

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2022

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LEGALITÀ DELLA LEGGE E DINTORNI: TRA CONSULTA, CASSAZIONE E AUSPICI RIFORMISTICI

di Vincenzo Maiello

SOMMARIO: 1. La riabilitazione della *legalità della legge* nella recente giurisprudenza costituzionale. – 2. La compatibilità della dimensione linguistico/testuale della disposizione con la struttura ermeneutica dell'interpretazione (anche) penale. – 3. L'eco del nuovo corso nella giurisprudenza della sesta sezione della Corte di Cassazione (sentenze nn. 5536/22 e 24772/22). – 3.1. Il meccanismo materialmente (e parzialmente) nomofilattico delle consultazioni *ex art. 47 ord. giud.* – 4. Le molte vicende giurisprudenziali di punibilità non conforme al tipo legale. – 5. Cosa fare?

1. La riabilitazione della *legalità della legge* nella recente giurisprudenza costituzionale.

Vorrei rivolgere un sentito ringraziamento agli artefici di questa splendida giornata di studio, Francesco Palazzo – Maestro della nostra disciplina – e Roberto Bartoli, amico e collega di valore.

Siamo giunti a un punto dei lavori in cui a chi non è ancora intervenuto tocca vivere il *supplizio di Tantalo*, diviso, com'è, tra il dovere di rispettare il compito assegnatogli e la tentazione di raccogliere e discutere la messe di suggestioni provenienti dalle relazioni della mattinata, tutte assai dense e feconde.

Restando nella metafora, dichiaro subito che scioglierò il dilemma in favore della prima alternativa: da convinto assertore dei vincoli che discendono dalle pretese di legalità che permeano il nostro settore, mi atterrerò ai limiti del contributo di discussione richiestomi.

Pur entro questi ristretti ambiti, farò qualche breve raccordo con le cose ascoltate; in particolare, vorrei volgere ad *incipit* del mio dire uno spunto colto dall'intervento del Presidente Lupo, allorché ci ha richiamati al dovere di assumere la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni a criterio di orientamento delle osservazioni cui siamo stati chiamati.

Trovo l'invito, così autorevolmente rivolto, cruciale nella sessione dedicata alle "prospettive della legalità penale", per l'evidente preclusione – logica, innanzitutto – ad impostare una riflessione che guardi al futuro senza esaminare e valutare il *diritto costituzionale vivente* sull'argomento.

Da questo punto di vista, si può senz'altro anticipare che gli assunti espressi dall'odierna giurisprudenza della Consulta restituiscono un quadro del principio per molti versi sovrapponibile alla rappresentazione identitaria che ne dà il costituzionalismo continentale; perciò, non corrispondente al malfermo stato di salute del principio medesimo, per come è dato ricavarlo sia dalla scadente qualità normativa

del diritto legislativo e dai correlati suoi rapporti con la giurisdizione, sia da parte del discorso teorico, ove sembra prevalere una certa assuefazione all'eclissi delle capacità di prestazioni del *nullum crimen* e, per contro, ad una pretesa maggiore performatività, ordinante e garantistica, del diritto giurisprudenziale.

È sufficiente volgere lo sguardo alle decisioni costituzionali di questi anni per restare impressionati dalla risolutezza del cambio di paradigma che la Corte ha voluto realizzare, traendo la *legalità della legge* dal baratro della sua dissoluzione e ricollocandola sui piani alti dei caratteri che delineano la fisionomia dello Stato (di diritto) di *civil law*.

Si tratta di una parabola che se, per un verso, *esplode* con l'epicedio della vicenda *Taricco*, si consolida con le sentenze nn. 24 e 25/19 e trova sublimazione nella n. 98/21 in tema di analogia; per l'altro, può dirsi in qualche modo anticipata nei suoi prodromi dalla decisione n. 230 del 2012 (oggi più volte ricordata).

A leggerli in sequenza, quegli arresti fotografano una progressione logico/concettuale dei contenuti e significati del principio che corrisponde all'ortodossia della sua identità costituzionale: vi ritroviamo *i*) la dimensione politico-istituzionale (riferita alla divisione dei poteri), *ii*) la funzione individual-garantista di *regula iuris* delle libere scelte di azione, *iii*) il computo di *regola di giudizio* per (e nel) processo.

In quest'ottica, la sentenza 230 ben rappresenta il *prius* metodologico del discorso che sarebbe stato svolto dalle pronunce successive, poiché qui la Consulta fonda il significato per così dire ordinamentale del *nullum crimen*, fissandolo nel quadro della divisione costituzionale dei poteri e definendone, in questa logica, il rapporto con la giurisdizione.

Chiamata a stabilire la compatibilità al metro della legalità convenzionale (quale norma interposta dell'art. 117 Cost.) della mancata inclusione del "mutamento giurisprudenziale" (sancito dalle SS.UU.) nella disciplina dell'art. 673 c.p.p., i giudici costituzionali riaffermano la "centrale rilevanza nell'assetto interno" del principio della riserva di legge e l'eterogeneità rispetto ad esso del fenomeno interpretativo: entrambi sono espressione di poteri dello Stato distinti, reciprocamente autonomi e indipendenti, con la conseguenza che le rispettive determinazioni risultano diversamente connotate sul piano dell'efficacia. Di qui la non sovrapponibilità dell'*abolitio criminis* propriamente intesa – discendente, cioè, da decisioni legislative che abrogano disposizioni incriminatrici o ne riformulano la portata, restringendo i confini del fatto tipico – e l'*overruling* giurisprudenziale favorevole, quello, cioè, cui consegna l'affermazione che un certo fatto non costituisce più reato (per ritenuta sua *atipicità*): l'una spiega effetti vincolanti sul piano del diritto oggettivo vevoli *erga omnes*; l'altro aspira soltanto ad acquisire caratteri di "stabilità e generale seguito" ma in via solo "tendenziale", poiché basati su una "efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo", confermata sia dal fatto che "la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica" sia dalla circostanza che "le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole".

Dunque, senza rinunciare alla lezione dell'ermeneutica giudiziaria e al ruolo conformativo del diritto giurisprudenziale (nei limiti, a nostro avviso, della precisazione semantica dei tipi legali in rapporto alla storicità dei fatti e della scelta di uno dei

significati tra quelli compatibili con la *littera legis* – n.d.r.), la Consulta ribadisce il significato *istituzionale* della riserva di legge e, di conseguenza, la qualificazione giuspositivistica del sistema penale che ne costituisce l’oggetto.

Ne esce, in sostanza, confermata la doppia caratterizzazione del diritto penale interno quale: *i*) diritto di fonte esclusivamente legale che, in quanto elaborato nei circuiti della democrazia parlamentare, *dialoga* con la “supernorma” dell’art. 1 Cost., inserendosi nel raggio del suo secondo comma; *ii*) diritto, però, che in ragione della sua necessaria giustiziabilità processuale, è inesorabilmente influenzato dalle componenti ermeneutiche dell’interpretazione.

Si può dire che quella decisione suggelli la caratterizzazione del diritto penale in chiave di “giuspositivismo ermeneutico”, volendo mutuare una recente, felice definizione della *Rechtsphilosophie* di Gustav Radbruch, benché maturata in un contesto e per fini non del tutto sovrapponibili alla nostra discussione.

È, comunque, con la sentenza n. 115/18 che la Corte reintroduce nella definizione della legalità penale la tradizione della sua matrice normativo/parlamentare, ponendo al centro il ruolo costitutivo svolto dell’enunciato normativo nella doppia sua funzione di regola dell’agire individuale e limite alle decisioni giudiziali.

Sta in questo intreccio, tra matrice democratica dell’opzione incriminatrice e destinazione funzionale della norma penale sia a tutela della libertà individuale, sia come barriera del potere giudiziale di selezione dei significati possibili della disposizione, la complessità rivoluzionaria della sentenza.

Il risultato sta in un inatteso recupero del tipo legale tassativo, qualificato dalla determinatezza del registro linguistico dell’enunciato e dal conseguente rafforzamento dei vincoli d’interpretazione, in un quadro d’insieme che rende più nitida la distinzione tra *ius facere* e *ius dicere*, offuscata nella lunga stagione in cui il nostro giudice costituzionale ha mostrato favore verso la sanabilità dell’imprecisione semantica delle disposizioni legali attraverso le interpretazioni stabilizzanti del diritto vivente.

Com’è stato osservato, non si è trattato di un “ingenuo ritorno all’antico, ma di una lettura dei cardini costituzionali del nostro diritto penale, peraltro riportati dalla manualistica, senza eccezioni, su cui si formano studenti e si sono formate generazioni di magistrati”.

Lo spostamento della legalità sul suo asse legislativo non comporta, nella trama della 115/18, l’annullamento di ogni spazio all’interpretazione che potrà esercitarsi “nelle eventuali zone d’ombra” della *lex scripta*, “individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo”.

Qui la Consulta fotografa con molta chiarezza il rapporto di strumentalità applicativa e funzionale dello *ius dicere* che, in quanto “ausilio interpretativo” e “*posterius*” rispetto al testo legislativo offerto alla conoscenza dei consociati, deve asseverare la funzione di garanzia individuale svolta dall’enunciato normativo. In altri termini, la legalità come regola di giudizio rivolta al giudice deve risultare servente la legalità come regola di azione individuale. Solo così, l’opzione ermeneutica mantiene i caratteri di esercizio giurisdizionale che rispetta la divisione dei poteri, poiché non si trasforma in un *novum* riservato alle prerogative dello *ius facere*.

Ecco, mi pare che sia su questo specifico versante che *Taricco* scriva una pagina fulgida di *diritto penale costituzionale*, in ideale ricongiungimento con la stagione aurea delle sentenze-saggio del finire degli anni Ottanta del secolo passato. La legalità che vi viene celebrata è, invero, quella destinata a fungere da presupposto del giudizio normativo di colpevolezza, ancorato alla riconoscibilità del divieto e fondato sull'esigibilità dell'osservanza normativa, a loro volta orientati a favorire le componenti positive della prevenzione di matrice structural/funzionalista (per intenderci: à la Roxin, non à la Jakobs).

Nella logica del *diritto penale costituzionale* la funzione di garanzia individuale del principio di legalità e quella, di omologo segno, del principio di colpevolezza sono legate da una relazione di corrispettività biunivoca: stanno e cadono insieme.

Si tratta di un passaggio presente nel discorso della sentenza, laddove la Consulta, pur riconoscendo che anche la più certa delle leggi ha "bisogno di "letture" e interpretazioni sistematiche", ribadisce come queste ultime non possano surrogarsi alla *lex scripta*, essendo solo a quest'ultima affidato il compito di "garantire alle persone "la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione".

Non è peregrino affermare, allora, che se, prima della declaratoria di illegittimità dell'(assoluta) irrilevanza dell'*ignorantia legis*, la funzione garantistica del *nullum crimen* mancava – nella disciplina della parte generale del codice – di un appiglio per la sua piena esplicazione, nella stagione dello sgretolamento del *tipo legale determinato*, la *colpevolezza normativa* – nel volto delineato dalla 364/88 – è andata incontro a difficoltà di riconoscimento.

Di qui, ci pare, un'ulteriore e speciale importanza della svolta linguistico-testuale di *Taricco*, che, nel rilanciare il ruolo costitutivo dell'enunciato normativo di fonte parlamentare (ricordiamo l'importanza della *vacatio legis* nell'architettura argomentativa della sentenza 364?), ripristina l'armonico equilibrio della circolarità funzionale tra *legalità* e *colpevolezza*, nella dimensione di rilevanza imposta dalla *ratio democratica* e dalla divisione dei poteri di entrambe le quali il diritto penale deve considerarsi espressione.

Questa sintassi si trova riflessa anche nella sentenza 24/2019. Vero è che proprio questa decisione sdogana il formante giurisprudenziale nella tutela della libertà personale di cui all'art. 13 Cost., ma è altrettanto vero che ciò avviene in rapporto a misure dichiarate estranee alla materia penale, rispetto alla quale riafferma, per converso, il regime di produzione monopolistica della legge.

In una logica costruttivistica della legalità legislativa si pone anche la sentenza immediatamente successiva, la n. 25, dove la Corte ritorna sulla eterogeneità dell'*abolitio criminis* rispetto al mutamento di giurisprudenza ricollegato a decisioni delle Sezioni Unite, riproponendo la rigorosa delimitazione tra *legisl-latio* e *iuris-dictio* operata dalla sentenza 230/12.

Ultimo, ma fondamentale tassello di questo mosaico di *diritto costituzionale vivente*, è la pronuncia che – forse più delle altre – ha impattato sugli equilibri del *diritto ordinario vivente*. Mi riferisco, naturalmente, alla 98/21.

È la prima pronuncia della Corte espressamente dedicata al divieto d'analogia *in malam partem*.

Nonostante l'indiscutibile sua connotazione di regola aurea del diritto penale moderno, la Consulta avverte l'esigenza di accompagnare la motivazione dell'arresto con un insolitamente ampio comunicato-stampa.

In essa i giudici costituzionali riprendono, in particolare, i concetti della *Taricco*, insistendo sull'impostazione linguistica e testuale della disposizione e sulla duplice sua funzione, rispettivamente, istituzionale/ordinamentale e garantistico/funzionale, quest'ultima per i riflessi sulla rimproverabilità soggettiva della violazione.

La legalità viene esplicitamente ricostruita come una raggiera con al centro la riserva di legge da cui divergono, in guisa di corollari, i canoni della determinatezza/precisione e del divieto d'analogia sfavorevole.

In quest'ottica, dunque, le diverse garanzie che compongono la legalità penale unitariamente intesa non sono altro che estrinsecazioni del *tipo legale tassativo (o determinato)*, espressione del principio che riserva alla legge il potere di verbalizzare, attraverso un materiale linguistico determinato, il fatto umano offensivo.

Il divieto d'analogia, così, volendo riprendere le parole della sentenza, "costituisce il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale", posti a presidio dell'equilibrio ordinamentale dei poteri e della personalizzazione del giudizio di colpevolezza.

Sta in ciò la peculiarità, interna e costituzionale, della garanzia che ne segna la discontinuità con lo statuto epistemico di quella convenzionale: qui il divieto di analogia ha destinazione eminentemente garantistico/soggettiva; nel nostro sistema, invece, esso assolve, innanzitutto, una funzione politico-istituzionale, essendo espressione della separazione dei poteri, riflessa nella riserva di legge.

Non è azzardato, allora, ritenere che la ragione profonda dell'(insolitamente) ampio comunicato stampa di accompagnamento della sentenza sia interna all'esigenza di rimarcare questi aspetti, richiamando l'attenzione dei nostri giudici sull'incombente rischio di omologare la nostra legalità a quella liquida del diritto sovranazionale.

2. La compatibilità della dimensione linguistico/testuale della disposizione con la struttura ermeneutica dell'interpretazione (anche) penale.

La qualità e la consistenza degli arresti non possono far dubitare dell'esistenza di un vero e proprio diritto costituzionale vivente che ha rilanciato con prepotenza e senza possibilità di fraintendimenti il paradigma tradizionale della legalità penale, quello che si riconosce nel *nullum crimen sine praevia lege penale scripta et stricta*.

Si tratta di un modello di diritto penale che, però, non gode di buona salute sia nella realtà legislativa e giurisprudenziale, sia nel discorso teorico, la cui eco è risuonata nelle elevate relazioni di questa giornata.

Molti i fattori e le cause che, negli ultimi decenni, hanno corroso lo statuto costituzionale di legalità, in un più ampio contesto di trasfigurazione del ruolo stesso della coercizione penale in funzione di controllo sociale. Crisi della legge, sistema

multilivello, inadeguatezze dei bilanciamenti politico-criminali e scandente qualità del prodotto legislativo, esuberanze giurisprudenziali e fughe in avanti del discorso teorico sullo specifico terreno della creatività dell'interpretazione hanno alimentato una divaricazione tra Costituzione e prassi, sospinti e accomunati dall'implicito convincimento che la forza d'inerzia della seconda avrebbe nel tempo fatto aggio sulla prima, archiviando ciò che, a ben vedere, non era invece archiviabile senza decisioni adottate in conformità ai prescritti protocolli di revisione della Carta e, dunque, al di fuori di esplicite assunzioni di responsabilità democratica.

Oggi la Consulta sale in cattedra e lancia moniti; in pratica, ci ammonisce ad attivare un *freno di emergenza* che arresti lo strisciante ma pervasivo processo di alterazione degli equilibri interni alla democrazia costituzionale, ripristinando il potere/dovere del *Diritto* di conformare i rapporti di fatto; molti si sentono colti di sorpresa, smarriti e disorientati al punto che preferiscono ignorare la *linea d'ombra*, al più, la mettono tra parentesi, quasi ad alimentare il convincimento della sua natura retorica, virtuale e non reale, cruciale solo nel contesto di narrazioni di facciata.

Per fortuna, non la pensano così i Maestri della disciplina e parte illuminata della giurisprudenza che non si sono distratti e, anzi, non hanno tardato a porsi alla guida del *nuovo inizio*, decisi a governarne le dinamiche.

È stato finora Francesco Palazzo a dare risposta alle inquietudini di quanti potrebbero paventare che, dietro la svolta della Corte, sia in agguato l'archiviazione delle consapevolezze ermeneutiche degli ultimi anni e, quindi, il ritorno a una sorta di *primitivismo interpretativo* che spianerebbe la strada a un declassamento culturale, epistemico e cognitivo della giurisdizione.

Si deve all'insigne Maestro la sottolineatura che la valorizzazione del significato linguistico è niente affatto incompatibile con la ricchezza e la costruttività dell'interpretazione, che ben può – e deve – continuare a svolgersi entro non marginali spazi di azione, costituendo il senso delle parole solo il confine esterno e la barriera invalicabile della manovra di adeguamento dell'enunciato normativo ai fatti umani *hic et nunc*¹.

Dunque, la testualità del diritto penale può, e deve, convivere con l'essenza ermeneutica dell'interpretazione, trattandosi di *datità* che intersecano differenti piani di rilevanza: può non risultare superfluo rimarcare come la dimensione ermeneutica dell'interpretazione (di ascendenza gadameriana per come risalta nella critica di Emilio Betti) abbia consistenza *ontologica* – in quanto mette in evidenza i condizionamenti e i limiti entro cui si realizzano la *comprensione* e *l'impresa conoscitiva* –, la testualità del diritto penale è elemento interno all'epistemologia garantistica di matrice giuspositivista, delineata dalle opzioni politico/criminali che danno forma e contenuto alla vigente disciplina costituzionale in materia di reati e pene.

Ora, che dall'obbligo di osservare i vincoli di significato dell'enunciato legale non possano farsi derivare forme di sterilizzazione della (ontologica) struttura *conformativa* dell'attività del giudice, e un depauperamento delle sue componenti di cultura, di etica

¹ F. PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, Lectio Magistralis del 12 maggio 2022.

e di intelligenza, è assunto che si ricava, a tacer d'altro, dai caratteri del *sistema penale ad orientamento costituzionale*. In questo contesto, infatti, il giudice non è affatto una meccanica cinghia di trasmissione dell'*input* legale, il muscolo inanimato della volontà della legge, bensì il signore dell'esperienza giuridica che trasforma con la sua decisione il *generale* ed *astratto* della *disposizione* nel *concreto* della *norma* dando voce a principi dalla forte connotazione argomentativa, quali l'offensività, la proporzionalità e l'aderenza al *tipo criminoso*. Principi che, com'è stato autorevolmente osservato, "se da un lato guidano il creazionismo del giudice impedendo che sconfini in arbitrio, dall'altro lato hanno una consistenza fortemente valutativa e una vitalità estremamente dinamica che ha ben poco del "primitivismo" interpretativo, ma che al contrario implica in esercizio consistente di cultura e sensibilità non solo giuridiche"².

Nel perimetro definito dai possibili significati linguistici del testo – che "la persona può raffigurarsi leggendolo" –, si gioca, pertanto, una partita niente affatto *Wertneutral*, nel cui ambito al giudice tocca il compito, delicatissimo, di sublimare istanze di giustizia (lo *ius litigatoris*) rispettando la trama dell'incriminazione legale, dunque, al metro della cultura del limite e, non sembri un paradosso, entro un irrinunciabile quadro di consapevolezza ermeneutiche.

Sotto il primo aspetto, vorrei osservare come tra i fattori che – entro il perimetro semantico delle parole – possono giovare alla selezione giurisprudenziale del tipo vanno annoverati i luoghi e gli strumenti argomentativi della dommatica del reato, così come della teoria della prova, in un contesto che aspiri a realizzare una felice interazione tra la *verbalizzazione normativa* della tipicità criminosa e la sua tenuta rispetto ai rischi di assorbimento nei gorgi di letture processualizzanti dettate da esigenze di ottimizzare compendi disponibili poveri di informazioni rilevanti (seppure, non di rado, quantitativamente imponenti). Superfluo è, poi, sottolineare come la pretesa di legalità della legge, e dei suoi satelliti, debba trovare rigorosa esplicitazione solo nel circoscritto ambito delle norme propriamente penali, non potendo attecchire sull'ampio e variegato terreno della non punibilità che, per converso, (col limite delle situazioni corrispondenti alle cause di non punibilità in senso stretto) esige di essere governato da un'ermeneutica di *scopo*, costitutiva di soluzioni interpretative di natura apagogica.

Quanto al secondo profilo, l'acquisizione di un abito ermeneutico, facendo "scoprire i reali itinerari in cui prende forma il suo potere decisionale" per modo che possano neutralizzarsi pulsioni e aspettative inconsce, mette in discussione il volontarismo dei signori del diritto e le loro manifestazioni potestative, quali l'onnipotenza del legislatore, ma anche quella "(forse ancor più temibile) del giudice"³ e, nel contempo, sottolinea come la grandezza della funzione del giudice – cruciale nella logica di protezione dei diritti fondamentali – si saldi con la coscienza della sua finitezza, segnata da confini che egli non deve (impegnarsi a) valicare soprattutto quando lo vorrebbero le sue pre-comprensioni.

² F. PALAZZO, *op. cit.*

³ F. PALAZZO, [Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali](#), in *Leg. pen.*, 2016, p. 10.

Si può, allora, dire che la riaffermazione del limite linguistico nei circuiti (e nelle strategie) di operatività della giurisdizione – nel mentre non ne precipita la condizione in uno stato di trogloditismo e di ingenuità epistemologico – ne consacra la funzione *istituzionalmente* dichiarativa; correlativamente, convalida un modello di diritto penale di matrice democratico-rappresentativa, nel quale – sullo sfondo di una conformazione *sussidiaria* e *insulare* delle scelte di incriminazione – si realizza un intreccio virtuoso tra *tipicità legale* e *personalizzazione del rimprovero di colpevolezza*, strumentale a prospettive di prevenzione integratrice rispettose della dignità e dell'autonomia umana.

In questo paradigma di diritto penale, non vi è spazio (non può esservi) per la figura del *giudice-scopo*, facitore e non semplice fruitore dei programmi di tutela. Vi è, invece, (e deve esservi) spazio per la figura del *giudice-garante*, custode dei valori di fondo della democrazia costituzionale, nel cui ambito la *legalità della legge* è un *totem* della Modernità, non un *tabù* della Tradizione.

3. L'eco del nuovo corso nella giurisprudenza della sesta sezione della Corte di Cassazione (sentenze nn. 5536/22 e 24772/22).

Accennavo ad una illuminata giurisprudenza che si è collocata, con risoluta consapevolezza, sulla scia dell'indirizzo della Consulta culminato nella sentenza 98/21.

Mi riferisco, in particolare, ad una ragguardevole pronuncia della sesta sezione della Corte di Cassazione (Pres. Fidelbo, est. Silvestri, ud. 28.10.2021, n. 5536/22) sulla configurabilità del delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p., in caso di affidamento diretto di lavori conseguente a condotte perturbatrici volte ad evitare la gara.

In tale occasione, i giudici di legittimità hanno preso le distanze dall'orientamento prevalente favorevole alla ravvisabilità del reato, sostenendo come esso – ponendosi all'esterno del recinto di tipicità criminosa definito dalla struttura testuale della disposizione – si risolvesse in un'illegittima torsione interpretativa, attributiva di un significato al dato letterale "ulteriore, distinto e più ampio, rispetto a quello desumibile dalla sua immediata lettura". Ad avviso della sentenza, quel genere di ricostruzione si sarebbe servita della *eadem ratio* per valorizzare la necessità di colmare un vuoto di tutela e "attribuire rilevanza penale a condotte "sostanzialmente" sovrapponibili a quelle disciplinate dalla norma incriminatrice attraverso una interpretazione extratestuale – considerata meramente estensiva – della stessa".

A fondamento, la Corte di Cassazione richiama proprio l'icastica riaffermazione dei vincoli di interpretazione compiuta dalla sentenza costituzionale 98/21, puntualizzando con essa come "la stretta osservanza del principio di legalità preclude all'interprete di abbandonare il dato letterale della norma incriminatrice ed il suo significato semantico per ricercare profili ulteriori in grado di colorare ulteriormente il perimetro dell'illecito".

Si tratta di una sentenza di grande rilievo, sia per il rigore e la chiarezza argomentativa a difesa di un principio fondamentale della nostra identità costituzionale, sia per la sintonia con le posizioni della Consulta e, quindi, per la disponibilità a costruire l'esperienza giuridica in chiave dialogica e discorsiva, dando con ciò conferma che,

specie nel campo della tutela dei diritti fondamentali e nel settore penalistico in modo particolare, il diritto deve esprimere caratteri di corallità e di polifonia. E la circostanza che tale *modus* si sia manifestato sul *nullum crimen* incoraggia a pensare che si possa davvero costruire una stagione di virtuosa convivenza tra legge e giudice.

La conferma è intervenuta puntualmente con un'altra decisione della sesta sezione (Pres. Fidelbo, est. Costanzo, ud. 24.02.22, n. 24772) sul tema, contiguo alla regiodicanda della sentenza esaminata, della punibilità, nel quadro di rilevanza sagomato dall'art. 353 c.p., "del mendacio preliminare all'ammissione alla gara e anteriore rispetto al suo svolgimento".

Anche qui, il nucleo della giustificazione argomentativa della *ratio decidendi* è tutto interno ad una convinta e rigorosa difesa della tipicità criminosa di derivazione legale, affidata al criterio interpretativo della lettera della legge celebrato dalla disposizione simbolo della coincidenza tra *diritto* e *Stato*, per questo divenuta bersaglio della rivolta delle correnti ermeneutiche.

Scrivono i supremi giudici, infatti, che in favore della soluzione interpretativa adottata "convergono l'interpretazione del significato letterale dell'art. 353 cod. pen. e la valorizzazione della sua *ratio* in linea con l'endiadi esegetica dell'art. 12 delle preleggi per il quale la legge va applicata traendo le premesse "dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore".

Qui, risalta ancora più plasticamente la collocazione apicale dell'argomento letterale nella gerarchia dei criteri d'interpretazione e la natura servente giocata dal criterio della *ratio*.

3.1. Il meccanismo materialmente (e parzialmente) nomofilattico delle consultazioni ex art. 47 ord. giud.

La prima delle sentenze del 2022 poc'anzi indicate appare molto apprezzabile anche per la scelta di presentare la soluzione ermeneutica accolta come opzione dell'intera sezione, consultata – si legge nella motivazione – nelle riunioni svoltesi ai sensi dell'art. 47 ord. giud.

Questo circuito di elaborazione del principio di diritto rafforza la tenuta nomofilattica della *ratio decidendi*. V'è da chiedersi se la strada intrapresa in questa occasione, di far precedere da consultazioni collegiali l'enunciazione del principio di diritto, possa produrre, come stavolta, esiti auspicabili.

Nell'ottica di ridurre le incertezze e le oscillazioni interpretative interne alle singole sezioni, il carattere virtuoso dello strumento è fuori discussione.

Riserve vanno, tuttavia, espresse sul condizionamento che l'autarchia del procedimento di elaborazione ermeneutica rischia di avere sulla qualità della *ratio decidendi*, segnatamente sulla sua idoneità ad intercettare significati condivisi nella comunità di quanti elaborano *discorsi sul diritto*. A queste insufficienze discorsive potrebbe porsi rimedio, *de iure condendo*, prevedendo, sul modello debitamente corretto dell'*amicus curiae*, la sperimentazione di forme di dialogo con la dottrina, affidate allo

scambio di esperienze (opinioni e pareri) capaci di garantire il più ampio coinvolgimento nella discussione sulla controversia interpretativa.

4. Le molte vicende giurisprudenziali di punibilità non conforme al tipo legale.

Quanto al contenuto di entrambe le richiamate, perspicue sentenze, non si può non essere colpiti dal fatto, straordinariamente virtuoso, che una sezione della Suprema Corte ha assunto una posizione di intransigente difesa della *legalità della legge penale*, respingendo letture sostanzialistiche del dato normativo in virtù delle quali venivano spalancate le porte ad applicazioni della fattispecie non corrispondenti alla struttura testuale della disposizione.

Siamo innanzi, a mio sommo avviso, ad un elemento di grande novità capace di impattare significativamente sugli equilibri del *diritto vivente* ove, specie negli ultimi anni, hanno proliferato casi di *punibilità svincolata dalla conformità al tipo legale*.

Riesce difficile negare che, utilizzando il metro di verifica della tipicità definito dalle menzionate pronunce, sarebbero andate incontro ad opposte soluzioni questioni quali: *i)* l'equiparazione dei *files* informatici alla nozione di *cosa mobile* nell'appropriazione indebita; *ii)* la configurabilità della rapina impropria nella condotta di chi usi violenza o minaccia per assicurarsi il profitto di una truffa o di una frode informatica; *iii)* l'omologazione al sindaco del candidato consigliere comunale agli effetti del reato di finanziamento illecito ai partiti politici; *iv)* la riconducibilità alla previsione incriminatrice del c.d. *insider di sé stesso*; *v)* la punibilità a titolo di rapina della sottrazione, a donna dissenziente, di ovuli da destinare a interventi di procreazione eterologa medicalmente assistita; *vi)* la nozione di *convivente* nel delitto di maltrattamenti in famiglia.

Queste manifestazioni di *creazionismo* vanno ad aggiungersi ad altre più note e controverse, quali *a)* la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa nella forma del *contributo all'associazione*; *b)* la riconducibilità al reato di getto pericoloso di cose dell'inquinamento elettromagnetico; *c)* la corruzione per l'esercizio della funzione, sia pre-riforma legge n. 190/2012, sia negli anni a questa successivi ma precedenti le modifiche sanzionatorie dell'art. 318 c.p. apportate dalla riforma Orlando.

5. Cosa fare?

Il tema ha a che fare con l'interrogativo della Presidente Cassano che si chiede: "cosa i giuristi e i giudici, nella veste di operatori qualificati, possono e devono fare per realizzare, anche nella parte terminale, questo disegno del legislatore?"

Innanzitutto, lo si è detto in tante circostanze e credo che possa affermarsi da parte di tutti, occorre riscoprire l'etica del *limite* e del *dubbio*, quali contrassegni metodici e regole di costume dell'agire del giudice.

Limite e dubbio che devono innervare anche il versante dell'interpretazione, oltre quello elettivo della ricostruzione probatoria.

Quelle forme di autocontrollo e di relativismo epistemico si connettono al diverso rango dei valori che si fronteggiano nel conflitto tra ragioni *pro repubblica* e istanze *pro reo*, tra esigenze della punizione e difesa della libertà del presunto non colpevolezza e che giustificano, nella logica liberale dello Stato di diritto, il grado *potiore* delle seconde.

In questa prospettiva, un ruolo importante può giocare la padronanza della teoria del reato su basi analitiche, espressione del più generale paradigma per il quale la conoscenza non può prescindere dalla struttura logica del pensiero. Una teoria del reato implica la valorizzazione della funzione selettiva, in chiave politico-criminale, delle categorie che strutturano il concetto dogmatico di reato e, prima tra esse, quella della tipicità.

Purtroppo, non sempre accade che la nomofilachia celebri il primato di questo livello di articolazione del ragionamento giuridico, preferendo, talvolta, immergere questioni di tipicità nell'imbutto della prova e, dunque, affermando il primato del giudice sulla legge. È accaduto, di recente, a proposito della definizione della condotta punibile di partecipazione ad associazione di tipo mafioso, allorché le Sezioni Unite *Modaffari* hanno dissolto la dimensione tipica della fattispecie sul terreno, scivoloso, della valutazione in fatto dei compendi conoscitivi, delegando il singolo giudice a farsi legislatore del caso concreto e, per questa via, rendendo impervio lo stesso controllo di legittimità della decisione di merito.

Occorre, però, avere consapevolezza che non è sufficiente incidere a valle della trasmissione giuridica, cesellando ermeneutiche del *limite* e del *dubbio*; è necessario creare un ambiente normativo che renda esigibile l'osservanza della legalità attraverso un esercizio giurisdizionale che si mantenga nei tracciati della sua funzione istituzionalmente dichiarativa.

In altri termini, occorre sperimentare rimedi che aspirino a migliorare la qualità della produzione legislativa.

In tale ottica, si potrebbe pensare:

i) ad una riforma costituzionale che innalzi il *quorum* di approvazione delle leggi penali. Il senso è che la legge penale deve tornare ad appropriarsi di una specifica dimensione di *epicità secolarizzata* e, a tal fine, va modulato un circuito di produzione normativa che ne sottolinei importanza, solennità e gravità;

ii) alla messa al bando del decreto legge;

iii) al divieto di porre la questione di fiducia nel procedimento legislativo, per modo da favorire una compiuta ed effettiva dialettica di tipo discorsivo che propizi soluzioni persuasive che tengano conto di ogni genere di rilievi e osservazioni critiche;

iv) al divieto di deliberare ordini del giorno che impegnino il Governo ad assumere iniziative di modifica della legge appena approvata (è accaduto anche questo nel recente passato);

v) all'istituzione di un ufficio del *drafting* che monitori la qualità comunicativa del messaggio normativo, attraverso il potenziamento della correttezza semantica dell'enunciato.

Si tratta di una sfida complessa e impegnativa che interpella la dimensione etica e la professionalità dei Signori del diritto.