

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

3/2020

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

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

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

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

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

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

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

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

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

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

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

LA LEGALITÀ DELLA LEGGE E IL DIRITTO DEI GIUDICI: SCOSSONI, ASSESTAMENTI E SVILUPPI

di Vincenzo Maiello

Dopo aver ricostruito per linee essenziali l'evoluzione del rapporto tra la legalità penale e la sua dimensione ermeneutica, l'Autore ritiene che – con le sentenze 230/12, 115/18, 24 e 25/19 – si sia aperta nella giurisprudenza costituzionale una fase di rinnovata valorizzazione della testualità della legge penale e dei caratteri di precisione e diretta riconoscibilità del tipo legale. Viene, pertanto, auspicato che la nuova prospettiva possa trovare adeguata concretizzazione, de iure condito, nella nomofilachia delle Sezioni Unite e, de lege ferenda, tramite l'introduzione di un rimedio straordinario, equiparabile al ricorso de amparo.

SOMMARIO: 1. La perdurante esigenza di monitorare i rapporti tra *legge* e *giudice*. – 2. La *legalità della legge* nella stagione della cultura giuspositivistica dei giudici. – 3. Il *disgelo costituzionale* ed il risveglio della *coscienza ermeneutica* anche nel *campo penale*. – 4. Il *protagonismo ermeneutico* della giurisprudenza tra crisi della frammentarietà legale e aperture della Consulta al *diritto vivente*. – 5. L'ingresso della legalità convenzionale. – 6. Il rilancio della *legalità della legge* nella giurisprudenza costituzionale. – 7. La *legalità della legge* tra nomofilachia e *de lege ferenda*: l'auspicata introduzione del *recorso de amparo*.

1. La perdurante esigenza di monitorare i rapporti tra *legge* e *giudice*.

Anche nel paradigma della 'nuova legalità', oggetto di studio del gruppo di lavoro promosso da Francesco Palazzo nel cui ambito sono maturate le presenti riflessioni, affiorano i nodi problematici del dibattito *ex professo* degli ultimi decenni. Anche stavolta, vengono in evidenza, da un canto, la dialettica tra la *testualità* della legge e la *con-formità* ermeneutica dell'interpretazione; da un altro, il rapporto di tensione tra la *legalità della legge* e i *diritti fondamentali* che invocano tutela nello specchio del rimprovero personale di colpevolezza.

L'elemento di novità sta, forse, in una più matura coscienza delle questioni in gioco, favorita da una sedimentazione dei profili maggiormente controversi e da un arricchimento del contesto di conoscenza che ha, nel tempo, consentito messe a fuoco e riformulazioni delle premesse del tema – anche nell'ambito di rigenerate consapevolezza di ordine costituzionale. Su queste ridefinite basi, può e deve ripartire la discussione, depurata dalle iperboli indotte da *pre-comprensioni* ideologiche e taluni fraintendimenti epistemici a cui si deve una sorta di chiusura autoreferenziale delle differenti posizioni in campo che ha ostacolato forme di dialogo negli spazi della comunicazione virtuosa.

Un rinnovato impegno di analisi e confronto reclama l'attivazione di un percorso che segua il filo rosso delle trasformazioni avvenute nei rapporti tra *legis-latio* e *iuris-dictio* in ambito penale; segnatamente, tra la *deontologica esclusività della forma legislativa di disciplina* della materia e gli *ontologici spazi di manovra ermeneutica* delle pronunce dei giudici, nello scenario di un'esperienza – quella repubblicana – composta da stagioni differenziabili sul crinale dei bilanciamenti tra le due richiamate anime della legalità penale.

Una ricostruzione, sommaria e assai parziale, delle scansioni (culturali, politico-ideologiche e normativo-istituzionali) attraverso cui si è pervenuti all'odierna configurazione dei rapporti *in action* interni alle *componenti istituzionali* della giustizia penale, ci sarà di aiuto non già per una (velleitaria e superflua) ricapitolazione antologica della memoria, quanto piuttosto per impostare le questioni problematiche di ancora controversa soluzione nell'appropriato contesto di senso, dal suo canto utile nell'individuazione di possibili vie di uscita.

2. La legalità della legge nella stagione della cultura giuspositivistica dei giudici.

In una prima fase della parabola costituzionale, predomina nel discorso teorico una concezione eminentemente normativistica della legalità penale. Il racconto che se ne fa è di tipo *a-problematico*. Riflette lo *spirito* di un tempo che, nel *nullum crimen*, vede la dimensione maiestatica di un principio identitario della civiltà giuridica moderna, vale a dire la pietra d'angolo dello *Stato di diritto* del quale sintetizza e traduce sia i valori di *Magna Charta* individuale della *certezza, libertà, eguaglianza*, sia il modello di divisione dei poteri che ne costituisce il cardine dell'architettura istituzionale. Sarebbe ingeneroso ed inappropriato leggere nella trama di quel discorso solo l'aspetto farisaico del formalismo legalistico di stampo volontaristico e, così, censurare una posizione teorica che – concentrandosi sulle virtualità protettive ed ordinanti delle fonti e sulla normatività, *astratta e generale*, delle garanzie connesse al *modo di produzione* penalistica – metteva tra parentesi correlazioni e nessi coi soggetti istituzionali deputati a trasferirne sul piano effettuale le capacità di prestazione. Una visione delle cose intrisa di storicismo permette di individuare in quel genere di narrazione non già un ottuso *nichilismo delle forme* o un'ingenuità epistemologica da 'anime belle' che 'libera' la coscienza morale dagli imperativi di giustizia e neppure l'onda lunga di epistemologie formalistico/autoritative intrecciate alla neutralità ideologico/culturale del giurista di formazione tecnico-giuridica. In realtà, esaltando una *legalità pura*, quella prospettiva muove da una convinta adesione ai valori del liberalismo penale espressivo del principio democratico: nel celebrare la 'maestà' della *legalità legislativa*, essa intende ribadire la primazia assiologica di un modello di regolazione del potere di punire fondato sulla funzione civilizzatrice della democrazia parlamentare, ritenuta strumentale alla salvaguardia delle libertà individuali, delle quali il *nullum crimen* assurgeva – come pure fu detto – a *Palladio*.

Sono gli anni nei quali la legalità funziona come convettore di una comune visione tra dottrina e giurisprudenza. Alla *legalità della legge* non si contrappone ancora

il *diritto dei giudici*. Due i fattori: la compattezza culturale – una comune *κοινή* – che avvince i giuristi nella condivisione della tradizione giuridico liberale dello *Stato legislativo di diritto* (con le categorie portanti dello *Stato* e della *Legge*) e la non ancora compiuta *invenzione* (nel senso di *scoperta*) delle potenzialità precettive del testo costituzionale.

Il primo favorisce mentalità ed approcci interpretativi che sfociano nella tenuta stabilizzante della legislazione vigente; emblematica la gestione applicativa delle molte norme cariche di elementi vaghi e di incerta estensione, divenuta banco di collaudo dell'affidamento socio/istituzionale in un agire giudiziale ispirato al conformismo legalistico. Lo prova la posizione del massimo studioso dell'universo tematico del *nullum crimen*, il quale non ha esitazione ad affermare il carattere ineliminabile (e, perciò, in sé non antinomico) degli elementi vaghi nel contesto morfologico delle norme penali, al punto da sostenere che il principio di precisione sembra destinato ad essere violato in "*casi-limite ed estremamente rari*" (Vassalli).

Dal canto suo, la vicenda del *congelamento costituzionale* agevola la perdurante vitalità di un modello *puro* di *legalità*. A determinarla non è solo la cultura conservatrice dei giuristi, quanto la *narcotizzazione* della rilevanza costituzionale della precisione/determinatezza ascrivibile all'inversione metodica su cui la Consulta imposta lo scrutinio di legittimità, valutando significato ed estensione del principio a partire dalla comune conformazione delle disposizioni di legge ordinaria (!). In pratica, anziché decifrare i difetti linguistico-semantici delle norme penali, la Corte fa discendere dalla loro frequenza "*il rigetto delle questioni di legittimità costituzionale proposte in relazione al principio di precisione*" (Marinucci-Dolcini). Fattispecie e concetti quali l'abuso d'ufficio (sentenza n. 7/65), l'apologia di reato (sentenza n. 65/70), il "*comune sentimento del pudore*" (sentenza n. 191/70), la "*morale delle famiglie*" (sentenza n. 42/72) vengono, così, sottratte a declaratorie di illegittimità costituzionale che sarebbero state sacrosante, in ragione dell'incolmabile divario tra le disposizioni censurate e protocolli di definizione legale di *tipi tassativi*, appena accettabili.

A questa stagione di egemonia della *legalità legislativa*, appartiene anche la rivendicazione del compito istituzionale di esercitare la nomofilachia che la Corte di Cassazione attua nella vicenda della c.d. "*prima guerra*" con la Corte costituzionale.

Se, sul piano istituzionale, la celebre contrapposizione intende valorizzare il mantenimento di un riparto di competenze funzionale agli equilibri del sistema, sul piano culturale essa esprime una difesa 'a tutto campo' della *legalità legale*, che viene trascinata a fornire, nello scontro con la *legalità costituzionale*, una prova di resistenza fino alle risorse ultime consentite dall'ordinamento.

3. Il *disgelo costituzionale* ed il risveglio della coscienza ermeneutica anche nel campo penale.

Una seconda fase è quella del *disgelo costituzionale*. Comune è l'individuazione dell'atto di battesimo del 'nuovo corso'. Si tratta della mozione di chiusura del Congresso dell'Associazione nazionale magistrati del 1965, che, nel suggellare il

congedo dal formalismo interpretativo “*indifferente al contenuto ed all’incidenza concreta della norma nella vita del paese*”, apre la stagione caratterizzata dall’attribuzione alla magistratura del compito di “*tutela dell’indirizzo politico-costituzionale, in quanto la Costituzione ha codificato determinate scelte politiche fondamentali, imponendole a tutti i poteri dello Stato, ivi compreso quello giudiziario*”.

Su questo innovativo fronte di azione, si innesta la rivolta contro gli assetti della legalità vigente che investe anche le concrete manifestazioni della legalità penale.

Se l’attacco più dirompente alla *legalità della legge* vede protagonisti le leve di magistrati che, formati in periodo repubblicano, appaiono maggiormente vocati a cogliere le opportunità riformiste del testo costituzionale, i segnali di cambiamento giungono, negli anni settanta, anche ai piani alti della giurisdizione di legittimità. Significativo l’avallo a molte delle interpretazioni espansive promosse in tema di reati contro la P.A. o a tutela di interessi collettivi, alcuni dei quali affetti da vizi di determinatezza talmente pronunciati da rispecchiarsi in *norme senza precetto* (paradigmatica la figura della lottizzazione abusiva).

È questo, dunque, il periodo in cui la relazione tra legge e interpretazione registra un’alterazione della sua dinamica classica, finendo per determinare una sensibile trasformazione del ruolo del giudice. Il *novum* sta nel passaggio dalla funzione (‘istituzionalmente’ *dichiarativa*) di attuare nei singoli casi i programmi politico-criminali delle disposizioni legali a quella (‘istituzionalmente’ *interventoistica*) di garante della cerchia dei beni dei quali la *forza normativa* dei fatti reclama protezione. Sul piano della *grammatica penalistica*, ciò comporta una trasfigurazione dei compiti politico-criminali del concetto di *fattispecie*. L’attivismo giudiziale verso la difesa degli interessi collettivi, invero, sbilancia l’equilibrio tra le due anime della categoria, a cui non per caso il linguaggio della dommatica affida l’ufficio di esprimere il carattere bipenne della disciplina – *id est, il doppio taglio della sua identità strumentale* – legato alla natura di *ius exceptum* “*derogatorio rispetto alla regola della libertà*” (Giunta). A farne le spese è la destinazione garantistica di *Magna Charta*; *scilicet*, il vincolo di soggezione che ne deriva sul versante del ruolo di interpretazione/applicazione e, dunque, “*la sostanza della forma*”, la legittimazione, cioè, a separare il *dentro* e il *fuori* del *nomos* penale lungo la soglia di denotazione della legge. A uscirne potenziato è, per contro, il profilo propulsivo-interventista della norma penale, rispetto al quale diventa servente l’entropia delle tecniche ermeneutiche che sublimano la figura del *giudice-scopo*.

4. Il protagonismo ermeneutico della giurisprudenza tra crisi della frammentarietà legale e aperture della Corte costituzionale al *diritto vivente*.

Tra i fattori che – nel farsi di una parabola evolutiva di cui è sinanche superfluo rammentare l’assenza di qualsiasi linearità diacronica – hanno concorso a modificare le condizioni di contesto entro cui si dispiegano le simmetrie tra la legge penale e le sue applicazioni, vanno incluse le molte deleghe al potere giudiziario dei compiti di prevenzione, controllo e gestione repressiva relativi ad interi comparti della vita sociale. Gli strumenti dei quali, allo scopo, si è servito un legislatore sempre meno autorevole

(per ragioni variamente ascrivibili a pavidità neghittosa, inadeguatezza culturale o interessata strumentalizzazione di pulsioni populistico/demagogiche) sono disposizioni che rimettono alla pratica giurisprudenziale la gamma delle soluzioni da adottare, calibrate sul registro di geometrie variabili suggerite dalla morfologia dei casi. L'ampiezza denotativa del materiale legislativo è, alcune volte, tale da precludere la stessa (censura della) violazione del divieto di analogia *in malam partem*, causa l'assenza nei *tipi legali* del tasso di *determinatezza* necessario a sperimentare il test dell'*argumentum a contrario* di cui è implicazione logica quello di analogia. Le vicende ermeneutiche della partecipazione associativa di stampo mafioso e del concorso esterno ne sono icastiche epifanie.

Questo *habitat* incoraggia intraprendenze interpretative della giurisprudenza che porta anche il diritto penale a vivere gli entusiasmi ermeneutici prodotti dalla riscoperta della dimensione *polifonica* e di *impresa collettiva* del diritto e dalla rivendicata annessione dell'interpretazione giuridica all'ambito di una *ragione filosofica pratica e relazionale* (Vogliotti).

Ora, non vi è alcun dubbio che *l'apertura ermeneutica* immetta una salutare boccata d'ossigeno nei polmoni di un ambiente culturale che aveva bisogno di far seguire, alla valorizzazione in chiave costituzionale e politico-criminale dei principi normativi di rilevanza penalistica, un sapere epistemico orientato alla conoscenza delle modalità di comprensione ed interpretazione delle norme. Il valore aggiunto della prospettiva consiste, com'è noto, nel diffondere la consapevolezza, per un verso, della consistenza ontologica dei meccanismi interpretativi, vale a dire dei "*limiti entro cui il comprendere si realizza*" (Müller); per un altro, della "*struttura fondamentale aperta della concretizzazione*". L'una coincide con l'ingresso della *pre-comprensione* nel gioco interpretativo del *circolo ermeneutico*, si identifica cioè coi pregiudizi che occupano la coscienza dell'interprete i quali, configurando condizioni trascendentali della comprensione, non sono "*qualcosa di cui egli possa liberamente disporre*" (Gadamer). L'altra svela la fallacia del vocabolario giuspositivista circa l'autoevidenza del linguaggio e la natura sillogistico-deduttiva della *fissazione di senso* delle norme. Essa sottolinea la funzione conformativa (degli enunciati normativi) svolta dalle pratiche interpretative le quali, nell'espone le disposizioni considerate ai continui tentativi di generalizzazione semantica sperimentati in occasione della loro applicazione ai casi, produce *accumuli di significati* destinati ad integrarne la dimensione normativa.

Se questo è l'aspetto virtuoso dell'incontro fra legalità ed ermeneutica su cui concorda larga parte del discorso teorico (Donini, Fiandaca, Palazzo), destano viceversa preoccupazioni talune fughe in avanti originate da usi disinvolti e poco sorvegliati del lessico ermeneutico. L'irruzione di quest'ultimo in una cultura conservatrice, qual è (e in parte deve [continuare ad] essere) quella che si occupa di delitti e pene, crea facili suggestioni, che divengono pericolose allorché sfociano in approcci affrettati sul nesso tra *creatività* ed *interpretazione* (Pulitanò) ed avallano estemporanee riconfigurazioni del rapporto tra *littera legis* e *risultato* interpretativo.

Eppure, proprio il Maestro alla cui lezione si deve l'affascinante critica alle mitologie giuridiche della modernità, ha avvertito che "*lo spostamento dell'asse portante*

dell'ordinamento dal legislatore all'interprete" rifiuta innesti automatici nella materia penale dove ha "una peculiare rilevanza la riserva di legge" (Grossi).

Il fatto è che, non di rado, si opera una confusa sovrapposizione del *problema ontologico della comprensione* con quello dei *metodi di interpretazione*, nel senso che la questione delle condizioni trascendentali della conoscenza viene convertita, con surrettizio automatismo, nell'obbligato riferimento a criteri di interpretazione giuridica dalla forte connotazione creativa.

A ben vedere, la formazione di una coscienza ermeneutica dovrebbe premere in opposta direzione, spingendo l'interprete a resettare i vincoli dei propri inconsci condizionamenti; in altri termini, a sviluppare forme di sublimazione delle pulsioni soggettivistiche alimentate dalle sue ineliminabili aspettative di senso. Per dirla con Francesco Palazzo, l'appropriazione di una cultura ermeneutica, nel liberare l'attività interpretativa "dal velo di ignoranza (o di ipocrisia)", permettendo di "scoprire i reali itinerari in cui prende forma il suo potere decisionale", oltre a "smantellare l'onnipotenza del legislatore", mette in discussione "anche l'onnipotenza (forse ancor più temibile) del giudice".

Lecture superficiali e fraintendimenti hanno così legittimato decisioni che – nell'assecondare quella svalutazione del criterio della *testualità* dell'interpretazione (ex art. 12 delle preleggi) raccomandata dal verbo ermeneutico di quanti, storici e filosofi del diritto, civilisti e costituzionalisti, lo reputano retaggio simbolico della coincidenza tra *diritto* e *Stato* – oltrepassano la barriera di senso comune delle parole, così spianando la strada alla creazione, *dal basso della fucina giurisprudenziale*, di nuove tipologie criminose (emblematica la vicenda della riconduzione delle onde elettromagnetiche nel tipo dell'art. 674 c.p., ma anche quelle *i*) della vanteria di un credito relazionale realmente esistente nel contesto dell'art. 346 c.p., *ii*) dello scambio elettorale politico-mafioso *ante* riforma del 2014, *iii*) della truffa mediante approfittamento dell'errore altrui, *iiii*) della corruzione per l'esercizio della funzione pre-riforma del 2012), ovvero ne certificano un ruolo di mero (seppur indispensabile) "passaggio funzionale verso la completa ed esaustiva intelligenza del comando legislativo" (SS.UU. in tema di falso valutativo nel bilancio). Lo scivolamento dalle *parole della legge* alle *ricostruzioni interpretative* che ne sviliscono la portata, in un ordinamento che non conosce la regola dello *stare decisis*, finisce per aumentare la gamma delle (sempre) possibili letture delle norme, provocando una duplice scia di conseguenze negative: l'artificioso incremento dei contrasti giurisprudenziali e l'indebolimento delle funzioni cognitive e garantistiche del processo. L'incertezza semantica della legge penale incrina, infatti, la connessione tra *regola* e *giudizio* e, di conseguenza, rende problematiche le valutazioni delle parti nella scelta dei riti e nelle opzioni probatorie, sfianando l'effettività del contraddittorio ed oscurando i *profili di giustizia* della decisione.

Ad acuire lo sbilanciamento delle relazioni tra la legalità della legge e la sua dimensione giudiziaria contribuisce la giurisprudenza costituzionale. Attraverso la dottrina del *diritto vivente*, la Consulta irrobustisce il peso dell'interpretazione dei giudici comuni, coinvolgendoli nell'opera di adeguamento delle norme ai significati costituzionali; dapprima, in regime di *partecipazione paritaria*, successivamente, con attribuzione ad essi di un ruolo di *preminenza nell'adeguamento ermeneutico* attuato per il tramite (dell'onere) dell'*interpretazione conforme*. La prima forma di cooperazione

paritaria risale alla sentenza n. 276 del 1974, mentre l'assegnazione al potere giudiziario del compito di *conformazione costituzionale* delle norme viene inaugurata dalla sentenza n. 356/96 che racchiude il manifesto della *nouvelle vague*, compendiato nell'assunto secondo cui *"le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali"*.

Sul piano della legalità penale, le ripercussioni sono significative. Oltre alla riserva di legge, ne fa le spese il principio di determinatezza. Accade che la Corte, pur riconoscendo la duplice destinazione di *razionalità strumentale* del canone – di tutela della libertà di autodeterminazione individuale nell'ottica della colpevolezza normativa e di ratifica della divisione dei poteri –, conferisca *"all'interpretazione "tassativizzante" fornita dalla giurisprudenza la capacità di conformare al principio di determinatezza illeciti penali dai contorni slabbrati – talora addirittura eterei – nella descrizione normativa, alla sola condizione, assai poco selettiva, che l'operazione ermeneutica poggi su un "fondamento controllabile"*" (Manes-Napoleoni).

L'esito che ne consegue è l'affossamento delle pur ribadite proiezioni di scopo del principio, la cui sorte viene saldamente affidata alle decisioni del soggetto istituzionale del quale (anche) dovrebbe scongiurarne gli abusi.

5. L'ingresso della legalità convenzionale.

In questa situazione, nella quale la definizione delle sfere di illiceità penale diventa partita giocata nel campo della *law in action* e dove, spesso, l'epilogo è dato da soluzioni che intervengono in esito a complessi travagli interpretativi (con costi pesanti pagati dalla certezza del diritto e dalla aspettative di libertà e giustizia dei singoli), lo sdoganamento della legalità convenzionale fa, dunque, il suo ingresso in una stagione in cui il divario tra la *legalità legislativa* e le prestazioni sempre più performanti delle pronunce dei giudici sedimentano situazioni di crescente sofferenza dei diritti di *Magna Charta*.

Imperniato sul requisito della *prevedibilità*, l'arnese convenzionale si offre di svolgere il ruolo di cerniera tra i due richiamati formanti dell'esperienza giuridico-penale (Viganò, di Martino, Amarelli). Ciò si deve al fatto che esso non aspira a legittimare una diversa modalità di produzione del diritto penale, alternativa al sistema della legalità parlamentare, bensì vuole assicurare in *concreto* la garanzia dei diritti di libertà incorporati nella tradizione giuridica occidentale di cui è espressione la categoria dello Stato di diritto in senso ampio (comprensiva della *Rule of law*). Il risultato consiste, allora, nella nascita di virtuose intersezione tra i due livelli ordinamentali, da cui scaturisce una protezione dei diritti ben oltre i limiti funzionali connaturati alle rigidità formali ed alla matrice legicentrica del sistema penale di *civil law*. Trovano, così, modo di essere giustiziate quelle lesioni di diritti non riconosciute da un modello nel quale le garanzie del reo sono concepite quali corollari ed espressione della sola riserva di legge: il riferimento corre sia alle implicazioni connesse alla ricostruzione della 'materia penale', sia al rilievo attribuito ai pregiudizi provocati dagli *overruling* 'a legalità scritta

invariata' (in pratica, *de lege lata*), tutte le volte che mascherano forme di *retroattività occulta in malam partem* e di irretroattività *favorabiles*, oltre che di irragionevole compressione nell'esercizio di facoltà processuali indirizzate alla tutela di onnicomprensivi spazi di libertà (SS.UU. *Beschi*).

Certo, un effetto di ridimensionamento della *legalità della legge* emerge senz'altro, in connessione con l'ingresso del vincolo della *interpretazione convenzionalmente conforme* che incombe sugli attori istituzionali – e tra essi sul giudice comune. E tuttavia, la rimodulazione estensiva degli interstizi entro cui si esercita la manovra ermeneutica di competenza della giurisdizione, è avvenuta in una prospettiva di favore verso le ragioni del reo – peraltro, non solo di quello che ha fatto vittorioso ricorso a Strasburgo – e, pertanto, di rafforzamento della dimensione di *Magna Charta* dell'apparato coercitivo.

Sarebbe peraltro erroneo riferire l'influenza virtuosa della legalità convenzionale all'esclusivo piano della giustiziabilità in concreto delle violazioni dei diritti.

A ben vedere, la sua penetrazione ha avuto positive ripercussioni anche sul livello normativo/istituzionale di quella interna. Da un canto, promuovendo occasioni per riaffermare l'intangibilità della riserva di legge statale (sentenza n. 230/12) e, così, proteggendola dall'assalto di concezioni avanguardiste volte alla formale equiparazione tra *abolitio criminis* di fonte legale e *outruling* giurisprudenziale favorevole. Dall'altro, determinando la rimozione di norme (sentenze nn. 24 e 25) che solo qualche anno prima il giudice costituzionale aveva ritenuto non in contrasto con l'art. 25, secondo comma, della Carta (sentenza 282/10).

6. Il rilancio della *legalità della legge* nella giurisprudenza costituzionale.

Il riferimento alla sentenza n. 230/12 ci sembra utile anche nell'introdurre il discorso sui caratteri che dovrebbero improntare (e a nostro avviso improntano nel presente momento) i rapporti tra la *legalità legislativa* e le prerogative ermeneutiche che si dispiegano nelle dinamiche dell'attività giurisdizionale.

Siamo dell'opinione che a partire da quell'arresto si sia dato corso ad una nuova, ed ancora attuale, fase nella quale (sembra si possa dire che) la riserva di legge e la proiezione linguistico-testuale delle sue pretese disciplinari – dopo esser stati ad un passo dal baratro della loro dissoluzione – si stanno vedendo riaccreditare una collocazione, adeguata al senso storico della loro dimensione costituzionale.

Costretta dalla *quaestio legitimitatis* a districarsi nei rapporti tra legalità costituzionale e legalità convenzionale, nella richiamata occasione la Consulta indica senza esitazione nella riserva di legge statale (assente nel contesto convenzionale) il pilastro della rispettiva dissimmetria. Riconosciuto al principio un ruolo di "*centrale rilevanza (...) nell'assetto interno*", i giudici costituzionali recuperano i *topoi* sui quali essi stessi avevano celebrato – nella fondamentale sentenza 487/89 – i fasti del *nullum crimen sine lege parlamentaria*, riproponendo a motivo della sua portata fondativa e paradigmatica il collegamento col canone democratico e con le virtualità dialettico-discorsive del procedimento legislativo.

Stavolta, però, il richiamo alle giustificazioni *classiche* della riserva di legge assume un significato ancora più pregnante e impegnativo, ove si consideri che avviene in un tempo nel quale la Corte – dopo la revisione dell’art. 117 Cost. e l’evoluzione interpretativa seguitane – è venuta assumendo la funzione di garante degli obblighi internazionali dai quali è scaturito il sistema multilivello. Si può, allora, ben dire che la riaffermata crucialità della riserva di legge operata dalla 230/12 corrisponde ad una sua ri-consacrazione particolarmente importante che arresta quel processo di lento declino avviatosi all’indomani della sua apoteosi da parte della sentenza 487/89.

Sulla scia della 230/12 si collocano due successivi arresti che segnano tappe salienti nel cammino della giurisprudenza della Corte verso una più marcata riabilitazione delle funzioni di garanzia della legge penale: si tratta delle pronunce che hanno, rispettivamente, posto l’epitaffio all’*affaire* Taricco (115/18) e definito i *seguiti interni* di *De Tommaso c. Italia* (24 e 25/19).

Con la prima, i giudici costituzionali affermano con categorica assertività come le scelte di diritto penale sostanziale, che permettono all’individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, debbano – “*nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia*” – incarnarsi “*in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati. Rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa, l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo*” (rilievo d.r.).

Ad escludere il carattere di *obiter* dell’assunto, milita la tranciante e consequenziale deduzione che essi ne traggono, allorché statuiscono che “*quand’anche la “regola Taricco” potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un contorno meno sfocato, ciò non varrebbe a “colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale”*”.

Com’è stato osservato, si tratta di una svolta epocale che “*sembra segnare una sorta di ripensamento della giurisprudenza costituzionale in relazione al vizio di indeterminatezza*”, per la quale – come notato in precedenza – “*eventuali deficit del principio di precisione (quale vincolo di tecnica normativa nei confronti del legislatore) sarebbero sanabili attraverso la stabilizzazione delle interpretazioni, ossia ad opera della giurisprudenza, cui verrebbe di fatto trasferito il compito di chiudere la fattispecie nel punto in cui risulta linguisticamente generica*” (Giunta).

D’altra parte, anche quanti negli anni hanno elaborato discorsi, e rimodellato categorie, assumendo quale campo di osservazione i significati espressi dalle norme *post applicationem*, quelli risultanti cioè dalla loro interpretazione, si sono augurati che la posizione della Consulta possa inaugurare “*un vero mutamento di paradigma nel rigore sul controllo della tassatività delle regole penali*” (Donini).

Fatto sta che la *ratio decidendi* della 115/18 non è restata priva di seguito, avendo trovato immediata eco nella sentenza n. 24/19, vale a dire nella successivamente prima occasione nella quale i giudici costituzionali vengono chiamati a delibare una imponente questione di legalità – ancorché nel settore della prevenzione *ante delictum*. Anche stavolta, il messaggio della Corte non sembra prestarsi a fraintendimenti. Pur non costituendo il criterio di decisione della questione giustiziata, la forte declinazione

garantistica della legalità penale emerge con nitidezza in opposizione alla diversa e flessibilizzata modulazione di riserva di legge che, nella circostanza, accolta in rapporto ad una materia definita non penale, quale quella delle misure di prevenzione. Mentre in tale comparto la Consulta sancisce che “*non può del tutto escludersi che le esigenze 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*”, nel campo penale *stricto sensu* essa ribadisce “*l’esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale*”.

Ben può dirsi, allora, che la sentenza 24/19, se da un canto opera una ‘sottrazione’ degli ambiti di azione della riserva assoluta di legge, da un altro, produce un consolidamento della sua nozione *forte* nei confini del territorio di elezione.

L’una consacra l’ingresso del *diritto giurisprudenziale* in uno dei tradizionali rami delle prerogative di coazione delle istituzioni statali. L’altro corrisponde all’idea *forte* di riserva di legge solennizzata nel caso *Taricco*.

Osserviamo che nella sentenza 24, l’adesione ad un modello oltremodo rigoroso di *legalità della legge* non avviene sul terreno del regolamento di confini con le pretese egemoniche “dei giudici di Lussemburgo”, bensì sul più impegnativo piano del diritto interno. Certo, al fine di saggiare la portata realmente performativa del nuovo corso ci sarà bisogno di una pronuncia di accoglimento al metro di tale rinnovata concezione (vetero)garantistica del *nullum crimen*. Nondimeno, le reiterate sue affermazioni da parte del giudice delle leggi appaiono segnali di un’inversione di tendenza che l’interprete ha il dovere di valorizzare.

La stagione aperta dalla sentenza 230/12 si chiude – quasi in plastica consequenzialità – con la decisione 25/19, ove si ribadisce l’impermeabilità della costruzione interamente legislativa della dinamica della punibilità (nelle relative fasi della *costituzione, modificazione ed abrogazione*) al formante giurisprudenziale.

7. Il futuro della *legalità della legge* tra *nomofilachia* e *de lege ferenda*: l’auspicata introduzione del *recorso de amparo*.

L’esito di questo percorso sembra la riabilitazione del *tipo legale tassativo*. Collocata nella parabola evolutiva della legalità repubblicana, la riscoperta di questa pietra miliare del diritto penale continentale apre scenari che, senza alimentare antistorici ritorni al legicentrismo delle mitiche età dell’oro, potrebbero corrispondere ad un riequilibrio interno dei rapporti tra la matrice democratico/parlamentare del testo e la dimensione epistemica e pluralistico/ermeneutica del sistema penale in azione.

In effetti, dopo: *i)* l’ipocrisia ideologica della *pura legalità*, *ii)* il graduale slabbramento morfologico/strutturale della formulazione legale e la sua decadenza funzionale in favore di spinte verso forme di disinvolta discrezionalità interpretativa, *iii)* il potenziamento del diritto all’*autodeterminazione individuale* propiziata dal

costituzionalismo europeo; il riposizionamento della legge nello spazio assegnatole dall'ordine costituzionale dello Stato di diritto potrebbe contribuire a ridurre l'odierna situazione di elevata complessità del diritto delle Corti, ben riflessa nella mole dei contrasti sincronici nello specchio dei quali illanguidisce l'aspirazione ad implementare i compiti ordinanti e garantistici del *nullum crimen* (Bartoli).

Il senso della nuova legalità penale dovrebbe potersi compendiare: *i*) in una accentuata valorizzazione della dimensione linguistico/testuale della norma penale; *ii*) nella conseguente stigmatizzazione di disposizioni imperniate su clausole generali o formule "*connotate da un certo grado di precisione*" (sent. 24/19); *iii*) nella verifica di idoneità della norma a svolgere una funzione di 'comunicazione diretta' ai suoi destinatari, senza l'ausilio delle interpretazioni qualificate degli esperti e del diritto giurisprudenziale concernenti la rilevanza penale del divieto; *iiii*) nella funzione della giurisprudenza di "*individuare il significato corretto nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo*"; *iiiii*) nella restituzione al giudice costituzionale del sindacato sulla legalità della norma penale (sent. 25/19).

Considerato il profluvio ipertrofico del vigente catalogo delle incriminazioni e la scadente fattura tecnica di una sua parte non esigua, ma anche l'irrealistica prospettiva di una sua cancellazione rimessa alle declaratorie di illegittimità costituzionale, mi pare che il nuovo corso possa lasciare prefigurare un duplice scenario, rivolto – rispettivamente – al futuro e al presente. Per il futuro, il ridefinito paradigma di legalità non può che accompagnarsi ad (un ennesimo auspicio verso) una rigenerazione culturale ed operativa del ruolo di legislatore e giurisprudenza. L'uno dovrebbe riappropriarsi di un ruolo autenticamente protagonista nell'opera di conformazione della materia penale, cosa che implica un rinnovamento strutturale delle visioni politico-criminali di cui francamente non si riescono oggi a intravedere le condizioni. Fondamentale sarebbe l'abbandono del meccanismo della delega – diretta od occulta – al formante giudiziario, oggi realizzata per il tramite di clausole normative e di elementi di fattispecie aventi un campo semantico connotato da rilevanti *aloni marginali*. Una tale impostazione, dal suo canto, esige politiche di diritto penale ispirate dalle direttive dell'*extrema ratio* e della *proporzionalità/offensività* che circoscrivano in termini quantitativamente significativi l'area dei reati e restituiscano a questi la fisionomia di tipologie criminose corrispondenti a *fatti* precisamente descritti, riconoscibili nella *sfera parallela dei laici*, vuoi perché fondati su condivisi parametri di giustizia (*meritevolezza di tutela*), vuoi perché riflettono esigenze di ricorso alla protezione coercitiva (*bisogno di pena*) che la rendono *adeguata allo scopo*. Un diritto penale restituito, su queste basi, a 'nuova vita' agevolerebbe il consolidamento di una cultura giudiziaria della legalità penale. *In primis*, poiché una normativa conforme a parametri di precisione/determinatezza e di riconoscibilità del divieto attenua il rischio di torsioni soggettivistiche, e discrezionalmente creative, delle interpretazioni. In secondo luogo, in quanto un diritto penale attestato su livelli elevati di razionalità politico-criminale e di qualità tecnica agevola l'acquisizione da parte del potere giudiziario di un'autentica *cultura del limite*, incoraggiando stili ermeneutici e modelli di ragionamento indirizzati a preservare l'oggettiva portata di senso dello schema legale, ricostruita in un'ottica di recupero della natura eccezionale del divieto penale.

In relazione al diritto vigente, la nuova legalità reclama il rilancio della funzione di nomofilachia della Corte di cassazione, oggi implementata dalla previsione dell'art. 618, co. 1-*bis*, c.p.p.

Se una legalità legislativa *recessiva* e, perciò, *impaurita* nel difendere sé stessa e le proprie pretese disciplinari poteva svolgere il ruolo di passivo spettatore di una nomofilachia orientata prevalentemente a garantire la certezza giuridica, strumentale a consolidare la mera prevedibilità delle decisioni nell'ottica di assicurare la calcolabilità dell'agire individuale e la sua *motivabilità secondo norme*; una legalità legislativa della quale il giudice costituzionale ha ribadito la centralità negli equilibri dello Stato costituzionale e la funzione di fonte suprema delle garanzie di *Magna Charta* dovrebbe chiedere alla nomofilachia di fare della difesa della legge penale la barra dei propri compiti di indirizzo interpretativo.

In altri termini, una rafforzata legalità della legge esige che la selezione dei *criteri di decisione* delle pronunce giudiziarie avvenga nel contesto dei significati interni all'arco "*delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo*".

Queste ricadute sul piano ermeneutico della riaffermata, nuova legittimazione del *tipo legale tassativo*, lungi dal mortificare ruolo e compiti della giurisdizione, ne ribadiscono la legittimazione nel quadro del costituzionalismo liberaldemocratico, segnalando come l'*antecedenza del testo sull'interpretazione* non asseconi esigenze (solo) logiche, ma esprima una gerarchia di valori; segnatamente, l'esigenza che le determinazioni morfologiche del reato e della pena (che sfociano, rispettivamente, nella *materialità offensiva e frammentaria del tipo* e nella *qualità e quantità della reazione sanzionatoria*) siano prerogative dei luoghi istituzionali in cui si esercita la democrazia rappresentativa.

Del resto, siffatta impostazione dei rapporti tra norma e interpretazione trova riscontro nei requisiti di professionalità prescritti per il conferimento delle funzioni di legittimità nell'ambito dello scrutinio disciplinato dall'art. 12 d.lgs. n. 160/2006, che rinviano alla "capacità scientifica e di analisi delle norme" che i candidati devono possedere.

D'altra parte, è il caso di rammentare come il *principio di diritto* non consista in una forma di generalizzazione normativa, bensì nella "*regola di giudizio in cui si condensa il criterio di decisione della fattispecie concreta*", la cui funzione è di "*universalizzare la decisione individuale*" (De Amicis).

Sul piano politico-istituzionale, è stato ancora di recente sottolineato che la nomofilachia può non essere in contrasto col principio di legalità (Fidelbo) – come assevera larga parte dell'esperienza di funzionamento della Corte di Cassazione – ma anche determinare frizioni col corredo delle garanzie formali orbitanti intorno alla riserva di legge.

A questo riguardo, cruciale nella loro rilevanza si prospettano le visioni culturali e politico-ideologiche delle questioni che fanno da sfondo ai problemi dei quali si occupa il diritto penale.

Se ne è avuta, ancora di recente, conferma, in una pur dotta sentenza delle Sezioni Unite che – chiamata a puntualizzare i confini della causa di non punibilità delineata dall'art. 590-*sexies*, c.p. – ha trovato utile per giustificare la formulazione del principio di

diritto disquisire sul sottile distinguo concettuale tra l'interpretazione *contro* la legge e quella che va *oltre* il significato immediato delle parole. Dice la Cassazione riunita che è possibile andare *oltre* le parole della legge, tutte le volte che l'opzione ermeneutica sia "il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere a un risultato costituzionalmente adeguato, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle sezioni semplici, al "diritto vivente" nella materia in esame" (SS.UU. n. 8770/18).

Il richiamo a tale arresto – coinvolgente una questione delicata che interseca aspetti di grande rilevanza della vita sociale (Cupelli) – risulta utile per mantenere desta la consapevolezza di come – anche ai livelli alti della nomofilachia – sia sempre in agguato il rischio di collisioni ed interferenze col senso più autentico e profondo della *legalità legislativa* (cfr. anche SS.UU. n. 51815/18, in tema di produzione del materiale pedopornografico).

Ora, gli attentati alla legalità – comprendenti la violazione delle norme che definiscono ambiti e termini della punibilità (dilatazione della tipicità, restrizione di scriminanti e cause estintive etc.) – possono consumarsi attraverso differenti dinamiche giurisprudenziali, inquadrabili, fondamentalmente, in due macro-tipologie di fenomeni.

La prima, più grave, consiste in aggiramenti della legalità che si sedimentano in orientamenti consolidati, specie se accompagnati dall'*imprimatur* delle Sezioni Unite – ancor più ove queste ultime si pronuncino in via preventiva, ai sensi del primo comma dell'art. 618 c.p.p., senza cioè aver potuto contare su alcun pregresso dibattito ermeneutico in seno alle sezioni semplici e, dunque, con pregiudizio del valore di *concordia discors*. Va da sé, infatti, che in quest'ultima ipotesi, la formulazione del principio di diritto che dovesse realizzare un'indebita estensione della punibilità apparirà ancor più censurabile in quanto proveniente da un contesto che potrebbe favorire una irragionevole prevalenza dell'*auctoritas* della sede sulla *ratio* della decisione.

In una situazione di questo tipo, che può farsi rientrare nella categoria dell'"*eccesso di potere interpretativo*" (Cadoppi), il valore della legalità della legge viene solo formalmente osservato e incorporato nelle trame del diritto vivente, risultando in realtà sconfessato – o, quantomeno, privo di effettivo riconoscimento – nei circuiti istituzionali deputati ad attuarne i contenuti, sopraffatto per lo più da impostazioni apagogiche o da concezioni solo teleologiche della legalità (Vogliotti).

Si tratterebbe di una violazione generalizzata, di tipo oggettivo/sistemico, rispetto alla quale il tradizionale salvacondotto dell'*overruling* giurisprudenziale rischia oggi di apparire di difficile ed incerta praticabilità, tenuto conto del regime di moderata forza vincolante del principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite, di cui all'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.

La seconda tipologia di elusione della legalità si ricollega ai casi in cui una decisione di legittimità, pur esplicitando formale ossequio ad un diritto consolidato che sia conforme a lettera e *ratio* delle norme penali, ne realizzi tuttavia una sovversione.

Sono le ipotesi di rivolta occulta nei confronti del diritto vivente (si pensi alle ipotesi di processualizzazione delle categorie della causalità, del dolo eventuale, della partecipazione associativa, del concorso esterno).

In tali situazioni, il valore della legge penale è presente nelle manifestazioni diffuse del sistema penale in azione, ma resta eluso nell'ambito di singole vicende

giudiziarie. Oggi, anche questo genere di violazioni della legalità penale – relative a fattispecie incriminatrici o a schemi di esenzione dalla punibilità in senso ampio – possono essere sfornite di protezione, in particolare ove in esse non si realizzi la lesione della *prevedibilità*, tutelabile in ambito convenzionale: si pensi alla successione di differenti dimensioni ermeneutiche degli enunciati normativi osservate, rispettivamente, al tempo del fatto e a quello della sentenza definitiva, la prima delle quali sia conforme alla *lex* e, anche per ciò, compiutamente riconoscibile da parte del soggetto agente.

Ora, concordo con quanti ritengono che sia giunta l'ora di riprendere l'auspicio formulato circa trent'anni fa da Franco Bricola di introdurre nel nostro ordinamento una forma di *recurso de amparo* volto a neutralizzare gli effetti di clamorose violazioni *in malam partem* della legalità e, dunque, sperimentabile in casi assai delimitati.

Al di là degli effetti di rafforzamento pratico della tutela della matrice legislativa delle norme e di difesa dei diritti fondamentali coinvolti, l'introduzione del congegno potrebbe svolgere un'opportuna funzione di *richiamo* e di *appello*, concorrendo a consolidare la condivisione della cultura della separazione dei poteri in campo penale.

L'istituzione chiamata ad occuparsene potrebbe essere la Corte costituzionale o altro organo *ad hoc*, formato da giudici, avvocati e professori universitari (Cadoppi), di comprovata esperienza e capacità nella materia penale.

Ragioni di coerenza con i tradizionali tracciati della giurisprudenza costituzionale, suggerirebbero di non affidare alla Consulta le nuove competenze.

Il tradizionale rispetto della Corte verso il *diritto vivente* rischierebbe di pregiudicare l'operatività di un istituto già di per sé destinato ad operare eccezionalmente.

Quanto alle modalità del controllo, si potrebbe pensare a forme di sindacato sia preventivo, sia *ex post*, a seconda del tipo di violazione che si intenda far valere. In particolare, vizi macroscopici di qualità della legge – riportabili a talune delle figure sintomatiche elaborate in Corte cost. n. 364/88 – che appaiono precludere la ricostruibilità di un arco di significati corrispondenti alle letture riconoscibili da parte dei destinatari (si pensi ad una parte della fattispecie dell'odierno 416-ter c.p.), potrebbe essere denunciati con un *amparo* preventivo.

Nelle ipotesi di "eccesso di potere interpretativo" e nei casi di sovversione occulta del diritto consolidato conforme a legalità – ma si potrebbe pensare anche alle ipotesi nelle quali il condannato intenda volgere a proprio vantaggio gli effetti del mutamento favorevole di giurisprudenza sancito dalle Sezioni Unite – l'*amparo* sperimentabile potrebbe essere *ex post iudicatum*.

Siamo consapevoli che l'introduzione di un simile rimedio rischia di schiudere prospettive di un suo uso inflazionato. Si tratta di un pericolo sterilizzabile con opportuni antidoti, quali i filtri di ammissibilità ancorati al parametro della *non manifesta infondatezza* assegnati alla competenza di un comitato ristretto dell'organo competente a decidere.

Pur se lo *spirito del tempo* è niente affatto incoraggiante, riteniamo che le strade le quali possano condurre ad esiti di rafforzamento dei diritti fondamentali debbano essere percorse, con *juicio*, ma anche con coraggio.