

QUESITI

PAOLA SCEVI

L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva

L'attività di precisazione del contenuto precettivo della disposizione legislativa effettuata dalla giurisprudenza deve sempre essere compatibile con la legge, alla quale il giudice è soggetto, evitando il rischio di una libertà ermeneutica dilagante. Talvolta peraltro il giudice penale, a fronte di esigenze di tutela avvertite come particolarmente importanti, indulge al superamento del tenore letterale del testo normativo, ritenuto manchevole dal punto di vista della tutela, muovendosi sull'incerto crinale tra interpretazione analogica ed interpretazione estensiva.

Se da un lato il procedimento interpretativo è improntato alle scelte valutative del giudice penale, d'altra parte occorre individuare quale argine quello secondo il quale la ricerca dei significati ascrivibili alla legge penale dovrebbe sempre svolgersi all'interno dello spazio semantico del testo, sia pure portato alla sua massima estensione. Ove le scelte ermeneutiche travalichino tale limite, si ricade invece nel divieto di applicazione analogica della legge penale.

Nessuna questione di interpretazione di disposizioni penali è oggi fronteggiata in palese contrasto con il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici, o comunque di sfavore. Ogni interpretazione, persino la più spinta, è motivata come congruente con il senso del testo e quindi conforme al divieto di analogia. Non è sempre agevole dunque sceverare tra analogia ed interpretazione estensiva.

La questione dell'analogia oggi è distinguere nettamente quella occulta, gabbellata cioè come interpretazione estensiva o evolutiva, ritenuta suppletiva di 'lacune di tutela' percepite come profondamente ingiuste.

The interpretation of the criminal law: the ban on the use of analogy and the issue of the extensive interpretation

The clarification of the preceptive content of the provision of law carried out by the jurisprudence must always be compatible with the law, to which the judge is subject, avoiding the risk of a rampant hermeneutic freedom. Sometimes, however, in the face of protection requirements perceived as particularly important, the criminal judge indulges in exceeding the literal content of the legislative text, considered to be insufficient from the point of view of protection, moving on the uncertain ridge between interpretation by analogy and extensive interpretation.

If on the one hand the interpretative process is based on the evaluative choices of the criminal judge, on the other hand it is necessary to identify the line according to which the search for the meanings ascribable to the criminal law should always be held within the semantic space of the text, albeit brought to its greatest extent. Where hermeneutical choices go beyond this limit, they fall within the prohibition of application by analogy of the criminal law.

No matter of interpretation of criminal provisions is today faced in clear contrast with the prohibition of application by analogy of the incriminating law. Every interpretation, even the most bold, is justified as congruent with the meaning of the text and therefore in accordance with the prohibition of analogy. It is not always easy to distinguish between analogy and extensive interpretation.

The question of analogy today is to clearly distinguish the hidden one, masquerading as an extensive or evolutionary interpretation, considered filling to 'protection gaps' perceived as deeply unjust.

SOMMARIO: 1. Interpretazione penalistica e divieto di analogia. - 2. L'interpretazione penalistica e il ruolo 'creativo' del giudice. - 3. Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione. - 4. Segue. L'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali. - 5. L'attività ermeneuti-

ca del giudice avente ad oggetto disposizioni di parte generale del diritto penale. - 6. L'attività ermeneutica del giudice avente ad oggetto disposizioni di parte speciale del diritto penale. - 7. Analogia ed interpretazione estensiva. - 8. Riflessioni conclusive.

1. *Interpretazione penalistica e divieto di analogia.* Nessuna questione di interpretazione di disposizioni penali viene oggi affrontata in aperto contrasto con il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici, o comunque di sfavore. Ogni interpretazione, financo la più audace, viene argomentata come congruente con il senso del testo e dunque conforme al divieto di analogia. Poiché un ragionamento analogico in *malam partem* chiaramente espresso è vietato, nessun interprete lo esplicita, talché si disvelano, tutt'al più, analogie indirette, dissimulate da altre interpretazioni sistematiche, estensive, evolutive, etc.

L'analogia, come è noto, costituisce un canone ermeneutico - mediante il quale sono risolti casi non previsti dalla legge, estendendo ad essi la disciplina contemplata per ipotesi simili (*analogia legis*) o desunta dai principi generali del diritto (*analogia juris*) - che persegue la completezza dell'ordinamento giuridico¹. Questo spiega perché essa sia vietata nel diritto penale italiano (come sancito espressamente dall'art. 14 disp. prel. c.c. e dagli artt. 1 e 199 c.p., nonché dall'art. 25 Cost., che costituzionalizza implicitamente il divieto di analogia quale naturale corollario del principio di legalità ivi consacrato), come settore caratterizzato dal principio di frammentarietà².

Il carattere puntiforme dell'intervento punitivo rende manifesto un chiaro valore ideologico, giacché stabilisce che la preminenza della libertà è la regola, mentre il divieto penalmente sanzionato costituisce l'eccezione. Talché il

¹ Di particolare interesse per la tematica G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano, 1942; ID., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Novissimo Dig.*, I, Torino, 1957, 607 ss.; ID., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. Pen.*, I, Torino, 1987, 158 ss.; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979; ID., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. Dolcini, C.E. Paliero, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 693 ss.; G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1535 ss.; G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.; F. GIUNTA - G. CARCATERRA - O. DI GIOVINE - N. MAZZACUVA - V. VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminologia*, 2010, 347 ss.; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011; A. MANNA, *"L'interpretazione analogica" nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale*, in A. Castaldo - V. De Francesco - MV. Del Tufo - S. Manacorda - L. Monaco, a cura di, *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 219 ss.

² Sul carattere frammentario del diritto penale v. T. VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2015, 1, 51 ss.

divieto di analogia *in malam partem*, corollario del principio di legalità, nonché completamento funzionale della determinatezza della legge penale, costituisce una essenziale garanzia del *favor libertatis*.

Pur a fronte della rilevanza costituzionale del divieto di analogia, talvolta il giudice penale indulge al superamento del tenore letterale del testo normativo, ritenuto manchevole dal punto di vista della tutela, muovendosi sull'incerto crinale tra interpretazione analogica ed interpretazione estensiva, considerata perlopiù ammessa.

Ciò significa che la questione dell'analogia oggi è distinguere nettamente quella occulta, gabellata cioè come interpretazione estensiva o evolutiva³, ritenuta suppletiva di 'lacune di tutela' percepite come profondamente ingiuste. Ma "lacune (nel senso di assenza di regolamentazione legislativa) non sono presenti nelle fattispecie penali; ciò che nel processo potrebbe apparire soggettivamente come lacuna di punibilità, è in verità uno spazio libero dal diritto penale"⁴.

2. *L'interpretazione penalistica e il ruolo 'creativo' del giudice.*

L'interpretazione del diritto costituisce una pratica sociale, posta in essere da parte di una collettività di interpreti che è altresì comunità linguistica. Presupposto generale è che chiunque parli una determinata lingua assuma le parole nello stesso senso che esse hanno per tutta la comunità linguistica.

L'utilizzo del linguaggio è governato da canoni e usi accettati e seguiti, dotati di una loro normatività; a stabilire i significati, a circoscrivere la sfera dell'interpretazione, sono la comunità linguistica, la tradizione consolidatasi nel corso del tempo⁵.

Certo, "una coscienza ermeneuticamente educata deve essere preliminarmente

³ In argomento, in particolare, G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, cit., 1268; A. MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Criminalia*, 2013, 398; ID., *Introduzione alle problematiche relative all'interpretazione nella giustizia penale*, in ID., a cura di, *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa, 2016, 26; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 29 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2016, 3, 13 ss.; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2018, 114 ss.; O. DI GIOVINE, «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Questione Giustizia*, 2018, 4, 55 s.

⁴ Come evidenzia G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, cit., 1254, citando il lavoro di K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969, 18.

⁵ Sul punto v. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 92 s.

te sensibile all'alterità del testo" ⁶. Questa sensibilità non implica un'obiettiva *neutralità* e neppure un oblio di se stessi, bensì una chiara presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi. Affinché il testo si palesi nella sua alterità e possa concretamente far emergere il suo contenuto di verità verso le presupposizioni dell'interprete, occorre essere consapevoli delle proprie prevenzioni. Quindi «c'è una verità e un'erroneità dell'interpretazione e nell'interpretazione» ⁷.

Ciò che vale per la presupposizione sull'utilizzo del linguaggio, vale altresì, alla stessa stregua, per le presupposizioni di contenuto con le quali leggiamo i testi e che costituiscono la nostra precomprensione ⁸ degli stessi.

Le precomprensioni da cui muove l'interpretazione non concernono solamente il linguaggio, ma altresì l'immagine del mondo che caratterizza la nostra cultura.

Postuliamo la scienza contemporanea, i suoi metodi, le sue acquisizioni, le questioni aperte. Presupponiamo la razionalità del legislatore quale postulato normativo ⁹, che sollecita la razionalità o ragionevolezza dell'interprete alla ricerca, negli enunciati normativi, di significati il più possibile idonei a fondare la coerenza dell'insieme e la ragionevolezza dei risultati, e che - includendo prospettive condivise nella collettività degli interpreti - funge da paradigma della scienza giuridica. Tale elemento basilare del lavoro ermeneutico presuppone sia un materiale normativo vicino al modello ideale di una legislazione razionalmente modulata, sia criteri di ragione - e di valore - attendibili e condivisi ¹⁰.

Il giurista interprete è vincolato alla comprensione critica del sistema normativo oggetto di ricostruzione ermeneutica, avendo a che fare con ragioni interne al sistema.

L'interpretazione consiste in un'attività cognitiva che implica l'individuazione, necessariamente discrezionale e quindi razionalmente argomentata, del signi-

⁶ H.G. GADAMER, *Wahrheit und methode*, trad. it. *Verità e metodo*, Milano, 1983, 316.

⁷ G. ZACCARIA, *Tre osservazioni su «New Realism» ed Ermeneutica*, in *Ragion pratica*, 2014, 347.

⁸ Da intendersi quale apparato categoriale, acquisito mediante un'esperienza sociale, con il cui ausilio il giudice, inconsciamente, sceglie, registra e classifica le caratteristiche palesemente rilevanti di un caso e le norme appropriate alla soluzione dello stesso, cfr. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 2010, 4. Di particolare interesse per la tematica M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 693 ss.

⁹ M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 9.

¹⁰ Criteri di razionalità e ragionevolezza non costituirebbero presupposti dell'ordinamento positivo, bensì paradigmi della scienza giuridica, connessi a canoni accreditati nella collettività degli interpreti, secondo R. BIN, *Ragionevolezza e divisione di poteri*, in M. LA TORRE e A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 66.

ficato considerato come più sostenibile fra quelli riferibili all'enunciato oggetto di interpretazione.

Ciò significa che la cognizione giudiziaria necessita, al pari di qualsiasi altra specie di conoscenza empirica, una decisione – dunque la scelta fra le diverse interpretazioni degli enunciati normativi legittimamente consentite – e quindi un'argomentazione a supporto. Una decisione, va sottolineato, sulla verità, le cui motivazioni sono argomentate come «vere» o confutate come «false» sulla scorta del diritto vigente, e nella quale sta il nesso impreteribile della giurisdizione con la legalità, nonché la differenza, sotto i profili strutturale, qualitativo, sostanziale, fra legislazione e giurisdizione, creazione del diritto ed interpretazione e applicazione dello stesso¹¹.

La legalità penale assume il contenuto del principio di determinatezza della legge penale, che si rivolge sia al legislatore perché formuli norme chiare e precise al fine di legare maggiormente il giudice alla legge, sia al giudice per vietargli di applicare la norma a casi non espressamente considerati: la legalità quale limite all'«arbitrio» del giudice. Com'è stato efficacemente osservato, «senza il principio di determinatezza, e senza in particolare il divieto di analogia, verrebbe negato il principio di «tipicità» dell'illecito penale e sarebbe snaturato il carattere «frammentario» del diritto penale: quel carattere per cui la norma incriminatrice deve restare un'isola nel mare della libertà, e non viceversa»¹².

La valorizzazione anche in ambito penalistico delle teorie dell'interpretazione di orientamento ermeneutico¹³ conduce a sfatare il mito illuministico dell'assoluto primato della legge scritta e della correlata rappresentazione *naïve* del giudice come una specie di automa impegnato in una meccanica applicazione della legge¹⁴.

¹¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars interpretandi*, 2016, 2, 33.

¹² Così F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio «fondamentale»*, cit., 1307.

¹³ Al riguardo v., in particolare, G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.; ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002; ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1722 ss.; M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un «nuovo» ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002, 1165 ss.; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 18 ss., cap. II, cap. III, 253 ss.; M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 693 ss.

¹⁴ È appena il caso di ricordare che, come altri pensatori illuministi, Cesare Beccaria concepiva i poteri del giudice in maniera così limitata da contrastare pure qualsivoglia potere di interpretazione: «Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori. (...) Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non

Come si è opportunamente sostenuto “il giudice in qualche modo e misura *crea* (ancorché rimanga impreciso il significato di questo ‘creare’), e crea persino quando interpreta e applica le norme penali”¹⁵, talché il giudice arriva ad essere ‘creativo’ non per deliberata volontà di manipolare o eludere la legge scritta, bensì perché l’immagine dell’interprete supino servitore del legislatore-padrone assoluto del diritto è solamente pura ideologia. Va osservato che occorre sceverare tra una *creazione* quale scelta dell’interpretazione giudiziaria più sostenibile tra i possibili significati razionalmente ascrivibili all’enunciato normativo, interpretato secondo i canoni della lingua utilizzata, delle tecniche interpretative consolidate e delle pregresse interpretazioni giurisprudenziali, ed una *creazione* quale scelta di significati normativi non ascrivibili agli enunciati normativi applicati e vigenti e quindi l’introduzione di disposizioni normative nuove nel contesto del diritto positivo¹⁶.

La giurisprudenza ha assunto un ruolo sempre più di primo piano, cui è derivato un rafforzamento della funzione creativa – in senso lato – dei giudici anche per quanto riguarda dunque il diritto penale, nonché la corrispondente limitazione dell’impatto effettivo del principio di legalità come riserva di leg-

lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de’ cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell’ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti (...)” (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § 4, *Interpretazione delle leggi*). Nel divieto al giudice di discostarsi dalla lettera della legge si disvela una concezione dell’interpretazione quale illecita creazione di nuove norme. Scriverà Pietro Verri: “il giudice, col pretesto d’interpretare la mente del legislatore, realmente fabbrica una nuova legge”, “diventa legislatore” (P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi*, 1766, *Caffè*, 487); da siffatte considerazioni discende la figura di un giudice “servo della lettera della legge” (*Caffè*, 488), vincolato ad una applicazione puramente meccanica della norma.

¹⁵ Così G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 93. Scrive ancora G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, 15, «l’interprete assume un ruolo ‘creativo’ nella misura in cui egli conforma o riempie ermeneuticamente le fattispecie penali nel diritto vivente, le integra, corregge, adatta, orienta ai casi concreti, ne propone interpretazioni restrittive o al contrario estensive (se non proprio analogiche ‘mascherate’) alla luce di valutazioni teleologiche non sempre univocamente desumibili dal testo scritto delle norme o dalla (non di rado polivalente) *ratio legis*». Si veda anche il giusto richiamo dell’A., il quale propone di «distinguere (per dir così) tra diritto giurisprudenziale creativamente “legittimo” e prevedibile, in termini di ragionevole certezza, e diritto giurisprudenziale creativamente “abusivo” o capricciosamente anarchico» (G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, cit., 1724).

¹⁶ Al riguardo si vedano le giuste osservazioni di G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., 159 ss., per il quale la soggezione del giudice alla legge è da configurarsi quale «obbedienza pensante» che non deve mutare «in arbitrio, in un travisamento, sulla base di poteri discrezionali, del dettato normativo». Una creatività male intesa «consisterebbe nella volontà del giudice di andare al di là del limite linguistico introdotto dal significato delle parole della legge». Talché, la creazione ermeneutica costituisce «una circostanza di produzione sottordinata alla legge».

ge, del principio di tassatività, del divieto di analogia¹⁷.

Il vetusto formalismo interpretativo – per il quale ogni disposizione normativa ha un solo significato corretto che spetterebbe all’interprete cogliere – conserva oramai al più una valenza ideologica scevra da ogni rilievo conoscitivo.

Il contenuto semantico delle parole non è un ‘dato’ preconstituito, ma il frutto di una valutazione effettuata dall’interprete in relazione al fatto storico da qualificare, ossia da ricondurre o meno nel perimetro semantico di un determinato enunciato legislativo.

I giudici non sono e non potranno mai essere “*la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n’en peuvent modérer ni la force ni*

¹⁷ Di notevole interesse per la tematica: G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in ID., a cura di, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, 1 ss.; ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit.; ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, cit., 1722 ss.; ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, cit.; ID., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, cit., 79 ss.; A. GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99 ss.; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all’asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, *ibidem*, 125 ss.; A. MANNA, *Introduzione alle problematiche relative all’interpretazione nella giustizia penale*, cit., 23 ss.; ID., *Il principio di legalità*, in F. GIUNCHEDI, a cura di, *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018, 115 ss.; L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell’approccio ermeneutico alla legalità penale*, cit., 23 ss.; M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un “nuovo” ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, cit., 1165 ss.; ID., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 159 ss.; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, cit., 13 ss.; ID., *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione Giustizia*, 2018, 4, 79 ss.; M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 693 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, tomo II, Milano, 2007, 1279 ss.; ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2016, 3, 4 ss.; R. BRICCHETTI, *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2012, 261 ss.; G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’epoca dei giudici*, *ibidem*, 285 ss.; S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell’ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, *ibidem*, 299 ss.; V. VELLUZZI, *Due (breve) note sul giudice penale e l’interpretazione*, *ibidem*, 305 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, *ibidem*, 315 ss.; O. DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, *ibidem*, 267 ss.; ID., *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, cit.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 3a ed., Torino, 2014; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014; D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 29 ss.; C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO, a cura di, *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Atti del Convegno Napoli, 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016. Sia inoltre consentito rinviare a P. SCEVI, *La crisi della legalità nel diritto penale. Progressiva dissoluzione o transizione verso una prospettiva di crescita?* in questa *Rivista online*, 2017, 3, 1 ss., anche per ulteriori riferimenti.

*la rigueur*¹⁸, poiché essenza dell'attività ermeneutica è comporre le dimensioni del necessariamente astratto – la legge – e della realtà concreta – il fatto, che l'interprete deve valutare – ciò che richiede ineludibilmente uno spazio di discrezionalità.

La questione si pone in ordine all'estensione dei poteri del giudice. L'enunciazione per cui “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” (art. 101, co. 2, Cost.) si fonda sul principio della divisione dei poteri; un principio, per vero, logico e non politico: il giudice che fosse promanazione di un altro potere sarebbe parte, ossia l'antitesi dell'idea di giudice, cui è consustanziale il carattere dell'imparzialità. Il problema di fondo è quello dei rapporti tra discrezionalità e legalità. Il giudice deve mediare, e mediando interpreta; di più, conferisce contenuti a formule che, sovente, presentano una considerevole elasticità ma “si tratta, in fondo, di una discrezionalità impropria, che si identifica in un'operazione ermeneutica, se pure di tipo particolare”¹⁹.

Viene qui in considerazione la questione della legittimazione e dei limiti dell'attività ermeneutica. Pare presentare criticità il paradigma della sussunzione del fatto storico nel fatto tipico, basato sulla corrispondenza linguistico-descrittiva, mentre emerge un'impostazione analogica che fa derivare la tipicità di un fatto da un altro fatto assunto come tipico, simile quanto ad equivalenza offensiva, indebolendo in tal modo la funzione delimitativa dell'enunciato legislativo a favore della funzione esemplificativa, in base al paradigma del tipo aperto. La questione allora è se possano ancora scerverarsi la posizione del divieto penale e la sua interpretazione, il momento eminentemente politico da quello più tecnico²⁰.

E se l'attenzione ad evitare il rischio di una libertà ermeneutica dilagante induce ad individuare quale argine quello secondo il quale la ricerca dei significati ascrivibili alla legge penale dovrebbe sempre svolgersi all'interno dello spazio semantico del testo – l'attività di precisazione del contenuto precettivo della disposizione legislativa effettuata dalla giurisprudenza deve sempre essere compatibile con la legge, alla quale il giudice è soggetto –, va tuttavia tenuto

¹⁸ C. L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, liv. XI, chap. VI, (1777), trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Milano, 1967.

¹⁹ Così P. NUVOLONE, *Processo penale: legalità, giustizia e difesa sociale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale. Studi*, vol. I, Padova, 1969, 447.

²⁰ Certo, valutazione insita, nella storia dell'ermeneutica giuridica, in posizioni come quella di Cesare Beccaria sul divieto di interpretare leggi penali, è quella per cui *l'interpretazione sia sempre politica* (in argomento v. M. DONINI, *Lettura di C. Beccaria, Dei delitti e delle pene (1764)*, § 4: “*Interpretazione delle leggi*”, in *Diritto pen. XXI Secolo*, 2014, 245 ss.). Tuttavia, al riguardo si pone la questione di come si possa fondare una scienza giuridica che alla base abbia proprio l'interpretazione, qualora questa fosse sempre politica *stricto sensu*, e non tecnica *stricto sensu*.

in debito conto che l'individuazione dell'area semantica di un certo enunciato legislativo è un'operazione valutativa complessa: la compatibilità testuale delle scelte ermeneutiche è a sua volta il risultato di una attività interpretativa del giudice. Ne deriva un circolo ermeneutico che ineludibilmente genera criticità nella prassi. Certo, l'interpretazione in materia penale deve necessariamente essere improntata alla più stretta osservanza del canone della frammentarietà della tutela, ed in tal senso indirizzata verso una visione del 'tipo' criminoso che la renda scevra da un uso troppo ardito delle possibilità derivanti dal circolo ermeneutico ²¹.

Riconoscimento della 'creatività' giurisprudenziale non significa necessariamente avvalorare la discrezionalità interpretativa più spregiudicata; viceversa, la consapevolezza degli spazi in cui tale discrezionalità è 'inevitabile', suscita il rigoroso controllo critico dell'approccio ermeneutico, delle forme di argomentazione, nonché delle logiche utilizzate dalla giurisprudenza nella prassi. L'indiscusso accrescimento del potere interpretativo del giudice penale, legato agli inevitabili margini di indeterminatezza del linguaggio legale, ma anche al deterioramento dello stesso, sovente oscuro ed equivoco, nonché all'anomalo incremento della produzione legislativa in materia penale, che ha comportato una proliferazione delle fattispecie di reato ²², si appalesa sia nell'ambito dell'interpretazione delle norme nazionali che in quello dell'interpretazione nel contesto dell'armonizzazione europea, nel complesso quadro dei rapporti tra fonti interne e fonti sovranazionali.

È indubbia una parte rilevante di creazionismo giudiziario nell'interpretazione delle norme nazionali, vista sia come partecipazione del giudice penale all'individuazione della *regula iuris*, sia come crescente esorbitanza della creatività e del protagonismo giudiziario.

Gli spazi della discrezionalità interpretativa dei giudici, dischiusi

²¹ Cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Due temi controversi: lo sviluppo del 'diritto giurisprudenziale' ed i principi intertemporali della legge penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, cit., 272.

²² Basti pensare alla storica sentenza della Corte costituzionale 23-24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385 ss., con nota di G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza 364/1988*, in *L.P.*, 1988, 499, con nota di T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss., con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, con la quale è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. e accantonato in quanto irrealistico il principio della non scusabilità dell'ignoranza della legge penale, ritenuta una "dichiarazione di bancarotta del diritto penale" (L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, cit., 24).

dall'interpretazione nel contesto dell'armonizzazione europea, sono larghissimi, in relazione agli obblighi che derivano dalle fonti sovranazionali, segnatamente all'obbligo di interpretazione conforme alle stesse. In tale contesto, "i limiti legalistici propri della materia penale e concepiti in realtà per l'interpretazione "tradizionale""²³ non costituiscono più un argine al ruolo interpretativo del giudice penale: la discrezionalità giudiziale che s'appalesa è la risultante dello spazio valutativo imposto dalle fonti sovranazionali. Il giudice, anche ove non indulga ad interpretazioni che esuberano il significato dell'enunciato legislativo, ha progressivamente acquisito una maggior libertà ermeneutica, a partire dalla individuazione della disposizione considerata prevalente tra le tante che compongono l'attuale ordinamento multilivello. E dalla legalità convenzionale in tema di diritti umani deriva uno dei profili più innovativi quanto alla tenuta della riserva di legge in rapporto al potere normativo giudiziario: l'equiparazione funzionale tra legge e giurisprudenza, destinata a revocare in dubbio i contenuti tradizionalmente attribuiti alla riserva di legge.

3. Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione. L'orizzonte generale dei valori-guida affermati nella Costituzione deve necessariamente costituire la precomprensione dell'interprete del diritto positivo nel momento in cui si accosta ai testi normativi²⁴: nel nostro ordinamento, in norme e principi costituzionali sono inclusi criteri assiologici, che possono fungere anche quali criteri di interpretazione sistematica e teleologica, oltre che, naturalmente, quali criteri di controllo e di eventuale invalidazione delle leggi ordinarie.

L'interpretazione teleologica, orientata alle finalità della normativa, pone in risalto gli interessi tutelati: il riferimento al bene giuridico concorre a circoscrivere la sfera del penalmente rilevante. Talché nell'interpretazione di disposizioni incriminatrici sono da escludere opzioni interpretative che circoscrivano nella fattispecie fatti non offensivi dell'interesse tutelato: in questa prospettiva il bene giuridico è visto quale matrice di interpretazioni tendenzialmente restrittive.

Tuttavia, a fronte di esigenze di tutela avvertite come particolarmente importanti, la magistratura penale tende ad assumerle a fondamento di scelte esegetiche che determinino un intervento penale più esteso e più rigoroso. In que-

²³ F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2, 2016, 78.

²⁴ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., 98.

sti casi il riferimento al bene giuridico diventa il presupposto per interpretazioni estensive.

Quanto a possibili questioni di legittimità costituzionale, il procedimento ordinario di interpretazione assume priorità logica²⁵; attraverso la interpretazione del testo normativo si giunge alla identificazione della norma che costituisce il *prius* per giudicare se vi sia o meno conformità a Costituzione.

Criticità s'appalesano peraltro allorché la disposizione legislativa sia suscettibile di differenti interpretazioni, tra le quali ve ne sia taluna che conferisca alla norma un significato non conforme a Costituzione. In tal caso, poiché non può essere dichiarata la illegittimità costituzionale di una disposizione solamente in quanto si presti ad una interpretazione non conforme a Costituzione, si dovrà privilegiare altra interpretazione, se consentita dal testo legislativo e dal sistema dell'ordinamento giuridico, che conduca a una norma conforme a Costituzione²⁶. La Corte costituzionale, invero, ha affermato che “in linea di principio, 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”²⁷ - corollario della priorità logica del procedimento ordinario di interpretazione, all'interno del quale l'interpretazione *conforme a* vede il suo ambito e i suoi confini.

L'interpretazione conforme a Costituzione si colloca in seno al canone dell'interpretazione sistematica²⁸ legittimandosi come tale. Mediante l'interpretazione conforme a Costituzione - strumento che consente di sceverare tra i possibili significati delle disposizioni secondo una superiore prospettiva di coerenza - la Carta costituzionale travalica nella funzione giurisdizionale ordinaria.

È possibile acclarare spazi e limiti dell'interpretazione conforme a Costituzione nella relazione tra principi costituzionali specificamente penalistici e norme di parte generale; al riguardo si pensi, ad esempio, ai criteri di imputazione personale²⁹.

²⁵ La Corte costituzionale ha espressamente affermato la priorità del procedimento ordinario di interpretazione fin dalla sentenza 23 maggio 1961, n. 27, in *Giur. Cost.*, 1961, 537 s., con nota di C. ESPOSITO, concernente una questione di determinatezza di una norma penale.

²⁶ Cfr. G. AZZARITI, *Discorso pronunciato nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte*, 8 maggio 1957, in www.cortecostituzionale.it.

²⁷ Corte cost., sentenza 14-22 ottobre 1996, n. 356.

²⁸ R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 2015, 1.

²⁹ La Corte costituzionale, con la fondamentale sentenza n. 364 del 1988, cit., che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p., ha affermato la rilevanza costituzionale del principio di colpevolezza. Il principio che un soggetto imputabile non poteva mai giustificarsi dimostrando che in

Anche principi costituzionali non specificamente penalistici possono avere valenza ermeneutica; si pensi, ad esempio, al principio di uguaglianza, presidio costituzionale della coerenza interna del sistema³⁰.

Il principio di uguaglianza implica criteri di proporzione che attengono alla costruzione del sistema dei delitti e delle pene; talché, unitamente al principio di offensività, svolge nella giurisprudenza costituzionale in materia penale una funzione fondamentale quale criterio di invalidazione quanto a disposizioni sanzionatorie che implicano “uno stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco”³¹. Ma c'è anche un potenziale contrasto tra il principio di uguaglianza e il diritto penale che, per il suo carattere frammentario, è anche disuguale. A fronte di fattispecie incriminatrici che disegnano condotte tipiche, vi sono altre condotte ‘analoghe’, avvertite come parimenti lesive, che il legislatore non ha disciplinato e per le quali non può essere invocata una tutela penale giudiziale, sostitutiva della legge. Invero, l'uguaglianza è un valore della tutela penalistica solamente in quanto vincola il legislatore. Ancorché una censura

buona fede non conosceva (e non potendosi ragionevolmente pretendere che conoscesse) la norma penale incriminatrice si era disvelato sostanzialmente iniquo. La norma determinava - in parte - affermazioni di responsabilità in assenza di colpevolezza; va notato che il principio di colpevolezza era recepito in modo non completo nel codice penale del 1930. In linea generale, istituti quali dolo e colpa applicabili in modo generale ed automatico garantiscono l'ancoraggio della responsabilità ad un elemento soggettivo, per qualunque reato; e proprio in base a questo presupposto sono state rigettate le questioni di legittimità poste in ordine alla responsabilità penale di soggetti apicali, in riferimento al principio di colpevolezza (Corte cost. 12 luglio 1976, n. 173, in materia di omesso versamento dei contributi assicurativi e assistenziali previsti a favore del personale dipendente, in *Giust. pen.*, 1976, I, 297 s.; Corte cost. 18 novembre 1982, n. 198, in materia di responsabilità penale del direttore di un periodico, in *Foro it.*, 1983, I, c. 570 ss., con nota di G. FIANDACA, *È “ripartibile” la responsabilità penale del direttore di stampa periodica?*). La rilevanza costituzionale della questione della colpevolezza nella giurisprudenza ordinaria si disvela nella sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione sull'art. 586 c.p. ove si è stabilito che la responsabilità non può essere affermata in assenza di colpa, e l'interpretazione della colpa deve scongiurare derive verso una responsabilità oggettiva occulta (Cass. Sez. unite, 22 gennaio 2009, n. 22676, *Ronci*, in *Foro it.*, 2009, II, 448, con nota di A. TESAURO, *Responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le Sezioni Unite optano per la colpa in concreto*).

³⁰ Un sistema penale improntato a criteri di giustizia, vede nel principio di uguaglianza un fondamento che pone vincoli di coerenza intrasistemica e di coerenza con i principi materiali del sistema dei reati e delle pene, tra cui principio di offensività, principio di colpevolezza, finalità della pena, cfr. D. PULITANO, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo ‘creativo’ del giudice*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 72.

³¹ Così Corte costituzionale, n. 26 del 1979, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 186, primo e secondo comma, del codice penale militare di pace, in relazione all'indiscriminata previsione della pena edittale dell'ergastolo per le fattispecie di omicidio consumato e tentato contro un superiore, nettamente differenziate nei loro elementi oggettivi e soggettivi, antepoendo la disciplina militare in tempo di pace, intesa nel senso riduttivo di obbedienza e di rispetto dell'inferiore verso il superiore, a quel bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale che è il diritto alla vita.

per violazione dell'articolo 3 Cost. sia sempre possibile, la stessa Corte costituzionale non può introdurre nuove fattispecie incriminatrici per eliminare una asserita diseguaglianza collegata ad una assenza di regolamentazione legislativa. E dunque non può certo il singolo giudice ottenere in via ermeneutica un risultato analogo, se ne discende una norma nuova che in ultima analisi renderebbe necessitata la riscrittura della stessa disposizione di legge.

L'interpretazione conforme a Costituzione costituisce un canone interpretativo in sé affatto ragionevole, financo ovvio, ove si tratti di sceverare, tra opzioni ermeneutiche tutte comunque possibili e plausibili, quella conforme a Costituzione, perché coerente con i suoi valori o in grado di realizzarne le garanzie con maggiore efficacia. Purtuttavia, talvolta, celati dal velame dell'interpretazione conforme, "si profilano approdi ermeneutici del tutto eccentrici rispetto ai limiti normativi, a torto o a ragione tracciati dal legislatore. In questo caso ciò che si prospetta è, puramente e semplicemente, la riformulazione delle norme ad opera del giudice"³².

4. *Segue. L'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali.*

L'interpretazione conforme a Costituzione è ormai affiancata da un parallelo canone interpretativo, ossia l'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali³³ – il che significa anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU intesa come vera e propria fonte di diritto – ponendo la questione della individuazione delle reciproche interferenze e delle conseguenti soluzioni.

Al riguardo, e in via preliminare, va notato che l'organo giudicante – in base alla fonte considerata, alla sua vincolatività, nonché al tipo di intersezione con la norma penale nazionale – potrebbe dover disapplicare la norma penale interna, ovvero attivare il sindacato di legittimità costituzionale, potendo eventualmente, ove necessari di ausilio interpretativo in ordine al contrasto tra la norma interna e le fonti UE, effettuare un previo rinvio pregiudiziale d'interpretazione alla Corte di giustizia. Vanno qui richiamati concetti noti: nel nostro sistema vengono distinte fonti internazionali (la CEDU *in primis*) – alle quali ci si deve conformare *ex art.* 117 Cost. – e fonti sovranazionali in

³² T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, cit., 17.

³³ In argomento v. F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. CORSO, E. ZANETTI, a cura di, *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, 617 ss.; A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2013, 3, 230 ss.; ID., a cura di, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015.

senso stretto (il diritto UE), alle quali ci si deve conformare *ex art. 11 Cost.* Quanto alle prime, comunque riconducibili all'idea di sovranazionalità in senso ampio, i casi di non conformità (o dubbia conformità) delle norme penali nazionali comportano che l'organo giudicante sollevi questione di legittimità costituzionale; quanto alle seconde, invece, i casi di non conformità comportano due procedure distinte. Ove le fonti UE siano *self executing*, l'organo giudicante disapplicherà la norma penale nazionale, e potrà rivolgersi, nelle ipotesi di dubbio circa il contrasto tra la norma penale e le fonti UE, alla Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale. Ove invece le fonti UE non siano *self executing*, l'organo giudicante sarà tenuto - dopo un eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia - a sollevare questione di legittimità costituzionale.

L'adeguamento interpretativo ha quale presupposto una antinomia ovvero una disarmonia fra la norma interna e le fonti sovranazionali che è necessario comporre per attenuare la distanza tra i diversi livelli dell'ordinamento. Nel contesto dell'ordinamento giuridico multilivello, che scaturisce dalla coesistenza di fonti di diritto nazionale e di fonti sovranazionali, l'organo giudicante è divenuto, talora, garante della diretta applicazione nel nostro Paese di norme sovranazionali e della correlata disapplicazione di norme nazionali in contrasto con queste. Al riguardo va evidenziato come la Corte costituzionale abbia affermato nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007³⁴ che il giudice deve fare ricorso all'interpretazione conforme per armonizzare il diritto interno alla Convenzione EDU, talché ove sussista un potenziale contrasto tra una norma di diritto interno ed una norma della Convenzione EDU, l'organo giudicante è tenuto ad esperire un tentativo di soluzione in via interpretativa optando per un significato della norma interna conforme al significato della norma della Convenzione - quale si ricava dalla giurisprudenza della Corte EDU -; diversamente, ove il contrasto risulti insanabile, ossia nel caso in cui questo non risulti risolvibile mediante l'attività ermeneutica, l'organo giudicante deve attivare il sindacato di legittimità costituzionale. Il giudice costitu-

³⁴ Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348 e Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 349, in *Corriere giur.*, 2008, 2, 185 ss., con nota di M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, ed altresì *ivi* R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, 205 ss. Quanto alle differenze tra le due sentenze 'gemelle' v. V. ZAGREBELSKY, in Tavola rotonda sul tema: *Il 'dialogo' tra le Corti europee, la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione: punti fermi e visioni prospettiche*, in *Giust. Pen.*, 2014, 4, 121 s. Sulla portata del vincolo di rispetto degli obblighi internazionali secondo le sentenze gemelle v. N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in F. GIUNCHEDI, a cura di, *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, cit., 51 ss.

zionale, in ragione del ruolo di *norme interposte* rivestito dalle norme convenzionali e a seguito di scrutinio circa la compatibilità di queste con i principi costituzionali, dichiarerà la incostituzionalità *ex art. 117, co. 1, Cost.* della disposizione in contrasto con la Convenzione EDU³⁵.

Sul punto occorre ricordare che nella sentenza n. 49 del 2015³⁶ la Corte costituzionale ha affermato che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo solamente una giurisprudenza “consolidata” della Corte di Strasburgo; diversamente, a fronte di pronunce non espressive di un orientamento consolidato, nessun vincolo sussiste in tal senso. Talché si profila un’attenuazione di tale dovere di adeguamento – in assenza di una giurisprudenza consolidata –, ma anche una legittimazione rafforzata di siffatto dovere, in relazione all’attestarsi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo su scelte sostanzialmente omogenee.

Di più, il limite della interpretazione consolidata, stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015 con riferimento alla interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, potrebbe essere altresì avvalorato dalla Corte costituzionale stessa con riferimento alla interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia UE. In tal caso, i giudici interni, diversi dal giudice *a quo* e dai giudici delle superiori giurisdizioni successivamente deputate alla cognizione della causa nella quale si è operato il rinvio pregiudiziale, potrebbero non conformare le loro scelte ermeneutiche alla interpretazione data dalla Corte di giustizia alla normativa eurounitaria, ove siffatta interpretazione non esprimesse un orientamento giurisprudenziale consolidato. Ciò comporterebbe per i giudici comuni l’arduo compito di sceverare tra interpretazione – sia CEDU che UE – consolidata o non consolidata³⁷. E invero, la Corte costituzionale stessa, pur affermando che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo la giurisprudenza consolidata, con riferimento alla “sostanza di quella

³⁵ Al riguardo v. F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 6, 657 ss.

³⁶ Corte costituzionale, 26 marzo 2015, n. 49. Sulla sentenza v. i commenti di: D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2015, 2, 318 ss.; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, *ibidem*, 325 ss.; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, *ibidem*, 333 ss. V., altresì, N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, *cit.*, 58 ss.

³⁷ Sul punto cfr. A. BERNARDI, *Presentazione. Nei meandri dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, in *Id.*, a cura di, *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, *cit.*, XXIV s.

giurisprudenza” e fermo restando “il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro”, ha riconosciuto che non è sempre di solare evidenza se una determinata interpretazione delle disposizioni della Convenzione EDU abbia maturato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo un “adeguato consolidamento”, segnatamente in relazione a pronunce riguardanti casi del tutto peculiari, ovvero che si sono formate con riferimento all’impatto determinato dalla Convenzione EDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Certo, la Corte evidenzia come vi siano indici idonei ad orientare il giudice interno nel processo di discernimento, quali la creatività del principio affermato, rispetto all’alveo tradizionale della giurisprudenza europea; i possibili punti di distinguo, o financo di contrasto, verso altre pronunce della Corte di Strasburgo; il fatto che la pronuncia promani da una sezione semplice, e non abbia avuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non abbia avuto la possibilità di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, applicandovi criteri di giudizio elaborati con riferimento ad altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si rivelano invece inadeguati al caso italiano.

Complessa si presenta la questione dei limiti che segnano i percorsi dell’interpretazione conforme in materia penale, e che sulla scorta di una consolidata distinzione³⁸ si possono ripartire in limiti logici (o ontologici) e limiti assiologici.

Il limite logico del rispetto del tenore letterale ovvero lessicale della disposizione, che non consente esiti ermeneutici *contra legem*, caratterizza tutte le forme di interpretazione conforme, costituendo ormai un’acquisizione quanto al diritto UE, come acclarato sia dalla Corte di giustizia³⁹ che dalla Corte

³⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, cit., 649 ss.; V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in A. BERNARDI, a cura di, *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, cit., 407.

³⁹ Sin da Corte Giust. CE, sentenza 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, 1178 ss., segnatamente con riferimento alle decisioni quadro. In particolare, la Corte ha affermato che applicando il diritto interno il giudice del rinvio deve interpretare quest’ultimo alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro per raggiungere la finalità da essa perseguita. Permangono, peraltro, sia il divieto di determinare ovvero aggravare la responsabilità penale dell’imputato, sia il limite alla tecnica di interpretazione conforme, dalla quale non può derivare una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Come affermato dalla Corte, invero, “L’obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una decisione quadro nell’interpretazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale cessa quando quest’ultimo non può ricevere un’applicazione tale da sfociare in un risultato compatibile con quello perseguito da tale decisione quadro”. Sulla pronuncia, v. la lettura di F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, 1437 ss.

costituzionale⁴⁰ che lo ha affermato anche riguardo la Convenzione EDU⁴¹. Ove l'interpretazione conforme incontri il limite del rispetto dell'univoco tenore letterale del testo, la discrasia fra la disposizione interna e la fonte sovranazionale, fuori dei casi di disapplicazione della fonte interna, potrà essere risolta mediante l'attivazione del sindacato di legittimità costituzionale, così come avviene nel caso di disposizioni interne riguardo alle quali un'interpretazione adeguatrice sovvertirebbe la lettera della legge; diversamente assisteremmo ad una metamorfosi dell'interpretazione conforme in riformulazione delle norme ad opera dell'organo giudicante.

Quanto ai limiti assiologici, si profila la distinzione tra interpretazione conforme alle fonti sovranazionali che comporti effetti in *malam partem* ed interpretazione conforme alle fonti sovranazionali che comporti effetti in *bonam partem*; insiti a tale distinguo sono i limiti che disegnano anche i confini delle altre opzioni possibili, ossia la disapplicazione della norma penale interna o l'intervento della Corte costituzionale.

Divergenze dottrinali si ravvisano quanto all'ammissibilità o meno della interpretazione estensiva in *malam partem* di una norma penale interna sulla scorta di forme di interpretazione sistematica a fonti UE⁴².

⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza 28 gennaio 2010, n. 28, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1134 ss., con nota di A. M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, ove si afferma che l'interpretazione conforme non è plausibile quando "contraddice ciò che chiaramente emerge dal testo della disposizione censurata", (§ 4 del *Considerato in diritto*).

⁴¹ La Corte ha ribadito che «in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa», poiché solamente «ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale», la Corte stessa potrà essere chiamata a decidere circa la questione della asserita incostituzionalità della disposizione di legge; così sentenza 16 luglio 2009, n. 239, (§ 3 del *Considerato in diritto*) e sentenza 26 maggio 2010, n. 196, (§ 2 del *Considerato in diritto*).

⁴² Per l'orientamento volto ad ammettere tali interpretazioni v., in particolare, G. VASSALLI, voce *Nul-lum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 317; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 291 ss.; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI, a cura di, *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2645 ss.; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 46 ss. Mentre il divieto di interpretazioni penali in *malam partem* su impulso europeo è stato sostenuto, in particolare, da G. INSOLERA, V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, 2775; V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 3, 1150 ss.; ID., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., 410 ss.

La Corte costituzionale⁴³ ha affermato che l'efficacia diretta di una direttiva è ammessa solamente "se dalla stessa derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente", mentre gli effetti diretti debbono "ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale"⁴⁴; talché da una direttiva, ancorché la sua portata possa essere ritenuta in altro ambito *self executing*, non può farsi discendere la disapplicazione di una norma nazionale più favorevole, in continuità con l'assunto secondo cui "l'ordinamento statale non si apre incondizionatamente alla normazione comunitaria giacché in ogni caso vige il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana"⁴⁵. E così la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha definito i limiti dell'interpretazione conforme, sia quanto alle direttive, che quanto ai regolamenti, oltre che alle decisioni-quadro, individuandoli nei principi generali del diritto, che sono parte del diritto dell'Unione europea, segnatamente la certezza del diritto e la irretroattività⁴⁶. Anche la Corte di cassazione a Sezioni unite ha sostenuto il divieto di interpretazioni in *malam partem* su impulso europeo della norma penale nazionale⁴⁷.

⁴³ Corte costituzionale, sentenza 28 gennaio 2010, n. 28, cit.

⁴⁴ V. *ex plurimis*, Corte di giustizia, ordinanza 24 ottobre 2002, in causa C-233/01, RAS; sentenza 29 aprile 2004, in causa C-102/02, *Beuttenmüller*; sentenza 3 maggio 2005, in cause C-387/02, 391/02, 403/02, *Berlusconi e altri*, *Racc.*, 2005, I - 3624; Cass. pen., sez. III, 7 novembre 2008, n. 41839, *Righi*, *Rv*: 241422.

⁴⁵ Così Corte costituzionale, sentenza 8-18 aprile 1991, n. 168.

⁴⁶ Emblematica la sentenza Corte Giust., 8 ottobre 1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, nella quale la Corte ha giudicato che le disposizioni non recepite di una direttiva non possono avere l'effetto, di per se stesse e indipendentemente da una legge interna adottata da uno Stato membro per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che violano le disposizioni di tale direttiva (punti 12 e 13). Ed altresì la Corte con sentenza 7 gennaio 2004, C-60/02, *X*, ha affermato che il principio di interpretazione conforme in materia penale "trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, che fanno parte integrante del diritto comunitario, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di irretroattività" (punto 61). Al riguardo la Corte ha stabilito in più occasioni che una direttiva non può avere l'effetto - indipendentemente da una legge interna di attuazione di uno Stato membro - di determinare o aggravare la responsabilità penale di chi agisca in violazione di tali disposizioni; v., in particolare, Corte di giustizia, 11 giugno 1987, C-14/86, *Pretore di Salò* punto 20; 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro*, punto 37; 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *X*, punto 24. Cfr., altresì, Corte Giust. CE, sentenza 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, cit., nella quale si afferma che "l'obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione quadro quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività" (punto 44). Tali principi ostano in particolare "a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni" (punto 45).

⁴⁷ Cass., Sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691, in *Cass. pen.*, 2010, I, 90, con nota di V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, 101 ss. Sulla decisione v.

Non vi sono limiti - se non di carattere logico - all'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali che comporti effetti in *bonam partem*, giacché non vengono in considerazione le esigenze garantistiche insite al *nullum crimen* ed ai suoi corollari.

La giurisprudenza della Corte EDU fornisce una fondamentale prospettiva quanto alle interpretazioni con effetti in *bonam partem*, segnatamente riguardo alla dimensione assiologica delle garanzie in materia penale. Criticità possono peraltro disvelarsi circa l'utilizzo dei precedenti della Corte EDU, in particolare quanto al necessario riscontro dei possibili punti di contatto tra il precedente specifico della Corte di Strasburgo e il caso sottoposto al vaglio del giudice nazionale⁴⁸, nonché, come visto, quanto al formarsi di un orientamento consolidato, in relazione all'attestarsi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo su scelte sostanzialmente omogenee⁴⁹.

5. *L'attività ermeneutica del giudice avente ad oggetto disposizioni di parte generale del diritto penale.* Il ruolo svolto dall'enunciato legislativo, in ordine all'attività interpretativa avente ad oggetto disposizioni di parte generale del diritto penale, è sempre stato limitato, a fronte di una consistente attività creativa dei giudici, da cui sono scaturite diverse nozioni e financo istituti; basti pensare alla comprensione del concetto di causalità, il cui dato testuale (artt. 40 e 41 c.p.) appare quanto meno enigmatico. Tale attività creativa dei giudici, determina per lo più un'estensione della responsabilità penale, comportando il rischio di un uso troppo ardito delle possibilità derivanti dalla libertà ermeneutica, a detrimento della legalità come riserva di legge⁵⁰. E d'altra parte va sottolineato come l'attività ermeneutica della giurisprudenza fornisca un apporto determinante alla puntualizzazione ed al consolidamento di concetti i cui contorni diversamente risulterebbero incerti. Come pure, in taluni orien-

altresì: V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 440 ss.; A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente - ex art. 322-ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 791 ss.

⁴⁸ Al riguardo v. Corte costituzionale, 16 luglio 2009, n. 239, cit., ove si afferma che "(...) la Corte remittente, per giustificare l'estrapolazione, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un principio di diritto che potesse costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità, avrebbe dovuto argomentare in modo plausibile la analogia fra quel caso specifico e quello, non necessariamente identico, su cui era chiamata a giudicare" (§ 3 del *Considerato in diritto*).

⁴⁹ Corte cost., n. 49 del 2015, cit.

⁵⁰ In dottrina è stata evidenziata la tematica delle disposizioni di parte generale, che sono quelle nelle quali è più ardua una definizione tassativa e che pertanto sono suscettibili di estensione tale da *compromettere la stessa differenza tra analogia e interpretazione estensiva*; in argomento v., per tutti, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 88 ss.

tamenti giurisprudenziali, appare evidente l'intento di rendere intellegibile nomofilaticamente concetti privi di un definito assetto legislativo. Un chiaro esempio è costituito da una delle più significative pronunce delle Sezioni unite, la sentenza *Franzese*⁵¹, che ha delineato uno statuto epistemologico della causalità penalmente rilevante, risolvendo un contrasto giurisprudenziale in ordine ai requisiti necessari per l'imputazione causale di un evento lesivo⁵².

⁵¹ Cass. pen., Sez. unite, 10 luglio 2002, *Franzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133 ss., con osservazioni di F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, *ivi*, 767 ss.; tra i commenti, v. anche: O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2002, II, 608 ss.; A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 50 ss. Ed altresì v.: F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003, 63 ss.; ID., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1215 ss.; ID., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, 1062 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, *cit.*, 122 ss.; ID., *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI, a cura di, *Studi in onore di Mario Romano*, *cit.*, 917 ss.; F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, *cit.*, 1318 ss.; R. BARTOLI, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-ex post*, in *Cass. pen.*, 2006, 10, 3219 ss.; ID., *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010, 28 ss.; L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 493 ss.; F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. mer.*, 2006, 961 ss.; ID., *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss.; ID., *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2013, 3, 380 ss.; A. MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 591 ss.; ID., *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009, 3633 ss.; M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, 891 ss.; M. RONCO, *Aporie scienziste e certezza logico-razionale: note in tema di nesso causale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 247 ss.; A. VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in S. CANESTRARI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-T. PADOVANI, a cura di, *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 145 ss.; G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in R. BARTOLI, a cura di, *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, 177 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, 331 ss.

⁵² Due gli orientamenti giurisprudenziali contrapposti: l'uno sosteneva che per ammettere come sussistente il nesso causale bastasse individuare una *apprezzabile probabilità* che la condotta dell'agente avesse contribuito ad ampliare il rischio di verificazione dell'evento (in tal senso v.: Cass., Sez. IV, 7 gennaio 1983, *Melis*, in *Mass. Uff.*, n. 158947; Cass., Sez. IV, 2 aprile 1987, *Ziliotto*, in *Mass. Uff.*, n. 176402; Cass., Sez. IV, 7 marzo 1989, *Prinzivalli*, in *Mass. Uff.*, n. 181334; Cass., Sez. IV, 23 gennaio 1990, *Pasolini*, in *Mass. Uff.*, 184561; Cass., Sez. IV, 18 ottobre 1990, *Oria*, in *Mass. Uff.*, n. 185858; Cass., Sez. IV, 30 aprile 1993, *De Giovanni*, in *Mass. Uff.*, n. 195482; Cass., Sez. IV, 11 novembre 1994, *Presta*, in *Mass. Uff.*, n. 201554); l'altro, coerentemente con i principi fondamentali del nostro ordinamento - legalità e determinatezza della fattispecie - affermava che la spiegazione causale dovesse basarsi su leggi universali - e dunque certe - ovvero su leggi statistiche munite di coefficiente a percentuale prossima alla certezza (in tal senso v.: Cass., Sez. IV, 28 settembre 2000, *Baltrocchi*, in *Mass. Uff.*,

E ancora, si pensi alla discussa figura del dolo eventuale⁵³, i cui contenuti e limiti sono oggetto di continua elaborazione. La questione della definizione dei confini del dolo ha quale contesto la struttura complessiva del sistema di imputazione soggettiva; si tratta di delineare compiutamente un confine per sceverare la forma di colpevolezza più grave, che contraddistingue l'ingiustizia in senso assoluto, da altre forme di colpevolezza. Negli ambiti ove la responsabilità penale per colpa non è contemplata, oppure lo è in modo limitato, l'ordinamento positivo ammette di sacrificare istanze di prevenzione e repressione che potrebbero essere soddisfatte mediante la previsione di responsabilità penali più ampie, disancorate dal limite del dolo. Il passaggio drastico dalla responsabilità per delitto doloso alla impunità evidenzia la gravità in ordine alla questione di dove si collochi il confine. Le tendenze giurisprudenziali ad estendere la sfera del dolo eventuale implicano la riluttanza a lasciare fatti considerati gravi, contraddistinti da un grado di colpevolezza che si pone sul rarefatto limitare tra dolo e colpa, privi di risposta penale.

Fondamentale, in ordine alla problematica precisazione concettuale della categoria del dolo eventuale è la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel processo *Thyssenkrupp*⁵⁴, che ne ha spostato il baricentro dal piano

n. 218777; Cass. pen., sez. IV, 28 novembre 2000, *Di Cintio*, in Mass. Uff., n. 218727; Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2001, *Covili*, in Mass. Uff., n. 220953; Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2001, *Sgarbi*, in Mass. Uff., n. 220982).

⁵³ In argomento, v.: G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 113 ss.; ID., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpo cosciente e "colpa grave" alla luce di diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. Pen.*, 2009, 5013 ss.; ID., *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1317 ss.; ID., *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 2015, 4624 ss.; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 122 ss., 143 ss.; ID., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 3, spec. 920 ss.; ID., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in M. DONINI, R. ORLANDI, a cura di, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 131 ss.; G. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione "separata" dei tipi criminosi*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI, a cura di, *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 883 ss., 904 ss.; A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino, 2011, 169 ss.; ID., *È davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?*, in *questa Rivista*, 2012, 663 ss.; P. PISA, *Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 13 ss.; M. RONCO, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI, a cura di, *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 1175 ss.; G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, 1, 152 ss.; D. PULITANO, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 22 ss.; D. BRUNELLI, a cura di, *Il "mistero" del dolo eventuale*, Torino, 2014; M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, 1, 70 ss.

⁵⁴ Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, 1925

definitorio a quello degli indicatori di riconoscimento, avversando tendenze giurisprudenziali a deprivere la figura del dolo eventuale dei requisiti minimi per definire la forma più grave di imputazione soggettiva⁵⁵.

È naturale domandarsi allora se, in mancanza dell'attività creativa dei giudici, come delineata, e nella ritenuta necessità di avvalersi di quelle categorie concettuali, non si sarebbe potuta generare una situazione così incerta da favorire una discrezionalità interpretativa spregiudicata. E proprio nel segno del riconoscimento del contributo apportato dall'attività ermeneutica della giurisprudenza vanno le elaborazioni teoriche volte a rafforzare il ruolo nomofilattico della Cassazione – quale istanza autorevole, capace di svolgere un ruolo di guida e di orientamento – mediante il riconoscimento di un valore vincolante al precedente⁵⁶.

ss.; tra i commenti, v. G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, *ivi*, 1938 ss.; M. RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, *ibidem*, 1953 ss.; R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 2573 ss.; G. DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 77 ss.

⁵⁵ Tra i casi v.: Cass., 30 maggio 1980, *Milano*, in *Cass. pen. Mass.*, 1981, 2010 ss.; Cass., 24 maggio 1984, *Albergo*, in *Cass. pen.*, 1986, 467; Cass. pen. Sez. I, 3 luglio 1996, n. 7770, in *Cass. pen.*, 1997, 991.

⁵⁶ Il riferimento è, in primo luogo, ad A. Cadoppi, ed in particolare a *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit. L'A., nella sua ampia riflessione sul valore del precedente, formula un insieme di proposte concrete di riforma legislativa mirate ad introdurre anche nel nostro ordinamento, il principio *del precedente relativamente (o indirettamente) vincolante nel diritto penale*. Dell'A., v., altresì, *Interpretazione e precedente da Beccaria ai giorni nostri*, in A. MANNA, a cura di, *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, cit., 65 ss. Anche F. VIGANO, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISCATO, a cura di, *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, cit., 213 ss., valorizzando le direttrici di fondo che caratterizzano tale dottrina delinea un quadro di proposte volte ad implementare il principio di prevedibilità. F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 10 s., paventa rischi sottesi all'efficacia vincolante del precedente, che "potrebbe contribuire non solo a bloccare processi interpretativi evolutivi, ma anche a veicolare la diffusione e il consolidamento di interpretazioni sbagliate o addirittura antilegalitarie". Secondo l'A., inoltre, introducendo il valore vincolante del precedente, i tipi criminosi diventerebbero "ufficialmente" quelli costruiti dalla giurisprudenza. Per M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 13 ss., la prospettiva è quella di contemperare pluralismo ermeneutico e prevedibilità delle opzioni interpretative, con la consapevolezza che ciò cui si deve tendere "più che la prevedibilità delle decisioni, in sé, che dipendono da molte variabili, riguarda la prevedibilità del diritto, nella sua duplice veste di formante legislativo e giurisprudenziale" (38). Vanno qui richiamate le efficaci osservazioni di A. MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in E. M. AMBROSETTI, a cura di, *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 174 ss., secondo il quale potrebbe disvelarsi di grande utilità l'introduzione, previo procedimento di revisione costituzionale, "di un vincolo relativo e verticale nell'ambito della magistratura, sul modello a suo tempo proposto dal Cadoppi, al fine di assicurare una reale ed effettiva funzione nomofilattica alla Corte Suprema di Cassazione".

Avverso orientamenti tesi ad accostare alla legge la rilevanza della giurisprudenza e del mutamento giurisprudenziale, è intervenuta la Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012⁵⁷. In contrasto con un orientamento che riteneva di poter dedurre dalla giurisprudenza della Corte EDU la retroattività del mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo, la Corte costituzionale ribadisce nella motivazione della sentenza il modello di legalità fondato sulla riserva di legge. La Corte costituzionale, non accogliendo la richiesta di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum* dell'organo della nomofilachia, ha mantenuto con fermezza il discrimine tra mutamento legislativo e mutamento giurisprudenziale. L'orientamento espresso dalle Sezioni unite, secondo la Corte costituzionale, ha efficacia non cogente, ma di tipo "essenzialmente persuasivo" e resta potenzialmente suscettibile di essere disatteso "in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione", laddove le stesse Sezioni unite "possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole"⁵⁸; esse sono parte, e non al di sopra, della dialettica sulle interpretazioni della legge⁵⁹.

⁵⁷ Corte costituzionale sentenza 8 ottobre 2012, n. 230, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 673 del codice di procedura penale "nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna [...] in caso di mutamento giurisprudenziale - intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione - in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato", sollevata in riferimento agli articoli 3, 13, 25, secondo co., 27, terzo co., e 117, primo co., della Costituzione. Sulla sentenza v. il commento di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, in *Giur. Cost.*, 2012, 5, 3474 ss. V., altresì, D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 36 ss., e anche O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2013, 1, 173 s.

⁵⁸ Corte costituzionale, n. 230 del 2012, cit., § 9.

⁵⁹ Le Sezioni unite (Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, *Beschi*, in *Cass. pen.*, 2011, 1, 17 ss., con nota di R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, *ivi*, 26 ss.) avevano dianzi affermato la rilevanza del mutamento di giurisprudenza - intervenuto con decisione delle Sezioni unite stesse - ai fini della riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto: una sorta di 'presa d'atto', da parte delle Sezioni unite penali, della attitudine della propria giurisprudenza ad innovare le condizioni che debbono sussistere perché possano applicarsi discipline di legge più favorevoli, in modo da contemplare la retroattività di siffatta giurisprudenza in sede di esecuzione della pena in virtù di nuove interpretazioni sull'applicabilità dell'indulto, in caso di riconoscimento di sentenze penali straniere. Le giurisprudenze favorevoli innovative - al pari di nuove leggi più favorevoli - retroagiscono e superano i giudicati: non qualunque mutamento giurisprudenziale, dunque, bensì solamente nuove interpretazioni favorevoli, talché una mutata interpretazione più sfavorevole non potrebbe essere applicata retroattivamente *ex art. 7* Convenzione EDU e 25, co. 2, Costituzione. Al riguardo M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in *ID.*, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 98 s., ha osservato che in tal modo viene "equiparata alla nuova legge

Nell'intento di perseguire l'ambita stabilizzazione giurisprudenziale è stato poi modificato l'art. 618 c.p.p., con legge 23 giugno 2017, n. 103, che ha in tal modo uniformato la disciplina del rapporto tra sezioni semplici e Sezioni unite penali a quanto già previsto per la Corte di cassazione civile dall'art. 374, co. 3, c.p.c. Si è così disposto che la sezione semplice della Cassazione, qualora ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato in una sentenza delle Sezioni unite, rimette a queste ultime la decisione del ricorso.

6. *L'attività ermeneutica del giudice avente ad oggetto disposizioni di parte speciale del diritto penale.* Quanto all'attività interpretativa avente ad oggetto disposizioni di parte speciale, ovvero le singole fattispecie incriminatrici, il quadro d'insieme, sotto il profilo ermeneutico, si presenta più complesso. Muovendo dall'evidenza empirica della carente significatività del dato testuale come basilare strumento di interpretazione delle disposizioni incriminatrici⁶⁰, si finisce con il disvelare un creazionismo giudiziario spinto⁶¹.

Di costruzione interamente giurisprudenziale è il concorso eventuale nei reati associativi (c.d. concorso esterno)⁶²: la mancata definizione dei caratteri strut-

incriminatrice anche *la giurisprudenza innovativa sfavorevole: legittima, in hypothesis, ma non retroattiva*". Osserva D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 37, che il *decisum* della sentenza *Beschi* non è contraddetto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012, giacché "questo si colloca entro un contesto che non è di piena equiparazione tra giurisprudenza e legge, bensì di possibile rilevanza del mutamento di giurisprudenza sotto uno specifico profilo garantista, alla luce dei principi dell'ordinamento".

⁶⁰ Al riguardo, rileva F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, cit., 81, che la sola reale alternativa ermeneutica al dato testuale - ed ai suoi acclarati limiti - sia "rappresentata dal "tipo" criminoso, inteso quale sintesi omogenea di disvalore espresso - ma non esaurito - dalla fattispecie". In questa prospettiva, l'utilizzo di tale strumento ermeneutico potrebbe condurre l'interpretazione secondo modulazioni meno fallaci rispetto a quelle del dato testuale. Tuttavia, tale strumento, oltre ad apparire troppo sofisticato in confronto alla limpidezza del ruolo esercitato (in apparenza) dal significato linguistico, potrebbe divenire il varco che consente - in forza della possibilità di utilizzare argomentazioni spiccatamente valutative - di eludere il divieto di analogia. Va detto che sono essenzialmente venuti meno gli strumenti per una ermeneutica penalistica corretta e controllabile. Se il dato testuale ha disvelato criticità, il tipo criminoso è messo in crisi da una prassi legislativa che fluttua tra una estrema frammentazione del tipo ed enunciati così poco chiari e definiti, così bizantini, da non arrivare ad esprimere una sintesi di disvalore omogeneo.

⁶¹ In argomento, v. D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, 161 ss. V. altresì F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Criminalia*, 2015, 383 ss.; G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Criminalia*, 2012, 285 ss.

⁶² Sul concorso esterno, in generale, v.: A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; G. GRASSO, *Art. 110*, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Art. 85-149, 3a ed., Milano, 2005, 185 ss.; S. CANE-

turali delle condotte di fiancheggiamento associativo ha portato la giurisprudenza di legittimità ad esercitare una sorta di supplenza istituzionale con un'azione di tipizzazione per via giudiziale del concorso esterno⁶³. Si è così pervenuti alla costruzione di una fattispecie di parte speciale, mediante la clausola generale del concorso di persone comune, di cui all'art. 110 e ss. c.p.⁶⁴, il cui utilizzo ha consentito di affiancare ai tipi nominati di partecipe, promotore, capo, organizzatore, delle associazioni per delinquere, mafiose, una nuova figura di *partecipe esterno*, non contemplata dalla legge⁶⁵.

STRARI, F. M. IACOVIELLO, G. INSOLERA, *Opinioni a confronto. Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2008, 261 ss.; G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 2, 632 ss.; G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, 123 ss.; G. FIANDACA, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. pen.*, 2012, 695 ss.; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *questa Rivista*, 2012, 2, 499 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 7/8, 2552 ss.; T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *questa Rivista*, 2012, 2, 487 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2014; ID., *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 8, 1019 ss.; M. RONCO, *Le aporie del concorso esterno in associazione mafiosa*, in *questa Rivista*, 2016, 3, 743 ss.; M. DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in E. M. AMBROSETTI, a cura di, *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., 325 ss., e anche in *Diritto penale contemporaneo*, 13 gennaio 2017, 1 ss. Sia consentito rinviare anche a PAOLA SCEVI, *Il concorso eventuale nei reati associativi: questioni aperte e prospettive di riforma*, in *questa Rivista online*, 2017, 2, 1 ss.

⁶³ Sono diverse le pronunce delle Sezioni unite - Cass. pen., Sez. unite, 5 ottobre 1994, *Demitry*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 422 ss., con nota di G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, 27 settembre 1995, *Mannino*, in *Cass. pen.*, 1996, 1087 ss., con nota di E. AMODIO, *Orario degli uffici giudiziari e garanzie costituzionali*, 30 ottobre 2002, *Carnevale*, in *Foro it.*, 2003, II, c. 453 ss., con osservazioni di G. FIANDACA e G. DI CHIARA; 12 luglio 2005, *Mannino* (II), in *Foro it.*, 2006, II, c. 80 ss., con nota di G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite* - attraverso cui il "diritto vivente" ha cercato di individuare i limiti ad "un'espansione incontrollata del potere punitivo" paventata da G. FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 127 ss.

⁶⁴ Si è autorevolmente sostenuto che l'art. 110 c.p. è una delle norme più sospette di illegittimità costituzionale del codice penale, sia perché parifica tutti i concorrenti - ponendosi in contrasto con il principio di uguaglianza - sia, e di conseguenza, in quanto non tipizza le condotte concorsuali, risultando in tal modo una sorta di *contenitore vuoto* in contrasto con il principio di determinatezza; così G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE, a cura di, *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 1021 ss.; ed altresì, ID., *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., II, 1939 ss. Al riguardo v. A. MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 ottobre 2016, 2 s.; ID., *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in *questa Rivista online*, 2016, 3, 17 s.

⁶⁵ Va evidenziato che l'ammissibilità di un concorso eventuale nei reati associativi di un soggetto che non "fa parte" dell'associazione costituisce uno dei nodi più dibattuti nella dottrina e nella giurisprudenza

Segnatamente l'attività costruttrice della giurisprudenza non è intervenuta sugli art. 110 ss. c.p. al fine di estenderli: la costruzione del concorso esterno nelle associazioni per delinquere, mafiose, ha avuto quale risultato quello di estendere l'art. 416 *bis* c.p. mediante l'utilizzo del concorso di persone⁶⁶. In particolare sono state enucleate, muovendo da tipologie empirico-criminologiche disvelate dalla vita sociale, politica ed economica, alcune tipologie di condotte di concorrente esterno con riferimento alla tipicità comportamentale, non già all'incidenza sulla vita dell'associazione: condotte di soggetti estranei e come tali non incriminabili quali associati interni; che apportassero un contributo; che non fossero meri favoreggiatori. Tali figure sono poi state raccordate con il titolo concorsuale generale degli artt. 110 ss. c.p.: l'unico titolo di responsabilità attingibile, non essendo utilizzabili i titoli autonomi delle figure tipiche di associati contemplate dal reato associativo.

La costruzione giurisprudenziale del concorso esterno è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 48 del 2015⁶⁷, nonché dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza pronunciata nel 2015, su ricorso di Bruno Contrada⁶⁸. Nella sentenza costituzionale tuttavia tale costruzione

penali di questi ultimi anni: un istituto che appare controverso, sfuggente, "liquido", così G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemico"*, cit., 499; il concorso esterno "come una sostanza velenosa" (G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, cit., 636), "va maneggiato con estrema cautela" (D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4a ed., Torino, 2011, 448); riconosce al concorso esterno "diritto di cittadinanza" e rileva come la "da taluno ritenuta 'mostruosità'", sia da ascrivere alla "incerta costruzione", G. VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 34.

⁶⁶ Sul punto v. M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 355.

⁶⁷ Corte costituzionale, sentenza 25 febbraio 2015, n. 48, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 8, 1008 ss., con nota di V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*.

⁶⁸ Corte EDU, sez. IV, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13 - *Contrada c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 8, 1012 ss. Tra le letture v. in particolare: O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2015, 2, 16 ss.; S. E. GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: Prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in questa *Rivista online*, 2015, 2, 1 ss.; M. T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 4611 ss.; V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., 1019 ss.; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 9, 1061 ss.; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2015, 2, 46 ss.; G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 1, 12 ss.; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., 346 ss.; A. MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, cit., 1 ss.; ID., *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, cit., 10 ss.; ID., *Il principio di legalità*, cit.,

viene meramente postulata, così da affrancare la Corte dall'affrontare la preliminare questione della sua costituzionalità, questione assai complessa che avrebbe suscitato un contrasto dilemmatico tra l'affermazione del principio di legalità e la necessità di continuare ad avvalersi di un fondamentale strumento di contrasto al fiancheggiamento associativo.

Dichiarando irragionevole - agli effetti della disciplina posta dall'art. 275, co. 3, secondo periodo, c.p.p. - la parificazione tra la tipologia dei fatti riconducibile al concorso esterno e la figura criminosa della intraneità associativa di tipo mafioso, la sentenza costituzionale acclara la netta distinzione tra i due ambiti di illiceità, sia per quanto concerne il profilo strutturale che quello criminologico, così come delineata in virtù dell'attività di nomofilachia delle Sezioni unite della Corte di cassazione.

Va rilevato che, nella giurisprudenza delle Sezioni unite si è venuto legittimando un modello di concorso esterno configurato nella forma del *concorso nel reato associativo* - concorso diretto nell'associazione come tale -, non già in quella del *concorso in partecipazione* (o nella *promozione, direzione, organizzazione*). Tuttavia, occorre evidenziare che si concorre nel "medesimo reato" di un altro concorrente (art. 110 c.p.), ossia nello stesso titolo di reato di cui si va a rispondere. Di talché, *l'extraneus* non può concorrere direttamente nell'associazione senza concorrere con una delle figure normativamente previste, perché ciò è precluso dal principio di legalità.

La sentenza *Contrada* della Corte EDU trae origine da una condanna per concorso esterno in associazione mafiosa riguardante fatti commessi tra il 1979 e il 1988, un periodo nel quale sussisteva un contrasto giurisprudenziale sul punto, in quanto la Corte di cassazione non si era ancora pronunciata con la prima sentenza a Sezioni unite (*Demitry*) sulla configurabilità del concorso esterno.

La Corte di Strasburgo muove dal presupposto che il concorso esterno in reato associativo, e in particolare in associazione mafiosa, sia di *creazione giurisprudenziale*, non revocando quindi in dubbio la legittimità della fonte giurisprudenziale in materia penale. Come noto infatti, assunto fondamentale della legalità europea è che alla produzione del diritto concorrono i due formanti, legislativo e giurisprudenziale⁶⁹.

118 ss.; P. POMANTI, *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416 bis c.p.*, in *questa Rivista online*, 2017, 1, 37 ss.

⁶⁹ Nella *Contrada* è rinvenibile dunque una applicazione dell'idea di legalità che permea la giurisprudenza della Corte EDU. Per un quadro d'insieme, v. V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in B. BISCOTTI, P. BORSELLINO, V. POCAR, D. PULITANO, a cura di, *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, 65 s. V., altresì, V. MANES, *Commento all'art.*

La Corte, riprendendo la sua consolidata giurisprudenza relativa all'art. 7 CEDU, quanto all'accessibilità e prevedibilità del diritto, concernente la legalità convenzionale, che attiene sia alla legge formale che al suo formante giurisprudenziale, ravvisa la violazione dell'art. 7 CEDU considerando che l'incriminazione era priva di una base normativa consolidata, nel periodo in cui si svolsero i fatti, di talché la condanna risulta pronunciata per un delitto *sine lege* ovvero con applicazione retroattiva di una norma incriminatrice non ancora esistente a quel tempo.

La sentenza *Contrada* è permeata dall'idea di legalità che caratterizza la giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella quale, come ha rilevato la Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012, "il principio convenzionale di legalità penale risult[a] meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio - di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno - della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost."⁷⁰.

In virtù di una ricostruzione approssimativa della giurisprudenza in materia nel periodo considerato, la sentenza *Contrada* afferma una legalità solamente giurisprudenziale, meno comprensiva della legalità accolta nella Costituzione italiana.

Quel che va rilevato è che nel caso del concorso esterno si ha un'estensione innovativa che concretizza regole di parte generale e non è analogica, benché realizzi la costruzione per via ermeneutica di un nuovo tipo di parte speciale, una figura nuova di partecipe che ha riguardo al solo reato associativo.

Rilevanti questioni ermeneutiche, inoltre, si pongono in ordine all'ambito di estensione del reato di associazione per delinquere di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.), la cui definizione normativa ha in sé elementi determinati in chiave sociologico-ambientale, quali la forza di intimidazione del vincolo associativo e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, elementi caratterizzanti le mafie classiche (Cosa nostra, camorra, 'ndrangheta e altre). La questione riguarda la riconducibilità per via interpretativa anche di organizzazioni criminali diverse dalle mafie classiche, e operanti in contesti territoriali

7, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 258 ss. Sulla diversità dei fondamenti politici e culturali della legalità europea di cui all'art. 7 CEDU e della nostra legalità di cui all'art. 25 Cost., v. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI, a cura di, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 68 ss.

⁷⁰Corte cost., n. 230 del 2012, cit., § 7.

nuovi, al paradigma normativo della criminalità mafiosa. Significativo al riguardo è il caso di *Mafia capitale*. Nell'ambito di tale vicenda giudiziaria, la Corte di cassazione, intervenendo nella fase cautelare con due sentenze gemelle⁷¹, ha affermato questo principio di diritto: “ai fini della configurabilità del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo dalla quale derivano assoggettamento ed omertà può essere diretta tanto a minacciare la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti. Ferma restando una riserva di violenza nel patrimonio associativo, tale forza intimidatrice può venire acquisita con la creazione di una struttura organizzativa che, in virtù di contiguità politiche ed elettorali, con l'uso di prevaricazioni e con una sistematica attività corruttiva, esercita condizionamenti diffusi nell'assegnazione di appalti, nel rilascio di concessioni, nel controllo di settori di attività di enti pubblici o di aziende parimenti pubbliche, tanto da determinare un sostanziale annullamento della concorrenza o di nuove iniziative da parte di chi non aderisca o non sia contiguo al sodalizio”. Si tratta dunque di una interpretazione decisamente più ampia del metodo intimidativo mafioso – quale requisito previsto dall'art. 416-bis c.p. – che porta ad identificarlo altresì in forme di condizionamento prevaricatore e corruttivo tali da inibire la libera concorrenza. Indipendentemente dalla questione se tale principio ermeneutico possa ritenersi condivisibile⁷², va notato l'influsso determinante esercitato dalla peculiari-

⁷¹ Cass., Sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535 e Cass., Sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24536, in *Cass. pen.*, 2016, 87 ss., con nota di A. APOLLONIO, *Rilievi critici sulle pronunce di "Mafia Capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica* e in *Dir. pen. cont.*, 15 giugno 2015, con il commento di C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*

⁷² In chiave critica, v. A. APOLLONIO, *Rilievi critici sulle pronunce di "Mafia Capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, cit., 112 ss. La presa di posizione della Cassazione, secondo C. VISCONTI, in C. VISCONTI - I. MERENDA, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis. Tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2019, 12 s., determina una apprezzabile evoluzione ermeneutica, criminologicamente fondata e giuridicamente plausibile, ove si traduca “nella presa d'atto che attività seriali di corruzione possono ben costituire una forma di avalimento di una forza di intimidazione previamente acquisita, eventualmente contribuendo così anche a rafforzarla”. Diversamente, qualora si risolvesse nel sostenere che diffuse prassi corruttive possano da sé comportare forme di condizionamento intimidatorio e di assoggettamento e omertà tra gli operatori economici e i funzionari pubblici estranei agli accordi criminosi, così da divenire elemento sostitutivo o equivalente funzionale del metodo mafioso, “allora ci troveremmo di fronte a una trasfigurazione della fattispecie incriminatrice difficilmente compatibile con i vincoli testuali dettati dall'art. 416 bis c.p.”. Va ricordato che nella sentenza d'appello del processo *Mafia capitale* (App. Roma, Sez. III, 11 settembre 2018, n. 10010, *Bolla e altri*, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2019, con nota di E. CIPANI, *La pronuncia della Corte d'Appello di Roma nel processo c.d. Mafia Capitale: la questione dell'applicabilità dell'art. 416-bis c.p. alle "mafie atipiche"*) che ha riformato il giudizio di pri-

rità del caso concreto sull'interpretazione della fattispecie generale e astratta, emblematico della diffusa propensione dei giudici a dilatare la portata punitiva delle fattispecie incriminatrici, forzando o manipolando la formulazione testuale.

Si pone dunque la questione in ordine alla linea di confine tra una interpretazione che, pur comportando effetti espansivi della punibilità, rimane nei limiti di una interpretazione estensiva, consentita, e una vera e propria analogia, vietata.

7. *Analogia ed interpretazione estensiva.* Nessuna questione di interpretazione di disposizioni penali è oggi fronteggiata in palese contrasto con il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici, o comunque di sfavore. Ogni interpretazione, persino la più spinta, è motivata come congruente con il senso del testo e quindi conforme al divieto di analogia. Siccome un ragionamento analogico in *malam partem* esplicito è vietato, come visto, nessun interprete lo esprime chiaramente.

Fare appello al divieto d'analogia, per risolvere le controversie ermeneutiche, non è di alcun ausilio, poiché il confronto sugli aspetti controversi viene condotto richiamando criteri ammessi di interpretazione – teleologica – dei testi normativi.

Sostenere l'imprescindibilità del divieto di analogia⁷³ significa dare risalto al principio di legalità quale fondamentale vincolo per l'interprete. Non si tratta di questione che possa essere meramente ricondotta al profilo della colpevo-

mo grado (Trib. Roma, 20 luglio 2017, n. 11730, *Bolla e altri*, in *Giur. it.*, 2018, 955, con nota di G. AMARELLI, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso* e in *Foro it.*, 2018, III, 176, con nota di G. FIANDACA, *Esiste a Roma la mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*), i giudici, posto in rilievo che il condizionamento corruttivo esercitato dal sodalizio capeggiato da Massimo Carminati e Salvatore Buzzi non si sostituisce ma si aggiunge, in una sovrapposizione sinergica, alla forza di intimidazione già posseduta e all'occorrenza utilizzata dalla organizzazione, hanno riconosciuto la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 416 *bis*. La Suprema Corte si è poi pronunciata il 22 ottobre 2019 sui fatti in imputazione, annullando senza rinvio la sentenza della Corte d'appello, escludendo la sussistenza del delitto di associazione per delinquere di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) e riqualificando i fatti in mera associazione per delinquere (art. 416 c.p.). Per un'approfondita analisi del caso di *Mafia capitale* si rinvia a E. MAZZANTINI, *Il delitto di associazione di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della "zona grigia". Il caso di Mafia capitale*, in questa *Rivista online*, 2019, 3.

⁷³ V., per tutti, G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, cit., 1254 ss., che in questo incisivo contributo sul divieto di analogia, rivolge aspre critiche agli «spensierati teorici dell'interpretazione "sempre analogica e creativa", dimentichi che in Germania l'abolizione normativa del divieto di analogia fu uno dei tanti corollari della dittatura», rei di disintegrare «il *nullum crimen nulla poena sine lege*, assegnando al legislatore e ai giudici un ruolo paritario nella produzione delle norme penali» (1267 e 1255).

lezza o all'irretroattività della legge sfavorevole. Ciò di cui si tratta è la legalità *tout court*, sia sotto il profilo della *ratio* democratica che di quella liberal-garantista, che consiste nell'assicurare la prevedibilità della valutazione giuridica, la riconoscibilità dell'illecito quale carattere del principio di legalità.

Non è sempre agevole sceverare tra analogia ed interpretazione estensiva. Tuttavia la distinzione esiste, è nel sistema, oltre che nei concetti: l'interpretazione estensiva costituisce il portato della scoperta, da parte dell'interprete, che l'espressione letterale di una disposizione ha in sé un contenuto più ampio, ancorché non esplicitato, mentre il ricorso all'analogia consiste nel procedimento posto in essere risalendo da una norma espressa ad un principio in essa compreso e da cui è possibile addivenire alla enunciazione di una norma inespressa, che ha in sé la regola del caso "analogo" al caso espressamente disciplinato ⁷⁴.

Va precisato che il fondamento del divieto di analogia in materia penale deve essere individuato più che in relazione al principio di riserva di legge - la regola da applicare al caso non espressamente disciplinato è, invero, prevista da una disposizione scritta -, in relazione al principio di tassatività, che mira a garantire la certezza del diritto (e la libertà individuale) avverso l'arbitrio del giudice ⁷⁵.

L'analogia è irrelata all'indeterminatezza poiché necessita di ben individuati parametri ai quali ancorare la similitudine di casi, ossia la identità di *ratio* tra norma espressa e norma inespressa ⁷⁶.

Al fine di definire compiutamente il significato dell'analogia, autorevole dottrina ha fatto ricorso al concetto della *integrazione*, che rende manifesta la funzione di porre rimedio alla impossibilità di decidere sulla scorta di una determinata disposizione, di colmare una lacuna colmabile, di individuare una soluzione nel sistema stesso del diritto positivo vigente. Si ha riguardo,

⁷⁴ Cfr. G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, cit., 159.

⁷⁵ Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 297 ss.

⁷⁶ Osserva G. VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Novissimo Dig., App.*, V, Torino, 1984, 307 ss. che la propensione verso i concetti "elastici" o le "clausole generali" costituisce una propensione di segno opposto rispetto all'analogia, quale modo differente per uscire dal solco della certezza del diritto verso aneliti di giustizia e di uguaglianza sostanziali, ovvero, con diversa prospettiva, verso una accresciuta certezza di soddisfazione delle esigenze di repressione e di prevenzione alla base dell'intervento penale. Utilizzando le clausole generali delle norme incriminatrici "non si ha più bisogno di alcun ricorso all'analogia, ci si libera - potremmo dire - con un sol tratto di penna da tutti i problemi che questa propone". Una prospettiva particolare di questa diversità è evidenziata da P. NUVOLONE, *La riforma del par. 2 del Codice penale germanico*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale. Studi*, cit., 14, secondo il quale mediante la clausola generale o formula elastica il legislatore punta a erodere spazi al giudice assumendo ogni funzione espressiva della propria volontà punitiva, mentre ammettendo l'analogia il legislatore si libera di una parte del proprio compito a favore del giudice.

come si è efficacemente osservato, a quella specie di integrazione denominata “autointegrazione” della legge: “una via di mezzo (come lo è quella – ulteriore – del ricorso ai principi generali dell’ordinamento) tra la ricognizione del contenuto d’una norma esistente e la creazione d’una norma nuova”⁷⁷.

L’analogia, strutturalmente, non è semplice interpretazione, sempre che si ritenga che essa nasce dal fatto che dalla lettura delle disposizioni esistenti si approda al risultato di riconoscere l’impossibilità della sussunzione, e la necessità di creare una tipologia normativa generale nuova.

Certo, anche il ricorso all’analogia ha quale presupposto un procedimento di interpretazione in senso stretto, finalizzato a determinare se una norma, in cui sono previste ipotesi analoghe a quelle di cui si cerca la regolamentazione, sia espressione di un principio che mediante la norma medesima è reso compiutamente, o se viceversa la norma stessa non costituisca che una delle espressioni di un principio che, attenendo anche ad altre norme, ha purtuttavia trovato espressione solamente in una o in alcune di esse, ancorché dallo stesso sia possibile derivare altre norme inesprese, applicabili a fattispecie “analoghe” a quelle dalla legge espressamente previste. Peraltro, al termine del procedimento interpretativo, nel momento in cui si passa all’applicazione della norma espressa alla fattispecie disciplinata dalla norma inespressa – risalente al principio comune – si perviene ad una integrazione della legge.

In ogni caso, sia che il ricorso all’analogia sia considerato una integrazione della legge, sia che venga considerato una mera forma di interpretazione, la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva ha rilievo vincolante.

Va detto che se la linea di demarcazione tra analogia ed interpretazione estensiva è concettualmente nitida, rispetto ad alcune fattispecie elastiche diviene esile o evanescente. La distinzione non può essere di tipo qualitativo, ma soltanto quantitativo. Il criterio discretivo che si fonda sull’assunto che l’interpretazione estensiva circomprensiva nella norma tutti i casi riconducibili al suo tenore letterale, mentre l’analogia riferisce la norma a casi che non possono essere ricondotti a nessuno dei suoi possibili significati letterali omette di considerare che “i limiti concettuali di ogni singola espressione non sono mai conclusi nel testo, ma sempre modificati dal contesto e determinabili soltanto attraverso il processo interpretativo”⁷⁸.

Dal momento che le interpretazioni producono norme che conferiscono il vero contenuto al testo della disposizione, che può essere letto in vari modi, la loro capacità creativa, costruttiva, o anche solamente innovativa, porta

⁷⁷ G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, cit., 159.

⁷⁸ M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 710, nt. 30.

all'analogia vietata in tutti i casi in cui, in ragione dell'operazione ermeneutica effettuata, la disposizione dovrebbe essere riscritta.

La riscrittura può, in taluni casi, essere solamente il portato dell'attività costruttiva - non creativa - dell'ermeneutica. La norma attuale già "riscrive" la disposizione - per fare un esempio paradigmatico - nella concussione (art. 317 c.p.): un legislatore attento, in nome della precisione dell'enunciato legislativo, dovrebbe considerare che il costringere a "dare", può essere altresì un costringere a "fare" qualche cosa. Nel percorso di consolidamento della concussione quale costrizione a un "fare" e non solo a un "dare", il caso *Lonardo*⁷⁹ ha costituito un momento significativo, dopo quanto già chiarito dalle Sezioni unite con la sentenza *Romano*⁸⁰. La Corte di cassazione, nella sentenza riguardante il caso *Lonardo*, ha ribadito che "in tema di concussione l'espressione "altra utilità" di cui all'articolo 317 c.p. ricomprende qualsiasi bene che costituisca per il pubblico ufficiale (o per un terzo) un vantaggio, non necessariamente economico, ma comunque giuridicamente apprezzabile; tale utilità quindi può consistere in un "dare", in un "facere", in un vantaggio di natura patrimoniale o non patrimoniale, purché sia ritenuto rilevante dalla consuetudine o dal comune convincimento"⁸¹.

Nel caso della concussione, dunque, l'estensione ermeneutica rispetta il dettato legislativo. L'esigenza di riscrivere la disposizione, o di leggerla come se fosse scritta diversamente, è il portato dell'operazione - lecita - di estensione della fattispecie attraverso i casi.

L'analogia, invece, non produce meramente una norma, ossia un contenuto interpretativo tra quelli ascrivibili alla disposizione, bensì muta la disposizio-

⁷⁹ Cass., Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 33843, *Lonardo*, in *Mass. Uff.*, n. 240795; la decisione nella fase cautelare concerneva l'accusa - in seguito non confermata nel processo - ad Alessandrina Lonardo, di avere, in qualità di Presidente del Consiglio regionale della Campania, in concorso con il marito Clemente Mastella e con altri soggetti, appartenenti allo stesso partito politico (Udeur), tentato di costringere il direttore generale di una AUSL, nominato su indicazione dell'Udeur, a soggiacere alle indicazioni dei politici di tale partito riguardo le decisioni da prendere nel corso della sua attività direttiva (il partito esigeva la nomina di due primari ospedalieri).

⁸⁰ Cass., Sez. un., 11 maggio 1993, *Romano*, in *Cass. Pen.*, 1993, 2252 s., nella quale viene affermata la riconducibilità della prestazione sessuale nel concetto di "utilità" promessa o data agli effetti del delitto di concussione. La sentenza afferma in motivazione che l'utilità anche non economica per il pubblico ufficiale può derivare non solo da una dazione in senso stretto o fisico, ma altresì da un "facere" della vittima.

⁸¹ Specifica la sentenza in motivazione, sempre al § 10.3: «Nell'ampiezza dell'accezione viene ricompreso anche il vantaggio di natura politica ed infatti si è ritenuta la concussione in un caso in cui l'agente aveva ottenuto di liberarsi di un proprio avversario politico, provocandone le dimissioni con la minaccia di farlo licenziare utilizzando la capacità d'induzione, connessa con la funzione pubblica esercitata (Sez. VI, 1° febbraio 2006, n. 21991, P.G. in proc. Plotino)».

ne⁸². Esempio paradigmatico è costituito dalla “malattia-infortunio”, figura di creazione giurisprudenziale, tramite fra l’infortunio e la malattia, per giustificare l’estensione dell’art. 437 c.p. (rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro) alle malattie professionali la cui insorgenza è originata da fattori non “violenti”. Poiché il concetto di “infortunio” – inteso quale evento traumatico – è sotto ogni profilo differente dal concetto di “malattia professionale”, collegata a mezzi non “violenti”, dovrebbe ritenersi che l’art. 14 disp. prel. impedisca all’interprete di forzare il testo dell’art. 437 c.p. per dilatarne la portata punitiva circoscrivendovi la rimozione od omissione dolosa di cautele contro le malattie professionali⁸³.

Tant’è che la Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi circa la sussistenza di una disparità di trattamento fra gli imprenditori esercenti le lavorazioni esposte al rischio degli infortuni (in quanto tali soggetti all’art. 437 c.p.) e gli esercenti delle lavorazioni esposte al rischio delle malattie professionali – non considerati quali possibili autori dell’illecito penale – aveva dichiarato inammissibile la questione sottoposta, stante la richiesta di una pronuncia dalla quale sarebbe scaturita una nuova fattispecie penale, la cui previsione è invece riservata al legislatore, in forza del fondamentale precetto dell’art. 25, co. 2, Cost.⁸⁴.

Ciononostante la Corte di cassazione ha esteso oltre misura la portata dell’art. 437 c.p. al punto da circoscrivervi anche l’omessa predisposizione di misure preventive idonee contro le malattie professionali ideando il concetto di “malattia infortunio” che a “differenza delle malattie professionali in senso stretto consistenti in manifestazioni morbose contratte nell’esercizio e a causa di lavoro, e non prodotte da agenti esterni, sono sindromi morbose insorte in esecuzione di lavoro e prodotte da agenti esterni di varia natura (elettrica, radioattiva, chimica, ecc.), evitabili con determinati accorgimenti”. Cosicché,

⁸² Sulla distinzione tra disposizione e norma, v. V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, 195 ss. In argomento, v. M. DONINI, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, cit., 63 ss., secondo il quale il legislatore crea le *disposizioni*, ossia gli enunciati normativi, mentre il loro contenuto reale viene raggiunto all’esito dell’interpretazione e dell’applicazione ai casi. Quindi la *norma* è il *risultato dell’interpretazione* della *disposizione astratta* (o della disposizione all’esito della sua applicazione ai casi).

⁸³ Cfr. V. ZAGREBELSKY, voce *Omissione o rimozione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 5 ss.; A. ALESSANDRI, voce *Cautele contro disastri o infortuni sul lavoro (omissione o rimozione)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 153 ss.; A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, Tomo I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano, 2008, 560 ss.; D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell’incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, cit., 167 ss.; M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., 93 s.

⁸⁴ Corte costituzionale, ordinanza 15 luglio 1983, n. 232.

secondo la Corte l'omissione o la volontaria rimozione di questi ultimi potrebbe essere sanzionata in virtù di un'interpretazione meramente estensiva dell'art. 437 c.p. al fine di scongiurare «una irrazionale disparità di trattamento tra situazioni omogenee»⁸⁵.

Nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 115 del 2018 (caso *Taricco*), “non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo”⁸⁶.

Certo, l'ultima espressione presenta criticità, poiché quello *che la persona può raffigurarsi leggendolo* è un elemento ulteriore, che “vorrebbe/potrebbe bloccare l'evoluzione ermeneutica, precludendo quella che non era prevedibile *ex ante* da parte di un *homunculus* che non dovrebbe coincidere col magistrato di Cassazione al tempo del giudizio”⁸⁷. Se tale elemento vale per le evoluzioni giurisprudenziali *in malam partem* non prevedibili al tempo della condotta, diversamente ciò non può dirsi per i mutamenti non prevedibili al tempo della creazione della disposizione. Nell'ermeneutica costituzionale – e generale – non è controverso che l'interpretazione possa rendere più tassativa una norma; non è necessario che la nuova norma fosse prevedibile *ex ante dal testo*, ma occorre che sia compatibile con quest'ultimo, nonché prevedibile al tempo della condotta e secondo il contenuto interpretativo consolidato in quel momento.

L'ermeneutica non può costituire il rimedio a tutte le mancanze ed imperfezioni del legislatore; l'evoluzione interpretativa non può travalicare i limiti del

⁸⁵ Cass., Sez. I, 6 febbraio 2002, n. 11894, in *Mass. Uff.*, n. 221072. V., altresì, Cass., Sez. I, 20 novembre 1998, n. 350, *ivi*, n. 212203; Cass., Sez. I, 9 luglio 1990, n. 12367, *ivi*, n. 185325.

⁸⁶ Corte costituzionale, sentenza 10 aprile 2018, n. 115, § 11, in *questa Rivista online*, 2018, 2, con nota di G. CIVELLO, *La sentenza n. 115/2018 della Consulta alla luce della “Taricco-bis” della C.G.U.E.* Tra le letture di questa importante pronuncia, v., in particolare, M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2018, 2, 225 ss.; M. GAMBARDELLA, *Inapplicabile senza eccezioni la “regola Taricco” nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 2018, 2786 ss.; D. PULITANO, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, in *Dir. pen. e processo*, 2018, 10, 1289 ss. V., altresì, i contributi nel volume a cura di C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano, 2018, di: D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto* (377 ss.); M. CAIANIELLO, *Quel che resta del dialogo*, (391 ss.); V. MANES, *Taricco, finale di partita* (407 ss.).

⁸⁷ M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, cit., 236.

testo ma può disvelare sviluppi imprevedibili dal destinatario del precetto penale al tempo della creazione della disposizione. Basti pensare agli articoli 27, co. 1, Cost. e 25 cpv., Cost. che includono attualmente principi non prefigurati dal costituente né dai destinatari dei precetti *ex ante* (dall'odierna concezione della responsabilità penale personale⁸⁸ al principio di offensività, di costruzione ermeneutica).

La Corte riafferma la duplice valenza del principio di determinatezza, in quanto questo oltre a garantire nei confronti del giudice la conformità a legge dell'attività giurisdizionale attraverso la produzione di regole compiutamente definite per essere applicate, garantisce ai destinatari delle norme “una percezione sufficientemente chiara ed immediata” dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta⁸⁹. Fine del principio di determinatezza è scongiurare che il giudice, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, acquisisca una funzione creativa, sostituendosi al legislatore nello stabilire la linea di confine tra lecito e illecito; ed altresì assicurare la libera autodeterminazione individuale, consentendo ai destinatari delle norme penali di valutare previamente le conseguenze giuridico-penali delle proprie condotte⁹⁰.

Non v'è dubbio che anche la più certa delle leggi richiede “letture” ed “interpretazioni sistematiche”; tuttavia queste non possono sostituirsi integralmente alla *prævia lex scripta*, attraverso la quale si intende garantire ai destinatari dei precetti “la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione”⁹¹.

Poiché la sola fonte legittimata ad effettuare scelte di incriminazione, nel nostro ordinamento costituzionale, è la legge, ne deriva che l'attività di precisazione del contenuto precettivo della disposizione legislativa effettuata dalla giurisprudenza deve sempre essere compatibile con la legge, alla quale il giudice è soggetto, come proclama l'art. 101, secondo co., Cost.⁹².

⁸⁸ Al riguardo, M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1577 ss., osserva che l'attuale contenuto dell'art. 27, co. 1, Cost. include tre principi: fatto proprio, *nullum crimen sine culpa* e colpevolezza; diversamente, a partire dal 1948 e fino al 1988, il contenuto dell'art. 27, co. 1, Cost. era da riferirsi esclusivamente al divieto di responsabilità oggettiva per fatto altrui.

⁸⁹ Al riguardo v. anche Corte costituzionale, sentenza 30 luglio 2008, n. 327, sentenza 13 gennaio 2004, n. 5, ed altresì sentenza 13-22 aprile 1992, n. 185.

⁹⁰ V. Corte costituzionale, sentenza 30 luglio 2008, n. 327, cit., sentenza 13-22 aprile 1992, n. 185, cit. e sentenza 23-24 marzo 1988, n. 364, cit. Questa impostazione è esplicativa; in argomento v. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 138 ss., 170 ss.; ID., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, cit., 49 ss.

⁹¹ Corte costituzionale, sentenza 23-24 marzo 1988, n. 364, cit.

⁹² Quanto al nesso tra riserva di legge in materia penale e soggezione del giudice alla legge ex art. 101, secondo comma, Cost., v. D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 37, il

8. *Riflessioni conclusive.* L'attività di precisazione del contenuto precettivo della disposizione legislativa effettuata dalla giurisprudenza deve sempre essere compatibile con la legge, alla quale il giudice è soggetto, evitando il rischio di una libertà ermeneutica dilagante. Talvolta peraltro il giudice penale, a fronte di esigenze di tutela avvertite come particolarmente importanti, indulge al superamento del tenore letterale del testo normativo, ritenuto manchevole dal punto di vista della tutela, muovendosi sull'incerto crinale tra interpretazione analogica ed interpretazione estensiva.

Se da un lato il procedimento interpretativo è improntato alle scelte valutative del giudice penale, d'altra parte occorre individuare quale argine quello secondo il quale la ricerca dei significati ascrivibili alla legge penale dovrebbe sempre svolgersi all'interno dello spazio semantico del testo, sia pure portato alla sua massima estensione. Ove le scelte ermeneutiche travalichino tale limite, si ricade invece nel divieto di applicazione analogica della legge penale.

Come visto, non è sempre facile scervere tra interpretazione estensiva e analogia. Il criterio discretivo può rinvenirsi nella occorrenza di una riscrittura della stessa disposizione di legge. Ove sussistano dubbi circa la qualificazione di una interpretazione come estensiva o analogico-creativa (che comporti una modifica della disposizione), questa dovrà sempre essere ritenuta analogica.

Poiché un ragionamento analogico in *malam partem* esplicito è vietato, come visto, nessun interprete lo esprime chiaramente e l'interpretazione estensiva è talvolta solamente lo schermo dietro al quale si cela l'analogia. Compito dei giuristi è disvelare questa dissimulazione.

Ma è il legislatore che, mediante idonee tecniche legislative, deve porre un argine alla sollecitazione immanente praticata sull'interprete da casi analoghi a quelli che costituiscono il fenomeno da cui è emersa l'istanza di regolazione che ha originato la disposizione di legge. È il legislatore che deve agire con sollecitudine per arginare la tendenza del giudice penale al superamento del tenore letterale del testo normativo, per circoscrivere in esso quanto il contesto esige venga regolato nella stessa maniera rispetto a quanto è previsto nel testo stesso.

Se da una parte contrastare l'analogia occulta vuol dire rinunciare a corrispondere in modo immediato ad una esigenza di giustizia, d'altra parte vuol

quale osserva che la sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012 "ha bloccato una deriva verso una *sovrersione di sistema*, che sarebbe andata ben oltre la pretesa di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum* reso dalle Sezioni Unite in un altro processo: sarebbe stata una *sovrersione del rapporto di soggezione del giudice soltanto alla legge*".

dire anche preservare il presupposto epistemologico del diritto penale quale scienza delle garanzie. Aspetto, questo, ben più rilevante rispetto alla giustizia del caso concreto, il cui mancato compimento è da ascrivere al legislatore, non all'interprete. L'apporto all'evoluzione del sistema penale che il giudice può dare deve restare circoscritto entro lo spazio dell'interpretazione estensiva.