la catastrofe*, in ID., *Opere*, V, Milano, 1959;
CARLASSARE, Lorenza, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 605 ss.;
CARLIZZI, Gaetano, OMAGGIO, Vincenzo (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, 2016;
CARLIZZI, Gaetano, OMAGGIO, Vincenzo, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010;
CARNEVALE, Paolo, *'...Al fuggir di giovinezza ... nel diman s'ha più certezza': brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale: nota a Sent. (27 ottobre) 4 novembre 1999 n. 416*, in *Giur. Cost.*, 1999, 6, 3643 ss.;
CARRARO, Luca, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio. La tutela penale dall'arbitrio pubblico dopo la c.d. riforma Nordio*, Pisa, 2025;

CARRARO, Luca, *La Consulta dichiara la parziale illegittimità dell'art. 649 c.p.p. per violazione del* ne bis in idem *in materia di diritto d'autore: la natura "ectoplasmatica" del test di* close connection, in *Arch. pen.*, 2023, 1;

CARRIERO, Maria Federica, *Crisi della legalità e intelligenza artificiale: uno sguardo (comparato) d'insieme*, in *Arch. pen.*, 2024, 2;

CARRIERO, Maria Federica, *La fattispecie di accesso abusivo al sistema informatico tra contrasti giurisprudenziali e "tipicità sopravvenuta"*, in *Cass. pen.*, 2023, 269 ss.;

CARRIERO, Maria Federica, *Qualche breve annotazione sul tema dei reati di comune pericolo*, in *Arch. pen.*, 2025, 1;

CARTABIA, Marta, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, 5, 222 ss.;

CARTABIA, Marta, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3565 ss.;

CARTABIA, Marta, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS-E. GROSSO-J. LUTHER, *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, 463 ss.;

CARTUYVELS, Yves, *Les droits l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation?*, in H. DUMONT-F. OST-S. VAN DROOGHENBROECK (a cura di), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, 391 ss.;

CARUSO, Giovanni, *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, in *www.sistemapenale.it*, 20 aprile 2021;

CARUSO, Giovanni, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale*, Padova, 2005;

CARUSO, Giovanni, *Il trattamento medico/chirurgico arbitrario tra «lettera» della legge e «dimensione ermeneutica» del fatto tipico*, in *Ind. pen.*, 2003, 3, 1013 ss.;

CARUSO, Giovanni, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009;

CARUSO, Giovanni, *Post-modernità e legalità penale. A proposito di 'legalismo' interno e 'creazione giurisprudenziale' sovranazionale*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, 2019, 71 ss.;

CARUSO, Giovanni, *Simbolicità e Legalità nel Processo di Norimberga. Ancora a proposito della c.d. formula di Radbruch*, in *L'Ircocervo*, 2016, 1, 64 ss.;

CARUSO, Giovanni, *Struttura e portata applicativa dell'associazione di tipo mafioso*, in B. ROMANO, *Le associazioni di tipo mafioso* (a cura di), Torino, 2015, 27 ss.;
CARUSO, Giovanni, voce *Ambiente (riforma penale del)*, in *Dig. disc. pen. – Agg. IX*, Torino, 2016, 70 ss.;
CARUSO, Giovanni, voce *Prevedibilità e Legalità (nel diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IX, 2021, Torino, 534 ss.;
CARUSO, Giovanni, DELLA VALENTINA, Jacopo, *La repressione degli abusi nelle sovvenzioni pubbliche dopo il c.d. Decreto liquidità. tra esigenze di giustizia 'sostanziale' e divieto di cripto-analogia* in malam partem, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 26 gennaio 2024;
CASTALDO, Andrea, *Finalmente rivalutato il principio di legalità nell'ipotesi di concessione edilizia illegittima disapplicata dal giudice penale*, in *Arch. pen.*, 1983, 209 ss.;
CASTRONUOVO, Donato, *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in L. FOFFANI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, II, Bologna, 2015, 139 ss.;
CASTRONUOVO, Donato, *La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2018, 2, 11 ss.;
CATENACCI, Mauro, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 9, 1073 ss.;
CATENACCI, Mauro, *I reati in materia di ambiente*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2019³, 442 ss.;
CATERINI, Mario, *«Osso, Mastrosso e Carcagnosso»: l'affiliazione rituale alle associazioni di tipo mafioso alla prova dei princìpi di offensività, proporzione e ragionevole dubbio interpretativo*, in *Arch. pen.*, 2021, 3;
CATERINI, Mario, *Dal* cherry picking *del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Pol. Dir.*, 2019, 2, 330 ss.;
CATERINI, Mario, *Il giudice penale robot*, in *www.lalegislazionepenale.eu.*, 19 dicembre 2020;
CATERINI, Mario, In dubio interpretatio pro reo. *Un onere motivazionale allargato per arginare la creatività giudiziale*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 507 ss.;
CATERINI, Mario, In poenis benignior est interpretatio facienda, in *Arch. giur.*, 2023, 1, 51 ss.;
CATERINI, Mario, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in P.B. HELZEL-A.J. KATOLO (a cura di), *Autorità e crisi dei poteri*¸ Padova, 2012, 118 ss.;

CATERINI, Mario, ZINGALES, Diana, *L'interpretazione favorevole all'incolpato: spunti storici e comparati per la codificazione di una clausola generale*, in *Arch. pen.*, 2023, 2;

CATERINI, Mario, ZINGALES, Diana, *La* rule of lenity *nell'*Immigration Law *statunitense: spunti comparativi per il diritto penale italiano*, in *Arch pen.*, 2022, 3;

CATTANEO, Mario A., *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970;

CAVALIERE, Antonio, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000;

CAVALIERE, Antonio, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, in *Arch. pen.*, 2023, 2;

CAVALIERE, Antonio, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del "diritto penale vivente" interno ed europeo*, in *Ind. pen.*, 2017, 3, 657 ss.;

CAVALLA, Francesco, CONSOLO, Claudio, DE CRISTOFARO, Marco, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di* overruling, in *Corr. giur.*, 2011, 1392 ss.;

CELANO, Bruno, *Stato di diritto*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, 402 ss.

CERFEDA, Marco, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia"*, in *Arch. pen.*, 2019, 2;

CHIARAVIGLIO, Pietro, *Effetti espansivi del diritto UE sul penalmente rilevante: il caso delle concessioni marittime*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 5, 1410 ss.;

CHIARLONI, Sergio, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 118 ss.;

CHIAVARIO, Mario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969;

CHIBELLI, Andrea, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 15 ss.;

CINGARI, Francesco, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in *Dir. pen. cont.,* 2012, 1, 79 ss.;

CINTIOLI, Fabio, voce *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. – Annali III*, 2009, 269 ss.;

CIVELLO, Gabriele, *La legalità come inconveniente: la "dimenticanza della legge" e le sue conseguenze nella teoria del reato*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 1 ss.;

CIVELLO, Gabriele, *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale"*, in *Arch. pen.*, 2016, 1;
CIVELLO, Gabriele, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Arch. pen.*, 2018, 3;
COCCO, Giovanni, *Alcuni caposaldi dell'interpretazione liberale. Insegnamenti e differenze con l'esperienza statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 4, 1339 ss.;
COCCO, Giovanni, *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice – I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1, 6 ss.;
COCCO, Giovanni, *Introduzione ai rapporti tra legislazione e giurisdizione in materia penale nello stato di diritto. Contributo a un riordino dei principi*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2023, 5, 1398 ss.;
COCCO, Giovanni, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996;
COCCO, Giovanni, *L'eredità illuministico-liberale: Principi forti per affrontare la realtà contemporanea*, in ID., (a cura di) *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, 1 ss.;
COCCO, Giovanni, AMBROSETTI, Enrico Mario, *Trattato breve di diritto penale. Parte generale. Punibilità e pene*, Padova, 2018;
COGNIZZOLI, Maria Elisabetta, *Caso De Magistris: la Corte Costituzionale dichiara l'infondatezza della questione di legittimità della cd. Legge Severino*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 4 dicembre 2015;
COLELLA, Angela, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 3/4, 250 ss.;
COLELLA, Angela, *La vicenda "Pascoli d'oro"*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1, 57 ss.;
COLELLA, Angela, *Una nuova ipotesi di applicazione diretta* in malam partem *del diritto della UE: la Corte di Cassazione disapplica la normativa interna che prevede un margine di tolleranza del 10% al divieto di pesca e commercializzazione del novellame e afferma, conseguentemente, la responsabilità penale dell'imputato*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 4 marzo 2011;
COMPORTI, Gian Domenico, MORLINO, Elisabetta, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 129 ss.;
CONSULICH, Federico, *'Materia penale' e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo (Il paradigma sanzionatorio tra definizioni formali e definizioni sostanziali)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 74 ss.;
CONSULICH, Federico, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 1, 45 ss.;

CONTENTO, Gaetano, *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1992;

CONTENTO, Gaetano, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979;

CONTI, Roberto, *Chi ha paura del Protocollo 16 – e perché?*, in *www.sistemapenale.it*, 27 dicembre 2019;

COPPI, Franco, voce *Plagio*, in *Enc. dir.*, 1983, XXXIII, 934 ss.

CORDERO, Franco, *Procedura penale*, Milano, 2003[7];

COSTA, Paolo, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 89 ss.;

COSTA, Paolo, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, I, 2007, 13 ss.;

CRISAFULLI, Vezio, *I principi costituzionali sull'interpretazione e applicazione della legge*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, 1940, 663 ss.;

CRISAFULLI, Vezio, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, 1964, 195 ss.;

CRIVELLI, Elisabetta, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Rivista AIC 2021*, 2, 50 ss.;

CRIVELLI, Elisabetta, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Torino, 2022;

CUDIA, Chiara, *Il sindacato del giudice penale sugli abusi edilizi "a prescindere" dall'atto: dalla disapplicazione del provvedimento alla disapplicazione del sistema amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 17 maggio 2023;

CUPELLI, Cristiano, *Divieto di analogia* in malam partem *e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 2021, 4, 1807 ss.;

CUPELLI, Cristiano, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2012, 535 ss.;

CUPELLI, Cristiano, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, 1, 181 ss.;

CUPELLI, Cristiano, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 4 giugno 2018;

CUPELLI, Cristiano, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012;

CUPELLI, Cristiano, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'U.E.*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 4, 411 ss.;
CUPELLI, Cristiano, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole*, in *www.penaledp.it*, 11 gennaio 2023;
D'AMBROSIO, Luca, *La disapplicazione dei divieti penali in materia di raccolta di scommesse:* rien ne va plus*?*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2009, 179 ss.;
D'AMICO, Marilisa, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1, 315 ss.;
D'ANDREA, Roberto, *La pena della vita*, in *Arch. pen.*, 2021, 2;
D'ANGELOSANTE, Melissa, *Il sindacato dell'atto amministrativo nell'esercizio della giurisdizione penale, fra garanzie dell'imputato e tutela dell'amministrazione e del suo giudice*, in *Arch. pen.*, 2023, 1;
D'ASCOLA, Vincenzo Nico, *Alla ricerca di un diritto che non c'è - La presunta retroattività della "legge Severino", tra derive assiomatiche e suggestioni moralistiche*, in *Retroattività e 'legge Severino' - Arch. pen.*, 2014, 1;
D'IPPOLITO, Ernesto, Kulturnormen *ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2012, 11, 3711 ss.
DAMOSSO, Francesco M., *Il vincolo al precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*, Torino, 2022;
DAMOSSO, Francesco M., *Riflessioni organiche sul precedente anglo-americano*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 21 ottobre 2020;
DANIELE, Luigi, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018;
DE AMICIS, Gaetano, *Principî di diritto, massime e prevedibilità delle decisioni: la Corte di cassazione tra stabilità e mutamento*, in *www.sistemapenale.it*, 16 ottobre 2024;
DE BLASIS, Silvia, L'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità della norma penale, Napoli, 2023;
DE BLASIS, Silvia, Oggettivo*,* soggettivo *ed* evolutivo *nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 4, 128 ss.;
DE FIORES, Claudio, *Trasformazione della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova, 2001;
DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 1, 32 ss.;

DE MAGLIE, Cristina, *Nota introduttiva. Tavola rotonda "Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?"*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2013, 205 ss.;
DE SANTIS, Giovanni, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012;
DELLA BELLA, Angela, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale* ex *art. 41* bis *o.p.*, Milano, 2017;
DELLA TORRE, Jacopo, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, 1835 ss.;
DELLA VALENTINA, Jacopo, *Errore di diritto e manipolazione di mercato: una (insperata) occasione per il recupero di un rimedio dimenticato? Nota a Trib. Bologna, sez. I, 30 marzo 2023*, in *Cass. pen.*, 2024, 9, 2796 ss.;
DELLA VALENTINA, Jacopo, *Il paradigma del* ne bis in idem *tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e* overlapping protection, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2022, 3, 219 ss.;
DELLA VALENTINA, Jacopo, *L''eterno ritorno' alla Corte EDU di prevedibilità e* matière pénale *tra efficienza e garantismo. Riflessioni a margine di C. EDU, Sez. I, sentt. 17 giugno 2021, Galan e Miniscalco c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2022, 2;
DELLA VALENTINA, Jacopo, *L'insostenibile leggerezza del principio di prevedibilità di fronte al "diritto penale europeo"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2023, 3, 76 ss.;
DELLA VALENTINA, Jacopo, *Quando il custode custodisce se stesso: note a margine della censura di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 11, 1482 ss.;
DELLA VALENTINA, Jacopo, *Sovranità penale e rapporti tra Corti nell'epoca del costituzionalismo multilivello, in www.lalegislazionepenale.eu*, 15 marzo 2023;
DELMAS-MARTY, Mirelle, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986;
DI GIOVINE, Ombretta, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 2, 11 ss.;
DI GIOVINE, Ombretta, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 1, 159 ss.;
DI GIOVINE, Ombretta, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2012, 267 ss.;
DI GIOVINE, Ombretta, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in C.E. PALIERO-S. MOCCIA-G. DE FRANCESCO-G. INSOLERA-M. PELISSERO-R. RAMPIONI-L. RISICATO, (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, 146 ss.;

DI GIOVINE, Ombretta, *L'attuale, il frainteso e il superato dell'ermeneutica penale nel contesto italiano*, in *Ars Interpretandi*, 2020, 2, 67 ss.;

DI LANDRO, Andrea R., *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*, Torino, 2018;

DI MARTINO, Alberto, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2014, 91 ss.;

DINACCI, Filippo Raffaele, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, in *Cass. pen.*, 2019, 874 ss.;

DOLCINI, Emilio, VIGANÒ, Francesco, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 232 ss.;

DONINI, Massimo, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003;

DONINI, Massimo, *Diritto penale. Parte generale*, I, Milano, 2024;

DONINI, Massimo, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 1 ss.;

DONINI, Massimo, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011;

DONINI, Massimo, *Fattispecie o* case law*? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 2018, 4, 79 ss.;

DONINI, Massimo, *Ignoranza ed errore*, in F. BRICOLA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Codice penale. Parte generale*, Torino, 1984, 363 ss.;

DONINI, Massimo, *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.*, 2016, 1, 346 ss.;

DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004;

DONINI, Massimo, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1577 ss.;

DONINI, Massimo, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un "nuovo" ruolo della Corte di Cassazione a fianco o al posto del vecchio? Recensione a Alberto Cadoppi, Il valore del precedente nel diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2002, 1165 ss.;

DONINI, Massimo, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza* ante applicationem *e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 11 luglio 2018;

DONINI, Massimo, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1, 27 ss.;
DONINI, Massimo, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2020, 2;
DONINI, Massimo, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull'*ignorantia legis, in L. FOFFANI-M.C. FREGNI-R. LAMBERTINI (a cura di), Liber amicorum *per Massimo Bione*, Milano, 2011, 173 ss.;
DONINI, Massimo, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2010, 127 ss.;
DONNARUMMA, Maria Rosaria, *La nozione di "sanzione penale" e il caso Galan*, in *Dir. pen. uomo*, 2021, 9, 1 ss.;
DOVERE, Salvatore, *Reati in materia di disastri o infortuni e di sicurezza sul lavoro*, in D. CASTRONUOVO (a cura di), *Reati contro l'incolumità pubblica. Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2024, 239 ss.;
DWORKIN, Ronald, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010;
ENGISCH, Karl, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heindelberg, 1963[3], 15;
ESPOSITO, Andreana, ROMEO, Gioacchino, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Padova, 1995;
EUSEBI, Luciano, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, 1668 ss.;
FECHNER, Erich, *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1962;
FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1996;
FERRAJOLI, Luigi, *Giustizia e politica, Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Roma-Bari, 2024;
FERRAJOLI, Luigi, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016;
FERRAJOLI, Luigi, *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 349 ss.;
FERRARO, Fabio, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e Società*, 2021, 3, 359 ss.;
FERRUA, Paolo, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, 315 ss.;
FIANDACA, Giovanni, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.;

FIANDACA, Giovanni, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1722 ss.;

FIANDACA, Giovanni, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 2, 353 ss.;

FIANDACA, Giovanni, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, II, 2007, 1247 ss.;

FIANDACA, Giovanni, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014;

FIANDACA, Giovanni, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, 13 ss.;

FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019[8];

FIDELBO, Giorgio, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 33 ss.;

FIDELBO, Giorgio, *Sezioni Unite e principio di diritto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 29 gennaio 2018;

FIDELBO, Giorgio, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 29 gennaio 2018;

FINOCCHIARO, Stefano, *Art. 1 Prot. Add.*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, 413 ss.;

FINOCCHIARO, Stefano, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte Edu*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 4 marzo 2019;

FINOCCHIARO, Stefano, *La confisca senza condanna nello spazio europeo: mentre a Bruxelles è in cantiere una nuova direttiva, a Strasburgo l'Italia è sotto esame nel ricorso "Cavallotti"*, in *Sist. pen.*, 2023, 11, 77 ss.;

FINOCCHIARO, Stefano, *La nuova direttiva dell'Unione europea in materia di sequestro e confisca*, in *www.sistemapenale.it*, 5 giugno 2024;

FIORE, Emanuele, *Lottizzazione abusiva in ipotesi di autorizzazione illegittima*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 735 ss.;

FIORELLA, Antonio, *La codificazione penale in Italia e le sue prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 2019, 2;

FIORELLA, Antonio, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018;

FLORA, Giovanni, *"Mi parli del dolo specifico nei delitti contro il patrimonio". La risposta (sbagliata?) delle Sezioni Unite*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2023, 3-4, 601 ss.;

FLORA, Giovanni, *Il "diritto penale europeo" nella prospettiva della Corte di Giustizia*, in *Studi Senesi*, CXXIX, 2017, 47 ss.;

FOIS, Sergio, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, 659 ss.;

FORNASARI, Gabriele, *Costruzione illegittima e ambito di rilevanza della «buona fede»*, in *Giur. merito*, 1986, 233 ss.;

FORNASARI, Gabriele, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993;

FORNASARI, Gabriele, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990;

FORNASARI, Gabriele, *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*, in *Foro it.*, 1986, II, 84 ss.;

FRANCHINI, Flaminio, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 337 ss.;

GADAMER, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960;

GALANTE, Andrea, *Le Sezioni Unite in tema di pedopornografia: escluso il pericolo di diffusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 961 ss.;

GALGANI, Benedetta, *Le vicende dell'incandidabilità nella dialettica tra garanzie costituzionali:* distingue frequenter, in *Retroattività e 'legge Severino' - Arch. pen.*, 2014, 1;

GALLI, Martina, *"Cattive" prassi e limiti dell'intervento penale: serbatoi GPL, concessioni demaniali marittime e tassa di soggiorno*, in *Arch. pen.*, 2021, 2;

GALLO, Daniele, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 3, 1 ss.;

GALLO, Daniele, DANIELE, Luigi, *L'evoluzione dell'effetto diretto e dei suoi rapporti con il primato e l'immediata applicazione del diritto UE negli ordinamenti nazionali*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Napoli, 2020, 131 ss.;

GALLO, Marcello, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale. Volume primo*, III ed., Torino, 2021;

GALLO, Marcello, *Fatto incerto e diritto controverso meriterebbero uguale trattamento*, in *Crit. Dir.*, 2021, 1, 5 ss.;

GALLUCCIO, Alessandra, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 3 luglio 2018;

GAMBARDELLA, Marco, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2020;
GAMBARDELLA, Marco, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002;
GAMBARDELLA, Marco, *Inapplicabile senza eccezioni la "regola Taricco" nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 2018, 2786 ss.;
GAMBARDELLA, Marco, *Lottizzazione abusiva e disapplicazione dell'autorizzazione amministrativa*, in *Cass. pen.*, 2002, 2017 ss.;
GAMBARDELLA, Marco, *Peculato, abuso d'ufficio e nuovo delitto di "indebita destinazione di denaro o cose mobili" (art. 314*-bis *c.p.). I riflessi intertemporali del decreto-legge n. 92/2024*, in *www.sistemapenale.it*, 17 luglio 2024;
GAMBARDELLA, Marco, voce *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 2004, 3 ss.;
GAMBARDELLA, Marco, *"Legge Severino" in materia di incandidabilità sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 Cedu)*, in *Retroattività e 'legge Severino' - Arch. pen.*, 2014, 1;
GARGANI, Alberto, *Crisi del diritto sostanziale e* vis expansiva *del processo*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2016, 303 ss.;
GARGANI, Alberto, *Dal* Corpus delicti *al* Tatbestand*. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997;
VASSALLI, Giuliano, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 536 ss.;
GARGANI, Alberto, *L'incertezza del diritto tra delitti e contravvenzioni ambientali: criticità e prospettive*, in F. CENTONZE-S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, 2021, 99 ss.;
GAROFOLI, Roberto, *Controllo dei giudici, libertà dell'amministrazione e esigenze di prevedibilità*, in F. CENTONZE-S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale*, Milano, 2021, 229 ss.;
GATTA, Gian Luigi, *Art. 4*-bis *o.p. e legge '*spazzacorrotti*': possibile, dopo la decisione della Consulta, e prima del relativo deposito, la sospensione degli ordini di carcerazione per i fatti pregressi?*, in *www.sistemapenale.it*, 17 febbraio 2020;
GENTILE, Francesco, *Politica* aut/et *statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003;
GIANNINI, Massimo Severo, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo. Lo Stato monoclasse: riflessione della scienza*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1988.
GIANNINI, Massimo Severo, PIRAS, Aldo, voce *Giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir*., XIX, 1970, 229 ss.;

GIORDANO, Stefano, *La ragionevole prudenza della Corte Edu: tra prevedibilità e accessibilità del precetto. Considerazioni a caldo sul parere della Corte (CEDH 150) del 29.05.2020*, in *www.giustiziainsieme.it*, 10 settembre 2020;

GIOSTRA, Glauco, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 322 ss.;

GIOSTRA, Glauco, voce *Processo mediatico*, in *Enc. dir. – Annali X*, Milano, 2017, 646 ss.;

GIUNTA, Fausto, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, Pisa, 2019;

GIUNTA, Fausto, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2738 ss.;

GIUNTA, Fausto, Jus legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale, in *www. DisCrimen.it*, 12 novembre 2020;

GORLA, Gino, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, 113 ss.;

GRANDE, Elisabetta, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di «*common law*»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro it.*, I, 1990, 415 ss.;

GRANDE, Elisabetta, voce Justification and excuse *(le cause di non punibilità in diritto anglo-americano)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1990, 309 ss.;

GRANDI, Ciro, *A proposito di reati culturalmente motivati*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 3 ottobre 2011;

GRANDI, Ciro, *I reati contro la famiglia e contro la persona culturalmente motivati: teoria ed evoluzione della prassi*, in *Arch. pen.*, 2022, 3;

GRANDI, Ciro, *Le «qualità» della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 287 ss.;

GRANDI, Ciro, *Mutuo riconoscimento in materia penale e diritti fondamentali. Il nodo delle confische*, Torino, 2023;

GRANDI, Ciro, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 2, 43 ss.;

GRANDI, Ciro, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010;

GRANOCCHIA, Nicolò, *Prevedibilità* ex lege *dell'evento mortale e responsabilità oggettiva nell'omicidio preterintenzionale. Un primo spiraglio per la colpa in concreto si apre nella giurisprudenza della Quinta Sezione*, *ivi*, 26 luglio 2024;

GRASSO, Giovanni, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989;

GRASSO, Giovanni, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, IV, 2307 ss.;

GRASSO, Giovanni, *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, 1 ss.;

GRASSO, Giovanni, PICOTTI, Lorenzo, SICURELLA, Rosaria (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011;

GRASSO, Pietro G., *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, 806 ss.

GRIECO, Cristina, *Il Protocollo n. 16 Allegato alla CEDU e la funzione consultiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo anche alla luce della futura e ancora incerta ratifica italiana*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2022, 14;

GROSSI, Paolo, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017;

GROSSI, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001;

GROSSI, Paolo, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020;

GROSSO, Carlo Federico, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2011, 125 ss.

GUASTINI, Riccardo, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995;

GUASTINI, Riccardo, *In tema di abrogazione*, in C. LUZZATI (a cura di), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milano, 1987, 3 ss.;

HALL, Margaret E., *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, New York, 1947;

HART, Herbert L.A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961, trad. it. a cura di M.A. Cattaneo, Torino, 2002.

HASSEMER, Winfried, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars Interpretandi*, 1997, 2, 171 ss.;

HASSEMER, Winfried, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, trad. it. a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007;

HASSEMER, Winfried, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, trad. it. a cura di D. Siciliano, Bologna, 2012;

HILL, John L., *The Political Centrist*, Nashville, 2009;

HIRSCH, Hans J., *von Theorie und Praxis im Strafrecht*, in G. KOHLMANN (a cura di), *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, Berlin, 1999, 112 ss.;

HOPWOOD, Shon, *Restoring the historical rule of lenity as a canon*, in *New York University law review*, 2020, XCV, 919 ss.;

HRUSCHKA, Joachim, *La comprensione dei testi giuridici*, ed. it. a cura di R. De Giorgi, Napoli, 1983, ora in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, 2016;

IASEVOLI, Clelia, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, 2297 ss.;

INSOLERA, Gaetano, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019;

INSOLERA, Gaetano, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in *Arch. pen.*, 2018, 733 ss.;

IRTI, Natalino, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016;

IRTI, Natalino, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 4, 1139 ss.;

JESCHECK, Hans H., *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, trad. it. a cura di G. Fornasari, in *Ind. pen.*, 1988, 2, 185 ss.;

JURATOWITCH, Ben, *Retroactivity and the Common Law*, Portland, 2008;

KAHAN, Dan M., *Lenity and Federal Common Law Crimes*, in *The Supreme Court Review*, 1994, spec. 345 ss.;

KAUFMANN, Arthur, *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*, trad. it. a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2013;

KAUFMANN, Arthur, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2001, 6, 321 ss.;

KOSTORIS, Roberto E. (a cura di), *Percorsi giuridici della post-modernità*, Bologna, 2016;

KOSTORIS, Roberto E., *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2022;

LAMARQUE, Elisabetta, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, in *www.giustiziainsieme.it*, 18 novembre 2020;

LANZI, Massimiliano, Error iuris *e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018;

LARENZ, Karl, *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsforbildungen*, Karlsruhe, 1965;

LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlino, 1991, trad. it. a cura di V. Omaggio, ora in G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Torino, 2016;

LARENZ, Karl, *Wegweiser zu richterlicher Recthsschöpfung*, in AA.VV., *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen, 1958, 406 ss.

LAURITO, Alessandro, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *Arch. pen.*, 2017, 2;

LAVAGNA, Carlo, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Scritti sulla Corte costituzionale*, 1966;

LAVATELLI, Marco, *La Cassazione si pronuncia sul potere del giudice penale di sindacare la legittimità degli «atti amministrativi dal contenuto normativo» che regolano il rilascio dei permessi di costruzione*, in *Dir. proc. amm*., 2017, 3, 1101 ss.;

LAWSON, Gary S., *Proving the law*, in *Northwestern University law review*, 1991-1992, LXXXVI, 4, 859 ss.;

LICCI, Giorgio, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della legge penale*, Milano, 1989;

LIPARI, Marco, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 6 febbraio 2019;

LONATI, Simone, *L'incostituzionalità del sistema di "doppio binario" in materia di diritto d'autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del* ne bis in idem*?*, in *Media Laws*, 2022, 3;

LONGHI, Luca, *Il caso de Magistris*, in *www.federalismi.it*, 10 febbraio 2016;

LUCIANI, Massimo, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 201 ss.;

LUCIANI, Massimo, *Diritto penale e Costituzione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 25 ottobre 2018;

LUCIANI, Massimo, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (Parte prima)*, in *Giur. it.*, 2007, 1825 ss.;

LUCIANI, Massimo, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU, Appunti per l'audizione innanzi la 2^ Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in *www.sistemapenale.it*, 27 novembre 2019;

LUCIANI, Massimo, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023;

LUCIANI, Massimo, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Annali IX*, Milano, 2016, 391 ss.

LUCIANI, Massimo, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. – Annali IX*, 2016, 391 ss.;

LÜDERSSEN, Klaus, *Die parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht. Vorsatz und Irrtum*, in *Wistra*, 1983, 223 ss.;

LUPÀRIA DONATI, Luca, *L'ascesa della vittima, il crepuscolo dell'imputato. Il pendolo alterato del processo penale*, in *www.sistemapenale.it*, 27 settembre 2024;

LUPO, Ernesto, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, 3, 911 ss.;

LUPO, Ernesto, *Prospettive della legalità penale*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 105 ss.;

LUZZATI, Claudio, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990;

MAGGIO, Paola, *La prevedibilità 'col vestito di carta': le Sezioni unite escludono la portata generale della sentenza Contrada contro Italia n. 3*, in *Cass. pen.*, 2020, 6, 2277 ss.;

MAGI, Raffaello, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 3, 135 ss.;

MAIELLO, Vincenzo, *La prevenzione* ante delictum *da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 292 ss.;

MAIELLO, Vincenzo, Legalità della legge *e dintorni: tra consulta, cassazione e auspici riformistici*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 121 ss.

MAIHOFER, Werner, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht*, in *Annales Universitatis Saraviensis*, VIII, 1960, 152 ss.;

MANACORDA, Stefano, *"Judicial activism" dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de securité de l'Union européenne (Chronique Droits de la Communauté et de l'Union européennes)*, in *Rev. sc. crim.*, 2005, 940 ss.;

MANACORDA, Stefano, *«Oltre il falso in bilancio»: i controversi effetti* in malam partem *del diritto comunitario sul diritto penale interno*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 253 ss.;

MANACORDA, Stefano, *Le droit pénal et l'Union européenne: esquisse d'un système*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000, 95 ss.;

MANACORDA, Stefano, *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium Juris*, 1997, 944 ss.;

MANDELLI, Riccardo, *Recenti sviluppi dello* stare decisis *in Inghilterra ed in America*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 660 ss.;

MANES, Vittorio, *"*Common-lawisation *del diritto penale?" Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, 955 ss.;

MANES, Vittorio, *Art. 7 CEDU*, in S. BARTOLE–P. DE SENA–V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 258 ss.;

MANES, Vittorio, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 2018, 6, 2222 ss.

MANES, Vittorio, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022;

MANES, Vittorio, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012;

MANES, Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005;

MANES, Vittorio, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2024;

MANES, Vittorio, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 1 ss.;

MANES, Vittorio, *L'estensione dell'art. 4*-bis *ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 105 ss.;

MANES, Vittorio, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1, 84 ss.;

MANES, Vittorio, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: "sipario sulla truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, 534 ss.;

MANES, Vittorio, *La riconversione garantistica dell'illecito para-penale: il concorso mediante omissione dei sindaci nell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato* ex *art. 187* ter *TUF*, in *www.sistemapenale.it*, 15 marzo 2024;

MANES, Vittorio, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 9 luglio 2012;

MANES, Vittorio, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti* in malam partem, in *Cass. pen.*, 2010, 1, 90 ss.;

MANES, Vittorio, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2011 (agg. settembre 2013);

MANES, Vittorio, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in M. DONINI-L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 167 ss.;

MANES, Vittorio, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra 'diritto giurisprudenziale' e 'legge' ([Osservazione a] Corte cost. 8 ottobre 2012, n. 230)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3474 ss.;

MANES, Vittorio, CAIANIELLO, Michele, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020;

MANES, Vittorio, MAZZACUVA, Francesco, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *www.sistemapenale.it*, 23 marzo 2020;

MANES, Vittorio, NAPOLEONI, Valerio, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019;

MANNA, Adelmo, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 265 ss.;

MANNA, Adelmo, *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*, in *Retroattività e 'legge Severino' - Arch. pen.*, 2014, 1;

MANNOZZI, Grazia, CONSULICH, Federico, *La sentenza della Corte di giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 899 ss.;

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009;

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2020;

MANTOVANI, Ferrando, Ignorantia legis *scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 379 ss.;

MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, I, *La scienza del diritto penale; Relazioni e fonti del diritto penale; Diritto transitorio; Diritto penale internazionale; I soggetti; Il reato; L'imputabilità*, V ed., Torino, 1981;

MARCHESE, Claudia, *Legge Severino: la Corte si pronuncia ... e resta nel solco dei suoi passi!*, in *www.forumcostituzionale.it*, 28 gennaio 2016;

MARCIC, René, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat: Recht als Mass der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat*, Vienna, 1957.

MARINI, Francesco S., *La "legge" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *www.osservatorioaic.it*, 6 febbraio 2016;

MARINUCCI, Giorgio, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 4, 1254 ss.

MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, GATTA, Gian Luigi, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2019;

MAROLDA, Gianluca, *La non irragionevolezza della "legge Severino": nota a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 30 gennaio 2016;
MARTIELLO, Gianfranco, *Il "ravvedimento comunitario" del legislatore nazionale in materia di repressione degli «abusi di mercato»: prime note di commento all'art. 26 della legge n. 238/2021 («legge europea 2019-2020»)*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 30 maggio 2022;
MASERA, Luca, *Il decreto Severino di fronte alla Corte Costituzionale, in attesa della decisione di Strasburgo sul caso Berlusconi,* in *Dir. pen. proc.*, 2017, 9, 1218 ss.;
MASERA, Luca, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018;
MASSARO, Antonella, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2023;
MASSARO, Antonella, *Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del "diritto penale europeo": chi è causa del suo mal pianga se stesso? Riflessioni su* Taricco *e dintorni*, in *Arch. pen.*, 2017, 3;
MASSARO, Antonella, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020;
MASSARO, Antonella, *Legalità penale e diritto europeo:* c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 83 ss.;
MASSARO, Antonella, Prospective overruling *all'italiana: l'art. 5 c.p. come strumento di gestione dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Cass. pen.*, 2025, 1, 71 ss.;
MASULLO, Maria Novella, *Oltre il rinvio* quoad poenam*: un'interpretazione che ricompone le disarmonie di tutela tra coniuge separato e coniuge divorziato?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 12, 1456 ss.;
MATTEI, Ugo, Stare decisis*, Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988;
MATTEI, Ugo, voce *Precedente giudiziario e* stare decisis, in *Dig. disc. priv. – Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, 148 ss.;
MATTEI, Ugo, ARIANO, Emanuele, *Il modello di* common law, Torino, 2018;
MATTHEUDAKIS, Matteo L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali della materia penale*, Bologna, 2020;
MAUGERI, Anna Maria, *"Uso alternativo del diritto" quale lettura costituzionalmente orientata del diritto penale e il ruolo della giurisprudenza*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 12 novembre 2024;
MAUGERI, Anna Maria, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovrannazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2, 559 ss.;

MAUGERI, Anna Maria, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 3, 15 ss.;

MAUGERI, Anna Maria, *La proposta di una nuova direttiva per la confisca dei beni: l'armonizzazione e l'*actio in rem *contro il crimine organizzato e l'illecito arricchimento*, *www.sistemapenale.it*, 3 aprile 2024;

MAUGERI, Anna Maria, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. cost. 24/2019)*, in *www.sistemapenale.it*, 24 novembre 2019;

MAZZA, Oliviero, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità*, in *Arch. pen.*, 2018, 723 ss.

MAZZA, Oliviero, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, 5, 3464 ss.;

MAZZA, Oliviero, *Introduzione ad un dibattito su «retroattività e «legge Severino»*; Id., *La* chassé-croisé *della retroattività (in margine alla 'legge Severino')*, in *Retroattività e 'legge Severino' - Arch. pen.*, 2014, 1;

MAZZA, Oliviero, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999;

MAZZACUVA, Francesco, *Art. 7*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, 299 ss.;

MAZZACUVA, Francesco, *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 3, 417 ss.;

MAZZACUVA, Francesco, *L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2, 987 ss.;

MAZZACUVA, Francesco, *La Corte europea ritorna sul principio di "prevedibilità" del diritto penale tra irretroattività, retroattività della* lex mitior *e* prééminence du droit, in *www.sistemapenale.it*, 19 febbraio 2020;

MAZZACUVA, Francesco, *La Corte Europea torna sul principio di legalità della pena e chiarisce la portata della c.d. formula di Radbruch*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 17 settembre 2013;

MAZZACUVA, Francesco, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 30 ottobre 2013;

MAZZACUVA, Francesco, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017;

MENDITTO, Francesco, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 4, 127 ss.;

MENDOZA, Roberto, *Le sezioni unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e dalle previsioni di piano*, in *Cass. pen.*, 1994, 901 ss.;

MERENDA, Ilaria, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, 2022;

MERUSI, Fabio, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970;

MICHELI, Paolo, *Giudice penale e concessione edilizia illegittima: la definitiva affermazione della portata sostanziale del "sindacato" sull'atto amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1997, 3149 ss.;

MIGLIORINI, Lorenzo, *Disapplicazione e inapplicabilità*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*, Torino, 1998, 236 ss.;

MILONE, Mario, *Il mancato intervento delle sezioni unite penali della cassazione sul grave problema, ancora aperto, della sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario*, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, 984 ss.;

MILONE, Mario, *Sulla sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice penale*, in *Riv. giur. edilizia*, 1994, I, 405 ss.;

MIRAGLIA, Michela, *Successione di orientamenti giurisprudenziali nel tempo: retroattività, irretroattività e* prospective overruling, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 4, 505 ss.;

MOCCIA, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992;

MOCCIA, Sergio, *La «promessa non mantenuta». Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001;

MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000;

MODUGNO, Franco, voce *Legge in generale*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 884 ss.;

MORBIDELLI, Giuseppe, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 663 ss.;

MORI, Marina Silvia, *Il bivio dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: alcune riflessioni*, in *www.dirittocomparati.it*, 4 ottobre 2021;

MUCCIARELLI, Francesco, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 10*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, 3, 174 ss.;

MUCCIARELLI, Francesco, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e* ars interpretandi, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 4, 174 ss.;

MUCCIARELLI, Francesco, *Osservazioni in tema di immediata applicabilità delle direttive comunitarie in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 402 ss.;

MUCCIARELLI, Francesco, *Riforma penalistica del* market abuse*: l'attesa continua*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1, 5 ss.;

MUCCIARELLI, Francesco, voce *Abusi di mercato*, in *Treccani – Il libro dell'anno 2019*;

MÜLLER, Friedrich, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1966;

NAPOLEONI, Valerio, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES-V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 49 ss.;

NAPOLEONI, Valerio, *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. – Riv. trim.*, 2012, 3-4, 167 ss.;

NAUCKE, Wolfgang, *Entsch. Anm. zu OLG Karlsruhe*, in *NJW*, 1968, 758 ss.;

NEPPI MODONA, Guido, *Principio di legalità e diritto penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno.*, XXXVI, 2007, 983 ss.;

NEUMANN, Ulfrid, *Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)*, in *JuS*, 1993, 795 ss.;

NICOLINI, Mario, *La Cassazione ancora sull'autonomia dell'elemento soggettivo della preterintenzione: un contrasto ormai conclamato*, in *www.sistemapenale.it*, 23 luglio 2024;

NICOSIA, Emanuele, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006;

NOBILI, Massimo, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello Stato - epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 2, 25 ss.;

NUVOLONE, Pietro, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 60 ss.

NUVOLONE, Pietro, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, 56 ss.;

ORLANDI, Renzo, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di cassazione*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 133 ss.;

OST, François, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di*), Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, 29 ss.;

OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, *De la pyramide au reseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002;

OSTI, Alessandra, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 2017, 4, 858 ss.;

PADOVANI, Tullio, *Diritto penale*, Milano, 1995;

PADOVANI, Tullio, *Diritto penale*, Milano, 2019;

PADOVANI, Tullio, *In tema di coscienza dell'offesa e teoria del dolo*, in *Cass. pen. mass.*, 1979, 320 ss.;

PADOVANI, Tullio, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 76 ss.;

PAGALLO, Ugo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Padova, 1998;

PAGANO, Fabio F., *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, 2018;

PAGLIARO, Antonio, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 694 ss.;

PALAZZO, Francesco, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, 941 ss.;

PALAZZO, Francesco, *Continuità ed evoluzione nel processo di ricodificazione penale in Italia*, in *Pol. Dir.*, 2001, 3, 499 ss.

PALAZZO, Francesco, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013;

PALAZZO, Francesco, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1218 ss.;

PALAZZO, Francesco, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979;

PALAZZO, Francesco, *Il principio di legalità fra* law in the books *e* law in action in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 3, 1 ss.;

PALAZZO, Francesco, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 29 gennaio 2016;

PALAZZO, Francesco, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea*, in *Ars interpretandi*, 2016, 2, 77 ss.;

PALAZZO, Francesco, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974;

PALAZZO, Francesco, *La legge "radicalmente oscura" al vaglio della Corte costituzionale: profili penalistici (e non solo)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 3, 1050 ss.;

PALAZZO, Francesco, *La sentenza* Contrada *e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 9, 1061 ss.;

PALAZZO, Francesco, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della* regula iuris, in G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 49 ss.;

PALAZZO, Francesco, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, II, 2007, 1279 ss.;

PALAZZO, Francesco, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 2, 327 ss.;

PALAZZO, Francesco, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, 515 ss.;

PALAZZO, Francesco, voce *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1993, 122 ss.;

PALAZZO, Francesco, BARTOLI, Roberto, *Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività*, in *www.sistemapenale.it*, 17 settembre 2024;

PALAZZO, Francesco, BERNARDI, Alessandro, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1988, 33 ss.;

PALAZZO, Francesco, PAPA, Michele, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000;

PALIERO, Carlo E.,*"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" e una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 908 ss.;

PALIERO, Carlo E., TRAVI, Aldo, *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, Milano, 1988;

PANNAIN, Remo, *Osservazioni circa il sindacato del giudice penale sulla legalità di un atto amministrativo*, in *Arch. pen.*, 1964, 2, 510 ss.;

PANTANELLA, Andrea, FEDERICI, Dalila, *Profili penali del "decreto sostegni* ter*": dalla modifica dei reati di "frode" all'introduzione del delitto di false asseverazioni*, in *www.DisCrimen.it*, 24 maggio 2022;

PAONESSA, Cristina, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009;

PAONESSA, Cristina, *L'avanzamento del "diritto penale europeo" dopo il Trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, 8-9, 307 ss.;

PAPA, Michele, Fantastic voyage*. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017;

PASTORE, Baldassarre, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Napoli, 2009, 257 ss.;

PELISSERO, Marco, *Prospettive della legalità penale*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 149 ss.;

PELLIZZONE, Irene, *Garanzie costituzionali e convenzionali nella materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim*., 2017, 4, 172 ss.;

PERRONE, Daria, Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative* in malam partem *e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019;

PETRONE, Marino, *Attività amministrativa e controllo penale*, in *Legalità e giustizia*, 4, 1984, 716 ss.;

PETRONE, Marino, *Il "nuovo" art. 5 c.p.: l'efficacia scusante della* ignorantia iuris *inevitabile ed i suoi riflessi sulla teoria generale del reato*, in *Cass. pen.*, 1990, 697 ss.;

PETRONE, Marino, *La disapplicazione dell'atto amministrativo (Aspetti penali)*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1987;

PETRONE, Marino, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980;

PINCELLI, Linda, *La proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante il recupero e la confisca dei beni 2022/0167 (COD): quali prospettive per la confisca di prevenzione italiana?*, in *Arch. pen.*, 2024, 1;

PINO, Giorgio, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2014, 167 ss.;

PINO, Giorgio, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, XVI, 19 ss.;

PINO, Giorgio, voce *Poteri interpretativi e principio di legalità*, in *Enc. dir. – I tematici. Potere e Costituzione*, V, 2023, 961 ss.;

PISANI, Nicola, *Misure di prevenzione e pericolosità "generica", tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 322 ss.;

PISANI, Nicola, *Riflessioni sulla cd. interpretazione tassativizzante nella giurisprudenza in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2024, 7-8, 2410 ss.;

PIZZORUSSO, Alessandro, voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 419 ss.;

POLLICINO, Oreste, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 1 ss.;

POLLICINO, Oreste, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU* ex *Protocollo 16?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2 aprile 2014;

POMANTI, Pietro, *La «riconoscibilità» della norma penale*, Napoli, 2019;

POMORSKI, Stanislaw, *American common law and the principle nullum crimen sine lege*, Den Haag, 1975;

PONTEPRINO, Gabriele, *Preterintenzione e* culpa in re illicita. *La costruzione di uno statuto differenziato quale argine allo strisciante riconoscimento della responsabilità oggettiva*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 9 marzo 2024;

PRADEL, Jean, *Le code pénal français de 1994*, trad. it. a cura di D. Castronuovo, *Il codice penale francese del 1994*, in S. CANESTRARI-L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Milano, 2005, 117 ss.;

PRICE, Zachary, *The Rule of Lenity as a Rule of Structure*, in *Fordham Law Review*, 72, 2004, 885 ss.;

PRYOR, William H., *Quale giudice può tutelare al meglio la libertà individuale? Hayek e il "testualismo"*, in *HBL Occasional Paper*, 20 novembre 2018;

PUGIOTTO, Andrea, *Questione rifiuti e falso in bilancio: vite parallele?*, in *www.dirittoambiente.net*, 29 gennaio 2007;

PUGIOTTO, Andrea, *Retroattività legislativa e affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica. La Legge N. 367 del 2001 tra Giudici e Corte Costituzionale*, in P. VERONESI (a cura di), *Rogatorie internazionali e dintorni*, Torino, 2002, 243 ss.;

PUGLISI, Giuseppe, *La clausola di Norimberga*, Torino, 2021;

PULITANÒ, Domenico, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 29 ss.;

PULITANÒ, Domenico, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017, 65 ss.;

PULITANÒ, Domenico, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976;

PULITANÒ, Domenico, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1289 ss.;

PULITANÒ, Domenico, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 46 ss.;

PULITANÒ, Domenico, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 27 ss.;

PUPO, Valentina, *La "legge Severino" al primo esame della Corte costituzionale: la natura non sanzionatoria della sospensione dalla carica elettiva e la ragionevolezza del bilanciamento*, in *www.forumcostituzionale.it*, 14 maggio 2016;

PUSATERI, Verena, *La circoncisione maschile cd. rituale non integra — se eseguita per motivi culturali che determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale — il reato di esercizio abusivo della professione medica*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 22 marzo 2012;

RABB, Intisar A., *Response. The appellate Rule of Lenity*, in *Harvard Law Review Forum*, 2018, 8, 179 ss.;

RADBRUCH, Gustav, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in AA.VV., *Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun*, Amburgo, 1948, 33 ss.;
RADZINOWICZ, Leon, *A History of English Criminal Law and Its Administration from 1750*, London, 1948;
RAMACCI, Luca, *Il "nuovo" art. 260 del D.Lgs. n.152/2006, vecchie e nuove questioni*, in *Ambiente e sviluppo*, 2016, 3, 167 ss.;
RASI, Aurora, *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, 3, 555 ss.;
RECCHIA, Nicola, *L'ennesima stagione del* ne bis in idem *nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo* ubi consistam *processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 4, 1676 ss.;
RECCIA, Eliana, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite*, Torino, 2020;
RIONDATO, Silvio, *Competenza penale della Comunità europea: problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996;
RIONDATO, Silvio, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, fra legalità e ragionevolezza*, in U. VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, Padova, 2000, 239 ss.;
RIONDATO, Silvio, PROVOLO, Debora, *Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, in G. FORNASARI-S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017, 71 ss.;
RIONDATO, Silvio, PROVOLO, Debora, *Scambio elettorale politico-mafioso*, in G. FORNASARI-S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017, 105 ss.;
RISICATO, Lucia, *Argini e derive della tassatività. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *www.DisCrimen.it*, 16 luglio 2021;
RISICATO, Lucia, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004;
ROLLAND, Patrice, *Sub art. 7*, in L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, 293 ss.;
ROMANO, Bartolomeo, *La pornografia minorile nella (nuova) lettura delle Sezioni Unite: dal pericolo concreto al reato di danno*, in *Cass. pen.*, 2019, 2, 601 ss.;
ROMANO, Mario, *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milano, 1995;
ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004;
ROMANTZ, David S., *Reconstructing the Rule of Lenity*, in *Cardozo Law Review*, 40, 2018, 523 ss.;

RONCO, Mauro, *Il principio di legalità*, in M. RONCO, E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2006, 1 ss.;
RONCO, Mauro, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.
RONCO, Mauro, *Il reato come rischio sociale*, in ID., *Scritti patavini*, II, Torino, 2017, 1358 ss.;
RONCO, Mauro, *L'art. 416* bis *nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in B. ROMANO-G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 31 ss.;
RONCO, Mauro, *La legalità stratificata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1387 ss.;
RONCO, Mauro, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in ID., *Scritti patavini*, II, Torino, 2017, 1111 ss.;
ROSELLI, Federico, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in AA.VV., Scintillae iuris*. Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, 319 ss.;
ROSSI, Francesco, *Il contrasto al terrorismo internazionale nelle fonti penali multilivello*, Napoli, 2022;
ROSSI, Francesco, *L'obbligo di disapplicazione* in malam partem *della normativa penale interna tra integrazione europea e controlimiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1, 376 ss.;
ROTOLO, Giuseppe, *'Riconoscibilità' del precetto penale e modelli innovativi di tutela*, Torino, 2018;
ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München, 1992;
ROZIE, Joëlle, *Beklaagde Alwetend. Over het criterium van de redelijke voorzienbaarheid als maatstaf van het* lex certa *principe in strafzaken*, in *R.W.*, 2012-2013, 802 ss.;
ROZIE, Joëlle, In abstracto *of* in concreto*? Over de subjectivering van de bonus pater familias-standaard bij de toetsing van de schuldontheffingsgronden van overmacht en dwaling*, in *Nullum crimen*, 2016, 223 ss.;
RUGA RIVA, Carlo, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68*, Torino, 2015;
RUGA RIVA, Carlo, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in L. FOFFANI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, Bologna, 2015, I, 149 ss.;
RUGA RIVA, Carlo, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, in *Cass. pen*, 2016, 4635 ss.;
RUGGERI, Antonio, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2008, 1, 215 ss.;
RUGGERI, Antonio, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto*

alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012), in *www.ConsultaOnLine.it*, 15 ottobre 2012;

RUGGERI, Antonio, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2021, 1, 213 ss.;

RUGGERI, Antonio, *Venuta alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta on line*, 20 novembre 2018;

RUOTOLO, Marco, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in G. COCCO (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012, 17 ss.;

RUSSO, Roberta, *Il ruolo della* law in action *e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2011, 29 ss.;

SABATINI, Guglielmo, voce In dubio pro reo, in *Noviss. Dig.*, VIII, 1962, 613 ss.;

SACCO, Rodolfo, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, 1, 1 ss. e 2, 343 ss.;

SALANDRA, Antonio, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904;

SALCUNI, Giandomenico, *Culture penalistiche a confronto: diritto penale nazionale vs diritto penale europeo*, in *www.archiviopenale.it*, 2011, 2;

SALCUNI, Giandomenico, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011;

SALERNO, Giulio M., *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. 235 del 2012*, in *Retroattività e 'legge Severino' - Arch. pen.*, 2014, 1;

SANDULLI, Aldo M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*¸ in *Dir. società*, 1975, 561 ss.;

SANDULLI, Maria Alessandra, *Incostituzionalità dell'interpretazione analogica "creativa"* in malam partem, in *www.giustiziainsieme.it*, 31 maggio 2021;

SANTANGELO, Alessandra, *Ai confini tra* common law *e* civil law*: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 332 ss.;

SANTANGELO, Alessandra, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022;

SANTANGELO, Alessandra, *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, Bologna 2023;

SANTORIELLO, Ciro, *Il movente politico come criterio esegetico della norma penale*, in *Retroattività e 'legge Severino' - Arch. pen.*, 2014, 1;

SCALIA, Antonin, GARNER, Bryan A., *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, 2012;

SCARPELLI, Umberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, 1965;

SCEVI, Paola, *La prevedibilità della norma penale tra* legislatio *e* iurisdictio, Torino, 2022;
SCHAMBECK, Herbert, *Der Begriff der «Natur der Sache»*, Vienna, 1964;
SCHÜNEMANN, Bernd, *Per una critica della cosiddetta Formula di Radbruch. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale – Rivista Quadrimestrale on-line*, 2011, 13-14, 109 ss.;
SCOLETTA, Marco, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2021, 5, 196 ss.;
SEMINARA, Sergio, *Il divieto di* bis in idem*: un istituto inquieto*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 11, 1381 ss.;
SEPE, Marco, *Mercati regolamentati, sistemi multilaterali di negoziazione e internalizzatori sistematici nel recepimento della direttiva MIFID*, in M. DE POLI (a cura di), *La nuova normativa MIFID*, Padova, 2009, 113 ss,;
SEVERINO, Paola, *La nuova Legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 9, 7 ss.;
SGROI, Susanna, *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2003, III, 313 ss.;
SGUBBI, Filippo, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 4, 1193 ss.;
SICURELLA, Rosaria, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005;
SILVA SANCHEZ, Jesus M., *Sullo stato della legalità penale*, in A.M. STILE–S. MANACORDA–V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 181 ss.;
SILVA, Chiara, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014;
SILVA, Chiara, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018;
SILVESTRI, Gaetano, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Politica del Diritto*, 1987, 1, 149 ss.;
SIRACUSA, Licia, *Il transito del diritto penale di fonte europea dalla «vecchia» alla «nuova» Unione post-Lisbona. Considerazioni a partire dalla nuova direttiva in materia di inquinamento cagionato da navi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 4, 779 ss.;
SIRACUSA, Licia, *Tutela ambientale: Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 773 ss.;
SIRACUSA, Licia, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo "tassello" della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1, 241 ss.;
SORDI, Bernardo, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (Atti del LIII*

Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Va renna, 20-22 settembre 2007), Milano, 2008, 1 ss.;

SORRENTINO, Federico, *Apologia delle sentenze gemelle*, in *Diritto e società*, 2009, 213 ss.;

SOTIS, Carlo, *"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4;

SOTIS, Carlo, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007;

SOTIS, Carlo, *Il poker, il ping-pong e l'alpinismo. Gli effetti riflessi nei tre volti del penalista europeo*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi in onore di Alessandro Bernardi*, Pisa, 2021, 23 ss.;

SOTIS, Carlo, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 3, 1146 ss.;

SOTIS, Carlo, BOSI, Marinella, *Il bizzarro caso dei pesci "*in malam partem*"*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 6 maggio 2011;

STELLA, Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003;

STORTONI, Luigi, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 4, 1322 ss.;

STORTONI, Luigi, *Prevedibilità*, in G. MANNOZZI-C. PERINI-M. SCOLETTA-C. SOTIS-S. TAVERRITI (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 1749 ss.;

STORTONI, Luigi, CALIFANO, Gaetano S., Ex falso sequitur quodlibet*: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *www.DisCrimen.it*, 8 giugno 2023;

STRATENWERTH, Günter, *Das Rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Tübingen, 1957;

TANDA, Paolo, *I reati urbanistico-edilizi*, Milano, 2013;

TANDA, Paolo, *Il potere di disapplicazione del giudice penale: in particolare l'ipotesi di concessione edilizia illegittima*, in *Riv. giur. ed.*, 1990, II, 17 ss.;

TARELLO, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1976;

TARELLO, Giovanni, *Orientamenti della magistratura, del giurista-interprete e della dottrina sulla funzione politica*, in *Pol. dir.*, 1972, 459 ss.;

TEBALDI, Marcello, *Competenza penale europea: prospettive dinamiche all'esito del periodo transitorio*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 16 aprile 2018;

TEGA, Diletta, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte subordinata a fonte "subcostituzionale" del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008, 1, 133 ss.;

TILLERS, Peter, *The Value of Evidence in Law*, in *Northern Ireland legal quarterly*, 1988, XXXIX, 167 ss.;

TONDIN, Federica, *Concessioni del demanio marittimo e buona fede del concessionario*, in *Cass. pen.*, 2022, 11, 3853 ss.;

TONINI, Paolo, CONTI, Carlotta, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Milano, 2023;

TONOLETTI, Bruno, *Funzione amministrativa, giudizio penale e prevedibilità*, in F. CENTONZE-S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale*, Milano, 2021, 241 ss.;

TONOLETTI, Bruno, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 77 ss.;

TORRE, Giovanna, *Errore sul precetto e* Verbotsirrtum*: un'uguale disciplina?*, in *Ind. pen.*, 1996, 186 ss.;

TORRETTA, Paola, *L'incandidabilità al mandato parlamentare - La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, Napoli, 2015;

TORTORA, Adriano, *La prevenzione della corruzione*, Torino, 2021;

TRAPANI, Mario, Abrogatio. *Lineamenti della validità temporale della norma giuridica*, Torino, 2019;

TRAVI, Aldo, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2323 ss.;

TRIPODI, Antonio, *La disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale. Profili costituzionali*, in *Foro Amm. – CDS*, 2010, 2017 ss.;

TURONE, Giuliano, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015;

UBIALI, Maria Chiara, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 293 ss.;

VALENTINI, Vico, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica contemporanea*, Milano, 2012;

VALENTINI, Vico, *La ricombinazione genica della legalità penale:* bio-technological strengthening *o manipolazione autodistruttiva?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 20 giugno 2016;

VALENTINI, Vico, Marktradikalismus *addio? Diritto penale e (in)sicurezze dei consumatori di cibo dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2012, 1-2, 323 ss.;

VALLINI, Antonio, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003;

VALLINI, Antonio, voce Culpa iuris, in *Enc. dir. – I tematici*, II, Milano, 2021, 354 ss.;

VAN VOLSEM, Filip, *De onoverwinnelijke rechtsdwaling en de noodtoestand in het bijzonder met betrekking tot milieumisdrijven*, in *T.M.R.*, 2012, 1 ss.;

VANDERMEERSCH, Damien, ROZIE, Joëlle, DE HERDT, Jeroen, *Le livre Ier du nouveau Code pénal. Les principes généraux du droit pénal revisités*, Bruxelles, 2024;

VASSALLI, Giuliano, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania post-nazista e nella Germania post-comunista*, Milano, 2001;

VASSALLI, Giuliano, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1987, 1, 158 ss.;

VELLUZZI, Vito, *La preziosa ingenuità: Beccaria, lo spirito della legge e il sillogismo giudiziale*, in *Riv. int. fil dir.*, 2014, 687 ss.;

VELLUZZI, Vito, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013;

VENDITTI, Rodolfo, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 28 ss.;

VENEZIANI, Paolo, *L'oggetto dell'«*ignorantia legis*» rilevante*, in *Foro it.*, 1995, II, 498 ss.;

VENTUROLI, Marco, *La conformazione europea della disciplina sanzionatoria penale ed amministrativa*, in L. COSTATO-F. ALBISINNI, *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell'Unione europea*, II, Padova, 2023, 556 ss.;

VENTUROLI, Marco, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 3-4, 86 ss.;

VERRIENTI, Luca, voce *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1991, 478 ss.;

VIGANÒ, Francesco, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 19 gennaio 2021;

VIGANÒ, Francesco, *Il* nullum crimen *conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità convenzionale"?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 5 aprile 2017;

VIGANÒ, Francesco, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 19 dicembre 2016;

VIGANÒ, Francesco, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo* vademecum *per giudici e avvocati penalisti*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 14 febbraio 2014;

VIGANÒ, Francesco, *La Consulta respinge le censure di illegittimità costituzionale della c.d. legge Severino in materia di sospensione dalle cariche politiche in conseguenza di sentenze di condanna*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 19 dicembre 2016;

VIGANÒ, Francesco, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 3, 370 ss.;

VIGANÒ, Francesco, *La prima sentenza della cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 22 gennaio 2016;

VIGANÒ, Francesco, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1433 ss.;

VIGANÒ, Francesco, *Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 23 ottobre 2017;

VIGANÒ, Francesco, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 269 ss.;

VIGANÒ, Francesco, *The Italian Constitutional Court on assisted suicide*, in *www.criminaljusticenetwork.eu*, 27 novembre 2018;

VIGANÒ, Francesco, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in questa *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 330 ss.;

VIGANÒ, Francesco, MASERA, Luca, *Addio articolo 14: nota alla sentenza* El Dridi *della Corte di Giustizia Ue in materia di contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Rivista AIC*, 2011, 3;

VIGNALE, Lucia, *Concessione illegittima e contravvenzioni urbanistiche: un cerchio sempre più difficile da quadrare*, *Cass. pen.*, 1987, 1711 ss.

VILLATA, Rosario, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980;

VILLATA, Rosario, *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1152 ss.;

VINCIGUERRA, Sergio, *Casi, fonti e studi per il diritto. Diritto penale comparato*, Padova, 1992;

VINCIGUERRA, Sergio, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002;

VISCONTI, Arianna, *La Corte EDU si pronuncia sulla confisca obbligatoria di beni culturali illecitamente esportati nella vicenda dell''atleta vittorioso'*, in *www.sistemapenale.it*, 12 giugno 2024;

VISCONTI, Costantino, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416-*bis*?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 353 ss.;

VITARELLI, Francesca, *Il nuovo meccanismo del Protocollo 16: un "rinvio pregiudiziale convenzionale" per rafforzare il dialogo con la Corte EDU?*, in *www.sistemapenale.it*, 18 novembre 2019;

VITARELLI, Francesca, *Il nuovo meccanismo del Protocollo 16: un "rinvio pregiudiziale convenzionale" per rafforzare il dialogo con la Corte EDU?*, in *www.sistemapenale.it*, 18 novembre 2019;

VIZZARDI, Matteo, *Ignoranza dell'età della persona offesa e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, 1351 ss.;

VOGLIOTTI, Massimo, *Indipendenza del giudice e rispetto del precedente*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 19 ottobre 2020;

VOGLIOTTI, Massimo, *La "rhapsodie": féconditè d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pur le champ pénal*, in *Rev. inter. étud. jur.*, 2001, 141 ss.;

VOGLIOTTI, Massimo, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *www.sistemapenale.it*, 5 marzo 2020;

VOGLIOTTI, Massimo, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, Milano, 2015, 131 ss.;

VOGLIOTTI, Massimo, *Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea. Contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza, cultura del precedente ed etica del limite*, in *www.sistemapenale.it*, 30 gennaio 2024;

VOGLIOTTI, Massimo, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007;

VOGLIOTTI, Massimo, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, *Annali VI*, Milano, 2013, 371 ss.;

VON HAYEK, Friedrich A., *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 2000;

WAMBAUGH, Eugene, *The Study of Cases*, Boston, 1894;

WINTER, Jan A., *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, in *Common Market Law Review*, 1972, 425 ss.;

ZACCARIA, Giuseppe, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion pratica*, 2004, 93 ss.;

ZACCARIA, Giuseppe, *Una "nuova" legalità penale tra testo e interpretazione*, in *Sist. pen*., 2022, 12, 11 ss.;

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992;

ZAGREBELSKY, Vladimiro, *Dalla varietà delle opinioni all'unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1988, 1576 ss.;

ZIRULIA, Stefano, *Le Sezioni Unite escludono la rilevanza penale della condotta di acquisto di merce con marchio contraffatto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.org*, 11 giugno 2012;

ZUCCONI GALLI FONSECA, Ferdinando, *Lettera del 13 giugno 1994*, in A. ESPOSITO-G. ROMEO (a cura di), *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Padova, 1995, 44 ss.