

DALLA “FATTISPECIE” AL “PRECEDENTE”: APPUNTI DI “DEONTOLOGIA ERMENEUTICA”^(*)

di Vittorio Manes

Abstract. *Una discussione sul valore attuale del “precedente giurisprudenziale”, in materia penale, presuppone una preliminare “stipula” sui presupposti e sui limiti di una corretta “ermeneutica prescrittiva”, che tenga conto delle specificità del diritto punitivo, identificando al tempo stesso le condizioni di legittimazione e di autorevolezza della decisione giudiziale, e dunque le precondizioni perché questa possa farsi “precedente”. Diversi i “metodi” e i “criteri” su cui può e deve poggiare la “deontologia ermeneutico-penale”: tra questi, vengono analizzati l’approccio “antianalogico”, “tassativizzante e tipizzante”, guidato da canoni ermeneutici come l’offensività e la proporzione, nelle diverse direzioni che lo stesso prospetta.*

Su queste premesse, il tema del “precedente”, e della prevedibilità/calcolabilità della decisione giudiziale, può apparire maggiormente governabile: ed a ciò può contribuire anche un maggior impegno interpretativo da parte della Corte costituzionale così come l’affermarsi di una vera e propria “cultura ecologica” della giurisdizione.

SOMMARIO: 1. *Levelling the playing field*. – 2. Diritto penale e deontologia ermeneutica. – 2.1. La “difesa del senso letterale”. – 2.2. Onestà intellettuale del giudicante e “approccio antianalogico” (*in dubio pro analogia et abstine*). – 2.3. Interpretazione “tassativizzante e tipizzante”. – 2.4. Le prime direttrici dell’interpretazione “tipizzante”: i principi di offensività e proporzione. – 2.4.1. L’offensività di livello ermeneutico (e le sue insidie). – 2.4.2. Proporzione come criterio-guida per calibrare la tipicità in ragione della gravità edittale. – 2.4.3. Proporzione come criterio-limite alla sovraestensione del tipo legale (e del *chilling effect*). – 2.4.4. L’arsenale della prevenzione, tra tassatività e proporzione. – 2.5. Prevedibilità della interpretazione e divieto di retroattività. – 3. Il valore attuale del precedente in materia penale. – 3.1. La giurisprudenza di Strasburgo: *Contrada c. Italia* e la messa in mora del sistema giuridico italiano rispetto all’irresponsabilità dell’interprete. – 3.2. Evoluzioni giurisprudenziali e garanzie nella giurisprudenza interna. – 3.3. Per una stagione di “nomofilachia condivisa”. – 3.4. Cultura del precedente ed “ecologia della giurisdizione”.

* Il presente contributo costituisce il testo, rivisto e corredato di note, dell’intervento svolto dall’Autore al convegno su “Il valore del precedente nel sistema ordinamentale”, organizzato dal Consiglio Nazionale Forense, Roma, 13 ottobre 2017.

1. Levelling the playing field.

Il tema di questo convegno – dedicato a “*Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*” – sollecita un interrogativo iniziale, che al contempo traccia il perimetro in cui si iscrive, oggi, il problema del “precedente”: esiste ancora un “sistema ordinamentale”?

Non bisogna arrendersi al “nichilismo giuridico” per dare, in compagnia di molte autorevoli voci, una risposta realisticamente perplessa: un “sistema”, ammoniscono illustri osservatori ormai da tempo, non sembra esistere più, ma solo, semmai, un “ordinamento”¹; o forse neppure quello, se “ordinamento” deve essere inteso come “complesso ordinato e ordinante di norme”.

L’ordine, in effetti, sembra essersi infranto, al passo con una transizione ormai pienamente dispiegata: dall’“età della legge” e dei codici, all’“età dell’interpretazione” e della giurisdizione²; dallo “stato legislativo” alla *juristocracy*³ o alla “giurisprudenza legislativa”, chiamata a fronteggiare le sfide imposte – appunto – da un “diritto senza codice”⁴, liquido, *flou*, disordinato, policentrico, urgente, compulsivo, turbolento⁵.

Che inquieti (molti) o tranquillizzi (pochi)⁶, tale transizione appare difficilmente negabile, e con essa il protagonismo guadagnato dalla dimensione giudiziale del

¹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 19 ss.

² V. già i diversi contributi raccolti in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997.

³ Già R. HIRSCHL, *Towards juristocracy*, Harvard University Press, 2004; tra i tanti lavori, nel contesto italiano, v. A. GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99 ss.; ma sulla forte espansione del potere giudiziario, “che risulta particolarmente accentuata in Italia”, e dei fattori che la determinano, v. ora le diverse riflessioni contenute in C. GUARNIERI-G. INSOLERA-L. ZILLETI, *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Bari, 2016.

⁴ Prendendo a prestito il seducente titolo dello studio di C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; più di recente, ID., *Hiérarchie des normes et hiérarchie judiciaire*, in AA.VV., *Humanisme et justice (Mélange en l’honneur de Geneviève Giudicelli-Delage)*, Paris, 2016, 993 ss.

⁵ Per tutti, v. M. VOGLIOTTI, *Fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 12 ss.; ID. voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2013, 371 ss.; nella prospettiva penalistica, per una recente panoramica, v. AA.VV., a cura di C.E. Paliero-S. Moccia-G. De Francesco-G. Insolera-M. Pelissero-R. Rampioni-L. Riscato, *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli, 2016 (Atti del convegno della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, Napoli, 7-8 novembre 2014); ed ora, G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*, relazione al convegno dell’Associazione dei professori di diritto penale, Roma, novembre 2017, in corso di pubblicazione.

⁶ Da alcuni, in effetti, tale trasformazione è salutata persino con favore, assumendo che il diritto di fonte legislativa sarebbe ormai inidoneo a garantire qualunque certezza, e che nella dimensione giudiziale si intravede un ritorno positivo alla “fattualità del diritto”: in questo senso, P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, 2006, 68, 94; ma v. anche ID., *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, 2015, 33 ss.; di gran lunga prevalenti, però, le voci preoccupate, specie nella prospettiva penalistica: tra i tanti, di recente, G. INSOLERA, *Dall’imprevedibilità del diritto all’imprevedibilità del giudizio*, in RIDPP, 2016, 2001 ss., ed in molti altri lavori; A. LANZI, *La tutela dei diritti del cittadino fra giustizialismo e garantismo; legalità e giustizia*, in *Ind. pen.*, 2017, 988 ss.; N. MAZZACUVA, *Il ‘diritto penale massimo’: l’incremento dei reati e delle pene tra diritto penale legislativo e diritto penale giurisprudenziale*, ivi, 994 ss., che parla di “interventismo penale applicativo”; dall’angolatura

diritto, in una prospettiva sempre meno domestica, ed a tutto scapito delle fonti di produzione politica; con una inerzia che sembra persino spostare l'architettura ordinamentale italiana verso un modello sempre più contaminato da elementi di *common law* (e sempre più recessivi, per vero, nei loro contesti di provenienza)⁷, alimentando interesse crescente sulla "calcolabilità" della decisione giudiziale⁸.

Di fatto, anche in materia penale il diritto appare sempre più incalcolabile e imprevedibile⁹, con evoluzioni potenziali di impatto scardinante se si pensa agli scenari dischiusi dall'*affaire Taricco*¹⁰; eppure, proprio in materia penale si reclama con forza un diritto necessariamente e doverosamente prevedibile, secondo i rigorosi dettami imposti – *inter alia* – dalla sentenza di condanna della Corte EDU contro l'Italia nel caso *Contrada*, che ha fatto erompere il tema della legalità giurisprudenziale¹¹.

Se è così, a nostro avviso, la premessa per poter parlare di "precedente" in materia penale consiste nel tracciare il suo "campo di gioco", anzi nel "livellare il

del processo penale, dove giustamente si reclama un medesimo statuto della legalità, v. anzitutto M. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009, 272 ss.; più di recente D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, èthos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 421 ss.; F. CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. pen.*, 2017, 967 ss., che vi intravede "una linea di tendenza eversiva", giacché "[s]ottratta al governo della legge e affidata al governo degli uomini, la tutela dei diritti fondamentali – oltre a perdere legittimazione politica – si fa estemporanea, arbitraria, effimera. Nessuna autentica certezza dei diritti interviene a rimpiazzare la claudicante certezza del diritto".

⁷ Sul punto, A. CADOPPI, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Digesto/pen.*, Aggiornamento, Utet, 2016, p. 407 ss., ed ora anche ID., *Presentazione*, in AA.VV. (a cura di A. Cadoppi), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 1 ss., 19 (ma sull'assetto del "common law tradizionale", inteso "in senso stretto", e sul suo superamento nell'attuale contesto, v. ancora ID., *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1161 ss.); volendo, V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 955 ss.; ed ora G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, 136; v. però anche M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *RIDPP*, 2017, 14 ss., con ulteriori riflessioni.

⁸ V. ancora i vari saggi raccolti in N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit.

⁹ Al riguardo, v. anche F. PALAZZO, *Precision de la loi pénale et certitude de la peine: principes et expériences*, in AA.VV., *Humanisme et justice*, cit., 633 ss.; ma v. anche A. GAMBERINI, [La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale](#), in questa *Rivista*, 31 marzo 2016.

¹⁰ Evoluzioni parzialmente frenate, tuttavia, dalla sostanziale retromarcia operata dalla Corte di Giustizia (Grande Sezione), nella pronuncia del 5 dicembre 2017, C-42/17.

Sulla complessa vicenda, e prima della pronuncia c.d. *Taricco II*, ci limitiamo a richiamare i diversi contributi raccolti in due volumi collettanei, entrambi stimolati dalla preziosa iniziativa e dalla guida di A. BERNARDI: AA.VV. (a cura di A. Bernardi), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, e AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, 2017 (quest'ultimo a cura di A. Bernardi e C. Cupelli); inoltre, D. PULITANO, [Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017](#), in questa *Rivista*, 19 aprile 2017; A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, ivi, 2 ottobre 2017; T.E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale. La "crisi" del diritto penale tra le Corti*, ivi, 28 settembre 2017; A. MASSARO, *Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del "diritto penale europeo": chi è causa del suo mal pianga se stesso? Riflessioni su Taricco e dintorni*, in *Arch. pen.*, 2017, 1 ss.

¹¹ Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, che ha trovato seguito nella recente sentenza della Cassazione, Sez. I, 6 luglio 2017, n. 43112, rel. Centonze.

campo di gioco”, indagando quali siano i confini attuali della attività (e della libertà) interpretativa in materia penale: quale sia, cioè, il limite di questa straordinaria energia creativa che il risveglio della coscienza ermeneutica ha innescato, rimarcandone le valenze liberali¹², con acquisizioni recepite nelle analisi più recenti¹³; e che poi ha trovato un combustibile straordinario nella “frantumazione stellare” delle fonti e nella “rivoluzione dei diritti”¹⁴, trasformando il giudice – ed anche il giudice penale – in un coartefice del prodotto legislativo (che dal suo canto appare prodotto

¹² Esemplarmente, W. HASSEMER, *Juristische Hermeneutik*, in ID., *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001, 17 ss.; ma v. anche la riflessione di M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, 131 ss.

¹³ Sottolineando a più riprese l’inevitabile componente analogica insita in ogni procedimento interpretativo, con una acquisizione che ha fatto breccia – non senza resistenze – anche nella comunità dei penalisti: si veda, anzitutto l’autorevole constatazione di G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 33 ss. (e più di recente ID., *Prima lezione di diritto penale*, cit., 124 ss.); tra gli studi monografici più recenti, v. in particolare O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006, cit., spec. 265 ss. che muovendo da queste premesse ridiscute il contesto applicativo del divieto di analogia in materia penale (pur riaffermato nel suo essenziale significato politico), circoscrivendolo all’analogia *esterna*, che dunque sarebbe preclusa (mentre sarebbe ammissibile l’analogia *interna*, “che gioca dal di dentro e che, esercitando una forza centrifuga, spinge muovendo dalle proprietà *essenziali*, cioè dalle proprietà senza le quali la parola non avrebbe un dato significato, per comprendere quelle *tipiche*, vale a dire le proprietà che solitamente ricorrono, ma senza le quali una parola non perde il dato significato”; e M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in materia penale*, Torino, 2011, cit., 25 ss., 35 ss., 121 ss., che prendendo le mosse dalla natura “sempre analogica e creativa dell’interpretazione” e risalendo anzitutto alle “radici assiologiche” del divieto di analogia, si sforza di rintracciare altrove il criterio che segni il campo di gioco dell’interprete (“il contenuto di disvalore espresso dal tipo criminoso”), e le garanzie che devono comunque presidiare il procedimento interpretativo (indagando, in particolare, i tracciati della giurisprudenza della Corte EDU); la natura sostanzialmente analogica del processo interpretativo, assunta anche da chi ribadisce con forza il fondamentale valore politico del divieto di analogia (ad es., M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C. E. Paliero, vol. I, Milano, 2006, 693 ss.) emerge anche nella manualistica penale: di “identità strutturale” tra i due procedimenti interpretativi parla F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 6ª ed., Torino, 2016, 145 ss., pur senza rinunciare a ravvisare una analogia vietata quando l’interpretazione superi il “significato linguistico” del termine; analogamente, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, 7ª ed., Bologna, 2014, 118 ss., 134 ss.; altresì A. MANNA, *Diritto penale*, 2ª ed., Padova, 2012, 84 ss.; posizione solo parzialmente condivisa da D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 6ª ed., Torino, 2015, 135, secondo il quale riconoscere tratti comuni ai due procedimenti “come descrizione del lavoro ermeneutico” “[...] non esclude affatto la possibilità di distinguere fra interpretazione e analogia”; per una vigorosa riaffermazione del divieto di analogia, secondo una lettura “tradizionale”, si vedano peraltro, tra gli altri, G. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1254 ss.; N. MAZZACUVA, *A proposito della “interpretazione creativa” in materia penale: nuova “garanzia” o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. I, cit., 436 ss.; nella manualistica, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5ª ed. (aggiornata da E. Dolcini e G.L. Gatta), Milano, 2015, 72; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Bologna, 2017, 154 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, I fondamenti*, 2ª ed., Torino, 2011, 118 ss.; per una sintesi sul vastissimo dibattito in materia, v. anche M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, 150 ss., 153 (ed in ptc. nt. 25).

¹⁴ Al riguardo, già M. DE S.-O.L’E. LASSER, *Judicial Transformations. The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford, 2009.

contenutisticamente sempre meno autorevole e tecnicamente sempre più approssimativo)¹⁵; un giudice, dunque, non più mero corifeo ma deuteragonista del legislatore, un “rapsodo” o forse un *bricoleur*, che deve procedere a sovrapposizioni, intarsi e *découpage* della “disposizione” per trarne la “norma”, frutto di un *work in progress* sempre più distante dalla “mineralogia” del *Tatbestand*¹⁶.

In effetti, proprio il concetto di “fattispecie”, la cui “solidità” è sempre stata assunta come presidio garantistico di uguaglianza e certezza, appare minacciato e messo in crisi dalla volatilità della *judge-made law*¹⁷, e dall’irrompere del sempre più marcato “valore” del “precedente” anche in materia penale; tanto che anche l’orizzonte del contenimento punitivo – agognato dagli alfieri del “diritto penale minimo” e dai censori dell’*overcriminalization*¹⁸ – deve misurarsi con una espansione che non passa più, solo e necessariamente, per la moltiplicazione dei “tipi” penali, ma per eccedenze interpretative sempre più invasive, “populistiche” o “di lotta”.

2. Diritto penale e deontologia ermeneutica.

Visto che l’attività interpretativa ha un momento intimamente e inevitabilmente politico (come atto di decisione, di valutazione, di volontà)¹⁹, indagare il perimetro attuale dell’interpretazione in materia penale significa, necessariamente, muovere da una premessa stipulativa sui metodi ammissibili, per stabilire i presupposti di legittimità – e di *accountability* – della decisione giudiziale, e dunque le “condizioni di legittimazione” perché questa possa farsi “precedente”: premessa stipulativa, che presuppone un accordo necessariamente selettivo, perché lo scrigno dei metodi interpretativi assomiglia sempre più ad un *magic box*, dove si trova un po’ di tutto, e i diversi criteri si iscrivono ormai in un *pantheon* nel quale nessun dio domina sugli altri.

Ai criteri tradizionali (interpretazione letterale, testualista, originalista, logica, sistematica, storica, intenzionista, teleologicamente orientata, orientata alle conseguenze e agli scopi; oggettiva/soggettiva; formale/sostanziale, etc.) si affiancano i metodi più recenti, e ormai pienamente dispiegati, primo fra tutti quella sorta di formula totipotente che è l’“interpretazione conforme”, non solo e non tanto alla Costituzione – lasciata da tempo pericolosamente in balia dei giudici comuni (sul

¹⁵ Questo, in sostanza, il primo “tradimento della legalità”: F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in AA.VV., *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, 13 ss.

¹⁶ Ho cercato di ripercorrere questa metamorfosi ne *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; ma sul ruolo “inventivo” del giudice attraverso l’interpretazione, nell’attuale contesto “reticolare” delle fonti, v. anche G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 125 s.

¹⁷ Sul punto, si rinvia alla illuminante analisi di A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tabestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.

¹⁸ D. HUSACK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2008.

¹⁹ Sul punto, rileggendo Cesare Beccaria, M. DONINI, *Interpretazione delle leggi* (Dei delitti e delle pene, § IV), in *Diritto penale XXI secolo*, n. 2/2014, 245 ss.

punto, *infra*, § 4.3.) – quanto, sempre più, al diritto UE²⁰ e alla CEDU (dietro alle quali si nascono spesso forme di cripto-analogia e di “disapplicazione mascherata”).

Dunque qui, un po’ come si usa fare nel gioco del *bridge*, riteniamo debba proporsi una sorta di “licitazione” sulle regole ermeneutiche di base che tengano in conto i tratti di singolarità – o di vera e propria unicità – del diritto penale come “diritto dei limiti” e “scienza delle garanzie” – cioè come settore dove il rapporto autorità/libertà subisce la massima torsione, rendendo cruciale il problema della legittimazione del potere. Proprio tali peculiarità esigono approcci metodologici e soluzioni peculiari²¹, e dunque impongono di adottare un precipuo modello *deontologico* e *prescrittivo* dell’interpretazione²², in quel percorso – più volte indicato dalla Corte costituzionale – volto a conferire alla decisione del giudice un “fondamento ermeneutico controllabile”²³: l’unico percorso, del resto, in grado di dare sostanza all’obbligo di motivazione del giudice previsto, come si sa, a pena di nullità della sentenza (art. 125, comma terzo, c.p.p.).

2.1. La difesa del senso letterale.

Nella prospettiva di profilare i criteri cui deve orientarsi questo necessario “test ermeneutico”, mi pare debba convintamente accogliersi – in primo luogo – il richiamo a riscoprire il ruolo dell’interpretazione letterale (art. 12 *preleggi*), ricordando la lezione di Umberto Eco e il suo incentivo ad “[...] iniziare ogni discorso sulla libertà di interpretazione da una difesa del senso letterale”²⁴; se lo si supera, è possibile che l’interpretazione sia sbagliata, è probabile che essa non sia prevedibile, ed è certo che non sia legittima.

²⁰ Al riguardo, v. AA.VV. (a cura di A. Bernardi), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015.

²¹ Lo sottolineano con vigore, autorevolmente, E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, 2004, 93 ss., 97 ss., e, più di recente, G. INSOLERA, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in IP, 2017, 3 ss.; ma v. anche i diversi contributi contenuti in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016.

²² V. di recente soprattutto M. DONINI, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 63 ss., 115 ss.; ed ancora G. INSOLERA, *Oltre il giardino*, in corso di pubblicazione in *Ind. pen.*, 2017, 3 ss.; sull’esigenza di “speciali regole interpretative” da tempo insiste anche F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, cit., 515 ss., 520 ss., più di recente ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, in AA.VV. (a cura di A. Cadoppi), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 63 ss., 68 ss..

²³ Nella posizione “debole” della Corte costituzionale sul principio di determinatezza/tassatività, infatti, l’indeterminatezza può essere censurabile solo se la disposizione non appare “interpretabile” secondo un percorso controllabile: tra le altre, sentenza n. 5 del 2004, § 2.1.

²⁴ Lo ha ricordato, di recente, D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l’interpretazione conforme a costituzione e il ruolo ‘creativo’ del giudice*, in AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Torino, 2017, 65 ss., 68, ed in molti altri lavori.

Se la soggezione alla legge è il presupposto di legittimazione di ogni attività giurisdizionale²⁵, il vincolo al “tenore letterale” e, come pure si dirà, al c.d. *narrow reading* – per mutuare l’espressione del testualismo americano²⁶ – è ancor più stringente nel contesto punitivo: del resto, l’art. 101/2 Cost. è contraltare del principio di separazione dei poteri “di cui l’art. 25, secondo comma, Cost. – sono parole della Corte costituzionale – declina una versione particolarmente rigida nella materia penale”²⁷.

Più in generale, nessuna deriva scettica – e forse nessuna *Freirechtslehre* – può giungere a sopraffare il ragionevole “significato letterale” della legge, che del resto rappresenta l’unico diaframma in grado di “smascherare” ricostruzioni analogiche²⁸. Il testo non può essere liquefatto nel contesto, o aggirato attraverso una ottimizzazione della *ratio legis*, ed ogni esperimento ermeneutico deve arrestarsi – per riprendere una felice metafora di NATALINO IRTI – ai “cancelli delle parole”, giacché in ciascuna fattispecie è possibile e doveroso rintracciare un “carapace semantico” che nessuna interpretazione può perforare²⁹, se non al prezzo di trasformarsi in “normazione alternativa” o “creazionismo giuridico”³⁰: dando vita, in definitiva, ad un surrettizio *declaratory power*, che conta in ogni stagione esempi tanto noti quanto discussi – dall’indebita soppressione ermeneutica dell’atto d’ufficio nelle fattispecie di corruzione³¹, alla creazione *extra legem* della “concussione ambientale”³², sino allo “straordinario sviluppo” del falso in bilancio³³; dalle “onde elettromagnetiche”

²⁵ V. ancora, al riguardo, il richiamo al “giuspositivismo normativo” invocato da G. INSOLERA, *Oltre il giardino*, cit., 10 ss.

²⁶ Un approccio diffuso e condiviso da diversi giudici della Suprema Corte americana – di ieri e di oggi – nella *statutory interpretation* in capo penale, ed arricchito da ulteriori canoni ermeneutici come la *rule of lenity*: al riguardo, v. ora l’interessante confronto di P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema americana*, in corso di pubblicazione.

²⁷ Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017, a margine della vicenda *Taricco*.

²⁸ Ma è istruttiva, al riguardo, la polemica tra B. Rüthers e W. Hassemer sul significato del metodo giuridico, e sull’individuazione del metodo che realizzi nel modo più fedele e traduca nella prassi giudiziaria il precetto costituzionale del vincolo alla legge: cfr. W. HASSEMER, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, 73 ss.

²⁹ G. GIOSTRA, [Intervento alla cerimonia di inaugurazione dell’anno giudiziario del distretto di Ancona](#), in *questa Rivista*, 27 gennaio 2014.

³⁰ M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, 67 ss.

³¹ Per un riesame “a freddo” della questione, nell’ottica delle vicende intertemporali, v. ora A. GARGANI, *La punizione del fatto non ancora previsto dalla legge come reato: dinamiche della tipicità tra diritto vivente e principi di garanzia*, in AA.VV., *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, cit., 263 ss.

³² “[...] una manipolazione interpretativa, un arbitrio per varie ragioni che nessuna esigenza di ordine sociale può giustificare e/o sanare”: E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, cit., 89 (ma lo schema si è presentato anche al cospetto della c.d. estorsione ambientale).

³³ N. MAZZACUVA, *Lo straordinario “sviluppo” delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale: tra legittime istanze punitive e “irrazionali” soluzioni interpretative*, in *Crit. dir.*, 1995, 283 ss. (ma anche ID., *Il falso in bilancio*, Padova, 2004, 1 ss.).

contrabbandante come “cose” ai sensi dell’art. 674 c.p.³⁴, alla “lottizzazione abusiva” per mutamento di destinazione d’uso³⁵, al concetto di “infortunio” (art. 437 c.p.) comprensivo delle “malattie professionali”, al “reato” di “elusione fiscale”³⁶, sino al “profitto” confiscabile in capo all’ente, derivante da illeciti tributari,³⁷ etc. – e che non è solo antagonismo alla legge, ma ribellione alla Costituzione; frutto di autoritarismo, in definitiva, ancorché “ben intenzionato”³⁸.

Questo, del resto, è ciò che intende anche la Corte costituzionale – e così pure la Corte di Giustizia UE – quando richiama il necessario rispetto del “chiaro ed univoco tenore letterale delle parole”³⁹: una barriera oltre la quale si aprono solo le radure della politica del diritto, cui dovrebbe sempre essere rimessa la revisione di una scelta normativa (magari) improvvida o eccessivamente asfittica rispetto alle (asserite) istanze di tutela o alle esigenze probatorie, e purtuttavia “chiara”. E la revisione legislativa è una strada obbligata – come sappiamo – da imboccare senza neppure l’ausilio della Corte costituzionale quando l’istanza di riforma percorra una direzione ampliativa del perimetro punitivo⁴⁰.

³⁴ Al riguardo, v. la vicenda giurisprudenziale ripercorsa criticamente da V. TORRE, *Tutela penale e inquinamento elettromagnetico*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI (a cura di), *Casi e materiali di diritto penale*, Milano, 2003, 201 ss., 210 ss.

³⁵ Esempio davvero calzante di analogia *in malam partem* votata ad istanze di difesa sociale: cfr., ad es., Cass., sez. III, 7 marzo-13 giugno 2008, n. 24096, in *Cass. pen.*, 2009, 666 ss., sulla quale v. la ricca nota critica di G. D’ORIA, *Sui recenti approdi della Cassazione in tema di lottizzazione abusiva*, *ivi*, 674 ss.

³⁶ Altro caso emblematico di creazionismo giuridico-penale, peraltro costruito su “una sorta di mostruosa mutazione transgenica” della interpretazione conforme a Costituzione – e all’art. 53 Cost. – assunta in chiave (non già riduttiva bensì) fondativa: così, con riferimento alla nota vicenda processuale “Dolce & Gabbana” (Cass., sez. II, 22 novembre 2011-28 febbraio 2012, n. 7739; poi rovesciata da Cass., sez. III, 24 ottobre 2014-30 ottobre 2015, n. 43809), G. FLORA, [I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, 44 ss.; analogamente, v. anche G. DE SANTIS, *Sulla rilevanza penale dell’elusione fiscale*, in *RIDPP*, 2015, 395 ss.; il problema è stato apertamente affrontato da un esplicito provvedimento legislativo, il d.l.gs. n. 128 del 2015, significativamente intitolato “*Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*”, e fortemente ridimensionato alla luce del d.lgs. n. 158 del 2015, recante una più generale “*Revisione del sistema sanzionatorio*” tributario: sul punto, di recente, A. INGRASSIA, *Ragione fiscale vs ‘illecito penale personale’*, Rimini, 2016, 91 ss. e L. PICOTTI, [Riflessi penali delle recenti riforme sull’abuso del diritto in campo tributario](#), in *questa Rivista*, 13 settembre 2017.

³⁷ “Profitto” che deve identificarsi in “qualsivoglia vantaggio patrimoniale conseguito alla consumazione del reato e può dunque consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento del tributo, interessi, sanzioni dovuti a seguito dell’accertamento del reato tributario”, secondo la nota sentenza della SS.UU., 30 gennaio 2014, Gubert, sulla quale v. le graffianti critiche – anzitutto sotto il profilo “semantico” – di F. MUCCIARELLI-C.E. PALIERO, [Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, in ptc. 7 ss.

³⁸ Secondo la felice espressione di D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *RIDPP*, 2015, 29 ss.

³⁹ V. anche A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell’età della giurisprudizione. Il ritorno del testo normativo*, in AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, 119 ss.

⁴⁰ Potendo la Corte intervenire (ma) “non mai *in malam partem*”: da ultima, Corte cost., n. 179 del 2017, § 4.6.

Sul dato letterale, e sul significato da attribuirvi, getta peraltro un primo fascio di luce l'“intenzione del legislatore” (art. 12 *preleggi*), suscettibile di essere ricostruita direttamente – con l'ausilio dei lavori preparatori – o indirettamente, per il tramite di un confronto sistematico (*ubi lex voluit dixit*)⁴¹. Anche questa, tuttavia, è spesso screditata da letture eccessivamente oggettivizzanti e “storicizzanti”, giunte persino ad affermarne che non possono “assumere alcun valore le contingenti intenzioni del legislatore di turno”⁴²; ma non mancano prove di più rigoroso ossequio al limite testuale – nella sua stretta connessione con l'*intentio legislatoris* – anche nella recente giurisprudenza di legittimità: e pur a fronte di ipotesi dove il dettato normativo era apparso – non senza ragione – “di disarticolante contraddittorietà” e l'interpretazione letterale era stata ritenuta tale da condurre ad esiti di “lampante” e “drammatica incompatibilità logica”⁴³.

⁴¹ Così, al concetto di “atto pubblico” non può essere equiparata la “copia” di un “atto pubblico”, per estendervi il regime dei reati di falso (artt. 476-479 c.p.): ben prima che in evidente contrasto con il divieto di analogia, una tale interpretazione risulta incompatibile con il significato “sistematico” – tassativo e formale – che il codice stesso conferisce alla nozione di “atto pubblico”, prevedendo una autonoma fattispecie a tutela dei falsi materiali “in copie autentiche di atti pubblici” (art. 478 c.p.): così, pur a margine di un contrasto giurisprudenziale insorto sul punto, Cass., sez. V, 9 ottobre 2014, n. 8870, che giustamente esclude la stessa applicabilità dell'art. 478 c.p. ove la copia falsificata non sia “autentica”.

⁴² Il passo è tratto da Cass., sez. V pen., 12 novembre 2015-12 gennaio 2016, n. 890, rel. Bruno, tra le prime ad affermare il perdurante rilievo penale delle valutazioni estimative al cospetto della riformulazione delle fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621-2622 c.c.), peraltro anticipando un approdo che – dopo un vertiginoso conflitto sincronico di giurisprudenza, e notevole dibattito dottrinale – ha trovato poi il conforto delle Sezioni Unite [SS.UU., 31 marzo-27 maggio 2016, n. 22474: al riguardo, da ultimo, A. MANNA, *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali (tra law in the books and law in action): cronaca di una discutibile riforma (art. 2621-2622 c.c.)*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2017, 5 ss.].

⁴³ Sono parole tratte da Cass., sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, rel. Blaiotta-Montagni, sulla recente riforma in tema di responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, l. n. 24 del 2017: tale decisione, mossa da un'urgenza di conferire ragionevolezza alla nuova normativa, “nel tentativo di ricomporre i frammenti della disciplina [...]” ha prospettato una interpretazione del nuovo art. 590-sexies c.p. alla luce del riferimento all'art. 2236 c.c., ritenendo che tale principio – che assegna rilevanza *soltanto* alla colpa grave – possa “trovare applicazione in ambito penalistico come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà”: sulla decisione, C. CUPELLI, [La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linea guida sì, ma con giudizio](#), in questa Rivista, fasc. 6/2017, p. 280 ss.; sulla soluzione interpretativa prospettata dalla Cassazione v. anche le riflessioni critiche di M. CAPUTO, *Promossa con riserva. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene rimandata a settembre per i decreti attuativi*, in RIML, 2017, 724 ss.; inoltre, G.M. CALETTI-M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 1369 ss., 1376 ss.); più di recente, tuttavia, la stessa Sezione IV, ha poi seguito una diversa lettura, deliberatamente più ossequiosa alla lettera della legge (suggerita in dottrina ad es. da M. CAPUTO, *Promossa con riserva*, cit.) ritenendo impertinenti i dubbi di ragionevolezza [Cass., 19-31 ottobre 2017, n. 50078, est. Piccialli], la quale – in una ipotesi di ritenuta “imperizia grave” – ha affermato il principio secondo il quale “Il secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. [...] prevede una causa di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso), nel solo caso di imperizia, *indipendentemente dal grado della colpa*, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta imperita nell'applicazione delle stesse”]; e la questione, come previsto, è stata rimessa “d'ufficio” dal Presidente

2.2. Onestà intellettuale del giudicante e “approccio antianalogico” (in dubio pro analogia et abstine).

Certo, nessuno nasconde che anche il testo apparentemente più rigoroso offre margini ineliminabili di escursione ermeneutica – ovvero, come suole ripetere la Corte EDU, “*an inevitable element of judicial interpretation*” –, prestandosi a divergenti vettori interpretativi più o meno ideologicamente connotati⁴⁴, che del resto sono emblemizzati dai frequenti casi di “contrasto giurisprudenziale sincronico”⁴⁵; ma in materia penale ogni “zona grigia” – ogni “*penumbra of meaning*” – dovrebbe essere esplorata e sorvegliata con “approccio antianalogico”, prediligendo cioè una interpretazione “stretta”, secondo una direttiva – per *naïve* che possa apparire – ormai indicata (non solo da autorevole dottrina ma) da Corti e codici⁴⁶, e che del resto è

della Sezione Quarta alla valutazione delle Sezioni Unite, che – per quanto si apprende nell’informazione provvisoria del 21 dicembre 2017 - hanno optato per una “terza via” interpretativa, articolata in specifiche ipotesi (sul punto, v. C. CUPELLI, [La legge Gelli-Bianco nell’interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l’art. 2236 c.c.](#), in questa Rivista, fasc. 12/2017, p. 135 ss.).

⁴⁴ Del resto – come si è rilevato – “[...] appare difficile non convenire sul fatto che l’ideologia costituisca il principale motore della differenza di interpretazione”, secondo, cioè, una “[i]deologia intesa non solo come concezione del mondo (*Weltanschauung*), ma anche come concezione dell’atto interpretativo”: E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, cit., 86.

⁴⁵ Spesso all’interno della stessa sezione della Cassazione, come accaduto per la vicenda della perdurante rilevanza penale delle valutazioni di bilancio, ovvero in una recente ipotesi di maternità surrogata, poi risolto con l’applicazione dell’art. 5 c.p.: Cass., sez. V, 10 marzo-5 aprile 2016, n. 13525, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1085 ss., con nota di A. MADEO, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*.

⁴⁶ Il richiamo ad un criterio di interpretazione “stretta”, per pragmatico che sia, è costante nella consolidata giurisprudenza della Corte europea, che non si limita solo a bandire forme di applicazione analogica della norma penale, ma esclude che la stessa interpretazione estensiva sia compatibile con le istanze di legalità convenzionale, e con un approccio volto ad assicurare alla garanzia dell’art. 7 CEDU (*Nullum crimen sine lege*) una protezione “effettiva e concreta” e non “teorica ed illusoria” (cfr., tra le altre, Corte EDU, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, § 52, e 22 novembre 1995, *S.W./Regno Unito e C.R./Regno Unito*, § 33; Corte EDU, *Protopapa c. Turchia*, 24 febbraio 2009, § 93, e *Schummer c. Germania*, 13 gennaio 2011, § 64; da ultimo, Corte EDU, 17 ottobre 2017, *Navalnyy c. Russia*, 54 ss.); anche taluni tribunali costituzionali considerano inammissibile l’interpretazione estensiva in materia penale, e così pure taluni legislatori: significativo che l’art. 111-4 del codice penale francese (1994) preveda che “*la loi pénale est d’interprétation stricte*”, e che l’art. 4 del codice penale spagnolo (1995) preveda che “*Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*”, suffragato da una giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* che afferma, in materia penale, non solo il divieto di analogia ma anche il divieto di interpretazione estensiva (v. ad es., F. J. EZQUIAGA GANUZAS, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, 1999); la stessa giurisprudenza della Corte suprema americana registra prese di posizioni importanti – non solo di *Justice Scalia* – a favore del c.d. *narrow reading* e del canone ermeneutico della *rule of lenity* (sul punto, P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch*, cit.); in dottrina, tra le diverse voci a favore di una necessaria “interpretazione restrittiva” in materia penale, si veda già l’incisiva posizione di E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, cit., 11 ss., sottolineando “il significato culturale del divieto di interpretazione estensiva”, anche alla luce di istruttivi riferimenti comparatistici, normativi e giurisprudenziali; altresì, M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 713; G. COCCO, *Verso una Cassazione Supreme Court? Un parere contrario, la conferma della soggezione del giudice alla legge e una riforma possibile*, in

l'unica congeniale all'istanza di frammentarietà e al principio "*in dubio pro libertate*": un principio di cui la tassatività è appunto guarentigia⁴⁷, e che, nei casi incerti, impone al giudice di propendere per l'analogia ed astenersi dal percorrerla (*in dubio pro analogia et abstine*)⁴⁸.

Questo approccio, per esemplificare con ipotesi tratti dalla discussione recente, al cospetto del reato di "*Detenzione di materiale pedopornografico*" (art. 600-*quater* c.p.) non consentiva di ricondurre al concetto di "minore di anni diciotto" l'ipotesi del minore *apparente* e del minore *immaginario*, perché questa avrebbe significato accettare una lettura del tipo legale ai confini con l'analogia (e forse ben oltre, se è stato necessario l'intervento del legislatore per ricomprendere nel perimetro punitivo l'ipotesi di "*Pornografia virtuale*", con l'art. 600-*quater* 1 c.p.)⁴⁹; né di ricondurre al concetto di "embrione" le "cellule staminali derivanti da embrioni", per estendere a chi ne faccia oggetto di ricerca il relativo divieto penale⁵⁰; e un medesimo, condivisibile approccio ermeneutico non ha consentito di ravvisare l'aggravante di cui all'art. 80, co. 1, lett. g), d.p.r. n. 309 del 1990, nei casi di spaccio in zona universitaria, non essendo l'università riconducibile al novero delle "scuole di ogni ordine e grado" né a quella delle "comunità giovanili" in base ad una interpretazione "stretta" (avvalorata da agganci costituzionali) di tali nozioni⁵¹, né di ricondurre al reato di "millantato credito"

AA.VV. (a cura di A. Cadoppi), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 337 ss., 342; M. MELONI, *Interpretazione e valore del precedente*, in G. COCCO-E.M. AMBROSETTI (a cura di), *La legge penale*, Padova, 2016, 103.

⁴⁷ O persino la sua "*ratio*": S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 155 (che pur manifestano perplessità al cospetto del criterio dell'interpretazione stretta: p. 157).

⁴⁸ Sulla preferenza da accordarsi all'analogia, in casi di dubbio (*in dubio pro analogia*), M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 113 s., pur favorevole all'interpretazione estensiva.

⁴⁹ Prima della apposita novella legislativa (l'art. 600 *quater* 1 c.p., inserito dall'art. 4 della l. n. 38 del 2006), a sostegno dell'ammissibilità dell'interpretazione conforme orientata alla normativa comunitaria (Decisione quadro 2004/68/GAI), in quanto meramente estensiva e non analogica, ad es., F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in DPP, 2005, 1433 ss., 1439 (e ID., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, a cura di P. Corso-E. Zanetti, Piacenza, 2010, 617 ss., 668 ss.); per una critica, cfr., volendo, già V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.; peraltro, sul punto un argine ulteriore avrebbe dovuto ricavarsi anche dal principio di offensività, come condivisibilmente evidenziato da C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 304 ss.; del resto, la stessa fattispecie di cui all'attuale art. 600 *quater* 1 c.p. ha suscitato comunque aspre critiche e sollecitato la dottrina più sensibile ai principi liberali (e segnatamente al principio di offensività) a proporre letture condivisibilmente restrittive (si veda, in particolare, G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in RIDPP, 2006, 863 ss., 871 ss.).

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 13, co. 1, 4 e 5, l. n. 40 del 2004, che vieta appunto sotto minaccia di pena "qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano": sul punto, ravvisando un caso di analogia *in malam partem*, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 72.

⁵¹ L'esempio è tratto da una discussa decisione del G.i.p. Bologna, ord. 17 novembre 2016, dott. L. Magliaro, in *questa Rivista*, con nota di F. FASANI, [Lettera e ratio dell'aggravante di cui all'art. 80, co. 1, lett. g\) D.P.R. 309/1990. Lo spaccio in università al vaglio della giurisprudenza di merito](#), ivi, fasc. 1/2017, p. 227 ss.; la sentenza è stata peraltro confermata, pur in base a diversa motivazione, da Cass., sez. VI, 14 febbraio-1 giugno 2017, n. 27458.

– piuttosto che al diverso e meno grave reato di “Traffico di influenze illecite” (art. 346 *bis* c.p.) – le ipotesi in cui la relazione “sfruttata” per ottenere vantaggi indebiti fosse effettivamente “esistente”⁵².

Breve: il principio di tassatività come canone rivolto anche al giudice interpella anzitutto la sua onestà intellettuale, e rovesciando l’ammonimento biblico lo impegna a lacerarsi il cuore, piuttosto che le vesti. E se è vero che nessun giudice ammette di interpretare analogicamente o creativamente – neppure le (poche) corti di *common law* che avrebbero il potere di farlo⁵³ – è vero anche che l’“interprete-baro”, che più o meno consapevolmente cede alla tentazione di “piegare il diritto” alla bisogna, sfida oggi un divieto (di analogia come di interpretazione estensiva) che la giurisprudenza di Strasburgo – prima e dopo la sentenza *Contrada* – ha reso “meno imperfetto”⁵⁴, con possibili conseguenze sulla stessa equità processuale⁵⁵.

2.3. Interpretazione “tassativizzante e tipizzante”.

Al di là dei fisiologici adattamenti ermeneutici, è vero pure che ci sono casi dove la lettera della legge è non solo obiettivamente plurivoca, ma volutamente lasca (affidata a “clausole generali”, definizioni tautologiche⁵⁶, concetti vaghi o indeterminati, o veri e propri *Ventilbegriffe*)⁵⁷, o persino ambigua e fuorviante, sino a ipotesi in cui il dettato normativo “suscita alti dubbi interpretativi, a prima vista irresolubili”⁵⁸.

⁵² Così, condivisibilmente, Cass., sez. VI, 27 settembre-23 novembre 2017, n. 53332, e già Cass., sez. VI, 28 aprile 2017, Rv. 270607.

⁵³ Come ricorda A. CADOPPI, *Presentazione*, cit., 9, “Persino la *High Court of Judiciary* scozzese, pur avendo il potere di creare nuove fattispecie, non ha mai esplicitamente ammesso di farlo, sostenendo invece di “dichiarare” un reato già esistente nella *common law*”; del resto, si rileva di frequente, “l’analogia tende a presentarsi all’autocomprensione del giudice come interpretazione estensiva” (M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica*, cit., 711).

⁵⁴ *Infra*, § 3.1; sul “tradizionale” difetto di giustiziabilità del divieto di analogia, da sempre apparso come *lex imperfecta*, v. ad es. M. DONINI, *L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Per una progressione “legale”, prima che “giurisprudenziale”, dei principi di offensività e sussidiarietà*, in ID., *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 68 ss., 101 ss.

⁵⁵ Si veda, al riguardo, la recente decisione Corte EDU, 17 ottobre 2017, *Navalnyy c. Russia*, § 81 ss., che al fianco della violazione dell’art. 7 ha riconosciuto anche la violazione dell’art. 6/1 CEDU, ritenendo che la mancanza di aderenza del giudizio a taluni elementi costitutivi del reato ha avuto come esito che “*the decision reached by the domestic courts in the applicants’ criminal case were arbitrary and manifestly unreasonable*”.

⁵⁶ Si pensi al concetto di “incaricato di pubblico servizio” (art. 358 c.p.), dominio incontrastato del *Richterrecht*.

⁵⁷ Sul punto, D. CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen sine lege”*. *Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in LP, 2017, 12 ss.

⁵⁸ Sono ancora parole di Cass., sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, cit. (sulla quale v. *retro*, nota 43).

Anche qui, gli esempi spaziano dalla parte generale (a partire dall'art. 110 c.p., o dall'art. 40 cpv. c.p., ovvero dalla "combinazione e interferenza" delle due clausole⁵⁹) alla parte speciale, con formulazioni più o meno esposte alle intemperie ermeneutiche volta a volta *à la page*.

In tali casi, e più in generale in ogni ipotesi dove le venature interpretative sono tanto marcate da compromettere la solidità del "tipo", trasformandolo in un semi-lavorato a necessario completamento giurisprudenziale⁶⁰, il primo criterio deve essere quello orientato ad offrire – per usare le parole di una lucida decisione delle Sezioni Unite, sulla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e la violazione delle prescrizioni⁶¹ – una interpretazione "tassativizzante" e "tipizzante", che conduca ad una precisazione del perimetro di tipicità in una prospettiva costituzionalmente compatibile⁶².

Una decisione massimamente emblematica di questo approccio è quella che ha avuto ad oggetto l'aggravante dell'"ingente quantità" di cui all'art. 80 del d.P.R. n. 309 del 1990, giunta a fissare *praeter legem* una soglia quantitativa per indirizzare orientamenti giurisprudenziali profondamente (ed anche territorialmente) divergenti⁶³. Su basi argomentative analoghe, la già citata, accorta decisione delle Sezioni Unite, in materia di misure di prevenzione, è giunta (persino) ad escludere che l'inosservanza delle prescrizioni generiche di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi", da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, possa integrare la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, perché il contenuto di tali prescrizioni, "amplissimo e indefinito, non è in grado di

⁵⁹ Se il concorso di persone è da sempre annoverato tra gli esempi più marcati di indeterminatezza, l'art. 40 cpv. non è da meno, posto che la regolamentazione attuale dei reati omissivi impropri rappresenta "[...] uno dei casi più clamorosi di creazione giudiziale delle fattispecie penali": M. ROMANO, sub Art. 40, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 392, n. 81; sull'interazione tra le due clausole di incriminazione suppletiva, anche nella prospettiva della determinatezza, v. il "classico" studio di L. RISICATO, *Combinazione e interferenza tra forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, 56 ss., 376 ss., 461 ss.

⁶⁰ "La più eloquente riprova del parziale fallimento della garanzia democratica della riserva di legge nel contesto attuale", come rileva G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 124.

⁶¹ Cass., SS.UU., 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076, rel. Fidelbo, in *questa Rivista*, con nota di G. BIONDI, [Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75 comma 2, D. lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa](#), ivi, fasc. 10/2017, p. 163 ss., che fa seguito alla sentenza della Corte EDU, GC, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia* (sulla quale v. V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1039 ss.).

⁶² Sul criterio dell'interpretazione tassativizzante, volta a prediligere "quella implicante il maggior grado di determinatezza concettuale e, soprattutto, la più sicura verificabilità processuale", cfr. anche F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 68 s.; analogamente, A. CADOPPI, *Presentazione*, cit., 18.

⁶³ SS.UU., 24 maggio 2012, n. 36258, est. Fumo, in *Dir. pen. cont.*, con nota di M. PELAZZA, *"Ingente quantità" di stupefacenti: le Sezioni Unite accolgono il "criterio ponderale"*, ivi, 23 settembre 2012, secondo la quale l'aggravante dell'ingente quantità non è di norma ravvisabile quando la quantità sia inferiore a 2.000 volte il massimo, in milligrammi (valore-soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, ferma restando la valutazione discrezionale del giudice di merito, ove tale quantità sia superata.

orientare il comportamento sociale richiesto”, finendo con l’attribuire “uno spazio di incontrollabile discrezionalità al giudice”⁶⁴.

Ma l’obiettivo di assicurare prevedibilità può essere percorso anche senza arrivare a soluzioni tanto *tranchant*: esso impone di adottare l’interpretazione capace di ispessire il coefficiente di tassatività agganciandola a contrassegni normativi dal profilo più marcato o a referenti empirici affidabili. Come nell’esempio – proposto in dottrina – della nozione di atti sessuali (art. 609 *bis* c.p.), dove al cospetto dell’alternativa tra la tesi “contestuale-relazionale” (che prescinde dalle parti del corpo su cui cade l’atto di possibile natura sessuale) e la tesi “anatomico-culturale” (in base alla quale dovrebbe essere considerato “sessuale” solo l’atto che attinge certe parti del corpo) dovrebbe propendersi decisamente per quest’ultima, giacché la prima, pur garantendo maggiori prestazioni punitive, “estende a dismisura l’ampiezza della fattispecie, che diviene praticamente in conoscibile *ex ante* dal comune cittadino”⁶⁵. Così pure, nell’interpretazione di concetti extrapenalistici polimorfi come la nozione di “pubblico servizio” (art. 358 c.p.) o di “conflitto di interessi” (art. 323 c.p.), lo sforzo di tipizzazione dovrebbe condurre a declinarli muovendo dall’universo extrapenale cui si riferiscono, così come dalla particolare istanza di tutela che giustifica l’intervento penale e dalla logica di sussidiarietà che lo impegna: rifuggendo, nel primo caso, a ricostruzioni ontologizzanti e come tali puramente intuitive⁶⁶, e nel secondo a ricostruzioni astratte e onnivore che vedano nella compresenza di un qualsiasi generico interesse una “distorsione funzionale del potere” penalmente apprezzabile.

Un simile, doveroso approccio appare funzionale non solo ad assicurare prestazioni orientative alla “tipicità”, ma a guidare lo stesso giudizio di colpevolezza, che in assenza della prima perde ogni referente ed ogni contenuto – visto che senza un *Tabestand* non vi può essere neppure uno *Schuldtatbestand* –, riducendosi a semplice “rimprovero”, se non a mera “colpa d’autore”.

Un approccio – sia detto solo per inciso – sotto entrambi i profili doveroso, a valle, anche per dar corpo – come si è accennato – all’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 125, comma terzo, c.p.p.), che altrimenti sarebbe tanto “libera” da potersi assimilare ad una mera “motivazione apparente”.

⁶⁴ Cass., SS.UU., 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076, cit., § 9.

⁶⁵ Così ancora A. CADOPPI, *Presentazione*, cit., 18.

⁶⁶ Proprio alla luce di una disamina della dottrina amministrativistica, all’esito dei processi di privatizzazione e liberalizzazione di molte attività riconducibili al novero dei “servizi di interesse generale”, e di un doveroso sforzo di tipizzazione di una nozione ormai ridotta – nei tracciati giurisprudenziali – ad un “*legal black hole*”, si è cercato di offrire una lettura aggiornata del “servizio pubblico” agli effetti della legge penale: cfr. V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L’impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010, in ptc. 150 ss., 178 ss., 194 ss., 199 ss.; tale tesi è stata discussa ed approfondita nel lucido saggio di A. VALLINI, *La nozione di “incaricato di pubblico servizio” e l’odierna realtà dei servizi di interesse generale*, in Cass. pen., 2012, 4293 ss., che ne ha arricchito la portata anche con penetranti osservazioni critiche; al riguardo, si veda anche ID., *Le qualifiche soggettive*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale*, Parte speciale, II, Napoli, 2011, 729 ss.

Come è ovvio, peraltro, gli esempi di letture “tassativizzanti” possono moltiplicarsi, e la più o meno marcata campitura dello spazio concesso dalla *littera legis* alimentare letture progressivamente divergenti⁶⁷, che possono – e devono – essere ridotte alla luce di criteri ulteriori, via via idonei a stringere il *focus* del “tipo” mettendo in luce l’offesa significativa che giustifica la minaccia penale.

2.4. Alcune direttrici dell’interpretazione “tipizzante”: i principi di offensività e proporzione.

In altri termini, seguire una prospettiva attenta alle specificità del diritto penale impone di procedere secondo una approssimazione a più stadi, e di prediligere una interpretazione non solo “antianalogica” ma ulteriormente “tassativizzante” e “tipizzante”, le cui fondamentali direttrici possono trarsi dagli ulteriori principi-limite che contraddistinguono il penale come *ius exceptum*: il *principio di offensività*, che un roccioso orientamento della Corte costituzionale riconosce come “canone ermeneutico universalmente accettato”⁶⁸ ma anche il *principio di proporzione*, che la stessa Corte ha ormai affermato come principio autonomo (ed indipendente da geometrie comparative)⁶⁹, e che come tutti i principi può operare – deve operare – anzitutto come criterio interpretativo, quale riflesso di un più generale canone di “saggezza pratica e buon senso [...] nell’esercizio dell’*ars interpretandi*”⁷⁰.

Tali principi operano in stretta sinergia e concorrono nella direzione di una “riduzione teleologica della fattispecie”⁷¹: una “riduzione”, cioè, volta ad avvicinare al “tipo comportamentale” (*Verhaltenstypus*) il “tipo di lesione valoriale” (*Wertverletzungstypus*) ad esso sotteso.

Solo poche notazioni, al riguardo.

⁶⁷ Ne è un esempio il citato, recente conflitto sincronico ingeneratosi in seno alla sezione IV della Cassazione, sulla recente riforma della responsabilità medica (c.d. legge “Gelli-Bianco”, n. 24 del 2017), verosimilmente destinato a chiamare in causa le Sezioni Unite.

⁶⁸ Da ultimo, Corte cost. n. 172 del 2014, sul reato di *stalking*.

⁶⁹ Corte cost. n. 236 del 2016, in *Giur. cost.*, 2016, 2092 ss.

⁷⁰ Sono parole del Primo presidente CANZIO, nella *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2015*, Roma, 2016, p. 23: “[...] l’insostituibile opera del giudice pretende rigore metodologico, rispetto dei canoni di gradualità, proporzionalità, adeguatezza nella conformazione del dato normativo alla concretezza dei casi: cioè, saggezza pratica e buon senso – la *wisdom* anglosassone – nell’esercizio dell’*ars interpretandi*”.

⁷¹ Ne è un esempio la recente sentenza delle SS.UU., 29 maggio-24 luglio 2014, n. 3293, Sinigaglia, in *questa Rivista*, con nota di M.C. UBIALI, [Le Sezioni Unite sulla violazione dell’obbligo, per il sorvegliato speciale, di esibire la carta di permanenza](#), ivi, 18 settembre 2014, che – prima della più volte citata sentenza Paternò (SS.UU., 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076, cit.) – aveva limitato l’area delle violazioni rilevanti ai fini del delitto di cui all’art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 a quelle che si risolvono “nella vanificazione sostanziale della misura imposta”, risultando espressive di una “effettiva volontà di ribellione all’obbligo o al divieto di soggiorno”, appunto in applicazione dei principi di offensività e di proporzione quali criteri ermeneutici, valevoli ad escludere la possibilità di “equiparare, in una omologante indifferenza valutativa, ogni e qualsiasi *défaillance* comportamentale, anche se ascrivibile a un soggetto qualitativamente pericoloso” (come nel caso di specie, ove la asserita violazione concerneva la mancata esibizione della carta precettiva).

2.4.1. L'offensività di livello ermeneutico (e le sue insidie).

Per assicurare prestazioni effettivamente “tipizzanti” – ed una apprezzabile “riduzione teleologica” del tipo legale – l'offensività di livello ermeneutico⁷² deve schivare le “tecniche di aggiramento” – e le manipolazioni concettuali – a cui tale principio è costantemente esposto⁷³, evitando le sabbie mobili di “beni giuridici vaghi o indeterminati”, o dubbie ricostruzioni in chiave di plurioffensività, ovvero ancora declinazioni del referente di tutela su oggettività strumentali che trasformino il “bene protetto” in un “travestimento formale della tipicità”, neutralizzando ogni possibile prestazione selettiva: come quando si appiattisce l'oggetto di tutela dei reati “autorizzativi” in materia di beni culturali (d.lgs. n. 42 del 2004) sulla (mera) “funzione di controllo dell'amministrazione”, per considerare punibili anche interventi (non autorizzati) inespressivi di alcuna offesa per il bene-fine “patrimonio culturale” (art. 9 Cost.)⁷⁴; ovvero quando – sulla scia di chiare istanze di “supplenza giudiziaria” – si identifica l'interesse protetto dal reato di lottizzazione abusiva [art. 44, lett. c), d.P.R. n. 380 del 2001) nell'“ordinato assetto del territorio”, da intendersi come “sviluppo edilizio conforme alle prescrizioni urbanistiche”, per ricomprendervi anche il “mutamento di destinazione d'uso” meramente “funzionale” del complesso immobiliare, con conseguente applicazione dei pertinenti strumenti ablativi⁷⁵.

⁷² Sul punto, di recente, D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato* (principio di), *Enc. dir. – Annali*, VIII, 2015, 665 ss., 677 ss.

⁷³ Sul punto, volendo, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 79 ss., 84 ss..

⁷⁴ Viceversa, una lettura orientata ad una ricostruzione più pregnante dell'offensività arriva ad estromettere dall'area di tipicità condotte che non presentino una “pur minima possibilità di *vulnus*” per il bene-fine: così, ad es., con riferimento al reato di “esecuzione abusiva di opere” (art. 11 e 59 della l. n. 1089 del 1939, ora prevista dall'art. 169 del d.lgs. n. 42 del 2004), Cass., sez. III, 26 novembre 1999, Gajo, in *Cass. pen.*, 2001, 265 ss., e in *Dir. pen. proc.*, 2000, 723, secondo la quale per la configurabilità del reato “occorre un minimo di idoneità offensiva della condotta posta in essere, ossia che tale condotta sia in concreto idonea a ledere il bene giuridico tutelato dalla norma, e quindi a incidere sulla integrità del bene immobile a interesse storico-artistico, nel senso della diminuzione del godimento estetico complessivo”, e che – conseguentemente – ha ritenuto priva del “minimo di idoneità offensiva” l'apertura non autorizzata di due piccole nicchie per l'installazione di una centralina ENEL nel muro di cinta di un immobile sottoposto a vincolo storico-artistico; analogamente, Cass., sez. III, 2 maggio 2001, Pinarello, in *Cass. pen.*, 2002, 3851 ss., con nota di P. TANDA, relativamente a un caso in cui l'installazione di un esaltatore, in considerazione della sua sostanziale modestissima incidenza, non solo non aveva alterato l'immobile vincolato, ma neppure era potenzialmente idonea ad alterarlo.

⁷⁵ Così l'orientamento giurisprudenziale giunto a ricondurre alla fattispecie di lottizzazione abusiva anche le ipotesi di mutamento di destinazione d'uso (i.e.: tra categorie funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico) di complessi immobiliari, già esistenti o in corso di realizzazione, assentiti come strutture turistico-alberghiere ma di fatto destinati, per effetto del loro preventivo frazionamento (e contestuale o successiva vendita) in singole unità immobiliari, ad uso civile di abitazione (i cc.dd. “falsi alberghi”): orientamento inaugurato da Cass., sez. III, 2 marzo 2004, Repino, e confermato dalla citata Cass., sez. III, 7 marzo-13 giugno 2008, n. 24096; sul punto, anche per opportuni rilievi critici, v. ancora G. D'ORIA, *Sui recenti approdi della Cassazione in tema di lottizzazione abusiva*, cit., 678 ss.

Più in generale, i processi di “smaterializzazione” e “spiritualizzazione” del bene giuridico – o la sua gravitazione verso orbite lontane da sicuri agganci costituzionali – manifestano tutta la loro carica iatrogena anzitutto in sede interpretativa, con l’effetto di trasformare anche fattispecie dai contorni “*hard edge*” in “reati ubiquitari”, privandoli di un nucleo offensivo capace di polarizzare la lettura dei singoli elementi del tipo e di assicurare stabilità interpretativa, ed abbandonandoli, così, ad ogni eccedenza punitiva⁷⁶.

Viceversa, è noto quanto l’aggancio ad una “offensività pregnante” possa controbilanciare anche marcati difetti di tassatività, secondo sequenze argomentative che trovano ampio riscontro nei tracciati della giurisprudenza costituzionale⁷⁷, con un *refrain* che sugella spesso declaratorie di infondatezza del lamentato contrasto con l’art. 25/2 Cost (da ultimo, in materia di *stalking*)⁷⁸.

⁷⁶ Del resto “nella giurisprudenza l’argomento dell’offensività gioca a sostegno di applicazioni sia restrittive che estensive”, come rileva ancora D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato*, cit., 678, richiamando i vari orientamenti in tema di stupefacenti, aventi ad oggetto da un lato la cessione di dose priva di efficacia drogante (Cass., SS.UU., 24 giugno 1998, Kreml, in Cass. pen., 1998, 3232 ss.), dall’altro la questione della coltivazione domestica (Cass., SS.UU., 24 aprile 2008, n. 28605, in Cass. pen., 2008, 4503 ss.).

⁷⁷ Scanditi, in particolare, da sentenze interpretative di rigetto: emblematica Corte cost., n. 263 del 2000, sul reato di “violata consegna” (art. 120 c.p.m.p.), che ha rigettato la questione identificando il bene giuridico tutelato non nella mera “disciplina militare” (che pur era stata in precedenza riconosciuto come “bene giuridico degno di tutela”: Corte cost., sentenza n. 24 del 1989), bensì ne “la funzionalità e l’efficienza di servizi determinati, che il legislatore ha inteso garantire rendendone rigide e tassative le modalità di esecuzione del militare comandato”, interesse ravvisato come di sicuro rilievo costituzionale (art. 52 Cost.); ed ancor più la sentenza n. 519 del 2000, sugli artt. 182 c.p.m.p. (“Attività sediziosa”) e 183 c.p.m.p. (“Manifestazioni e grida sediziose”), che ha rigettato le questioni offrendo una interpretazione dell’aggettivo “sedizioso” tale da farvi rientrare – sia in relazione alle “manifestazioni e grida”, sia in relazione alle “attività” – solo quelle condotte “idonee a suscitare reazioni violente e sovvertitrici dell’ordine e della disciplina militare (con esclusione di quelle forme di malcontento, protesta, critica e dissenso prive di carica destabilizzante e di rivolta, e, quindi, rientranti nell’esercizio di manifestare liberamente il proprio pensiero), facendo leva – in particolare – su una pregnante ricostruzione dell’oggettività giuridica, ravvisata nel mantenimento della disciplina militare, intesa non già come valore “fine a se stesso”, bensì quale “fattore essenziale alle esigenze di coesione, di efficienza e di funzionalità delle forze armate”; sul punto, con ulteriori richiami giurisprudenziali, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 237 ss.

⁷⁸ Corte cost., n. 172 del 2014, sulla quale v. A. VALSECCHI, [La Corte costituzionale fornisce alcune importanti coordinate per un’interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di stalking](#), in *questa Rivista*, 23 giugno 2014, anche per il rilievo generale in base al quale il ricorso ad una enunciazione sintetica – quale appunto quella prescelta per la formulazione del reato di cui all’art. 612 bis c.p. – “[...] non comporta, di per sé, un vizio di indeterminatezza, purché attraverso l’interpretazione integrata, sistemica e teleologica, si pervenga alla individuazione di un significato chiaro, intellegibile e preciso dell’enunciato” (§ 4.2), e per il consueto inciso di chiusura in base al quale “deve rammentarsi come spetti al giudice ricostruire e circoscrivere l’area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività, che per giurisprudenza costante di questa Corte costituisce canone interpretativo unanimemente accettato” (§ 5).

2.4.2. Proporzione come criterio-guida per calibrare la tipicità in ragione della gravità edittale.

Per quanto concerne, poi, il principio di proporzione, esso in primo luogo impone la ricerca di un equilibrio tra tipicità e cornice edittale tesa a registrare la soglia di ingresso della condotta penalmente rilevante alla luce della gravità della pena, identificando – più in particolare – un coefficiente di disvalore minimo del fatto tipico proporzionato, appunto, alla tariffa punitiva, dove il punto di riferimento essenziale è offerto, anzitutto, dal minimo edittale⁷⁹.

Così, se nella fattispecie di “*Induzione indebita a dare o promettere utilità*” (art. 319 *quater* c.p.) la pena detentiva prevista – di gravità draconiana – contempla un minimo di 6 anni (ed un massimo di 10 anni e 6 mesi), la condotta penalmente rilevante dovrà polarizzarsi attorno ad un *abuso di potere effettivo* (e non solo su un abuso potenziale, o una mero “uso della qualità” rivestita, o su comportamenti censurabili dal punto di vista deontologico o disciplinare), sostanziato da una richiesta perentoria, ripetuta o insistente, comunque *concretamente condizionante* la dazione (o promessa) indebita corrisposta dal privato (dal “correoindotto”), in vista di un vantaggio indebito oggetto di una prospettazione (quanto meno implicita) da parte dell’*intraneus* - in stretta connessione con l’abuso della qualità e dei poteri - e consapevolmente atteso e perseguito dall’*extraneus*⁸⁰, che conduce quest’ultimo a cedere all’abuso induttivo del pubblico agente⁸¹; di modo che il reato si strutturi, in definitiva, su di un coefficiente di offensività congeniale e proporzionato alla gravità sanzionatoria (da verificarsi necessariamente anche in sede di colpevolezza), come tale capace di limitare la sovraestensione del tipo legale (c.d. *overbreadth*), con un discorso peraltro estensibile a vari reati “ad ampio spettro” oggi ricompresi nello statuto penale della P.A.

⁷⁹ In posizione prossima, ad es., D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 134, secondo il quale “[l]a severità della pena è indice della valutazione di gravità del reato operata dal legislatore, in assoluto e in rapporto ad altri tipi di reato: ciò ragionevolmente orienta l’interpretazione in senso più restrittivo, quando si tratta di ricostruire un tipo di fatto che, in ragione della pena prevista, deve essere connotato da un maggior connotato offensivo”.

⁸⁰ V. già, al riguardo, la nota pronuncia delle SS.UU., 24 ottobre 2013, Maldera, la quale ha evidenziato che il “vantaggio indebito” dell’*extraneus* (elemento costitutivo implicito “della condotta induttiva”) deve essere apprezzato “con approccio oggettivistico, il quale, però, deve necessariamente coniugarsi con la valutazione della sua proiezione [...] nella sfera conoscitiva e volitiva delle parti; l’accertamento cioè non può prescindere dalla verifica del necessario intreccio tra gli elementi oggettivi di prospettazione e quelli soggettivi di percezione per evitare che la prova si fondi su meri dati presuntivi”.

⁸¹ V. ancora SS.UU., 24 ottobre 2013, Maldera, secondo la quale “nel percorrere una linea ermeneutica costituzionalmente orientata, è necessario farsi guidare dall’esigenza, imposta dall’art. 27 Cost., co. 1, di giustificare la punibilità del privato per il disvalore insito della condotta posta in essere, disvalore ravvisabile, più che nella mancata resistenza all’abuso esercitato dal pubblico agente (...), soprattutto nel fatto di avere approfittato dell’abuso esercitato dal pubblico agente, per perseguire un proprio vantaggio ingiusto”.

(emblematicamente, la “Corruzione per l’esercizio della funzione”, di cui all’art. 318 c.p.)⁸².

Il rapporto di simmetria che deve instaurarsi tra tipicità e spessore delle conseguenze sanzionatorie può ovviamente rappresentare un utile argine ermeneutico anche su altri versanti, come emblematicamente al cospetto del tormentato concetto di *profitto* assoggettabile a confisca: in particolare, il principio di proporzione impedisce di applicare la confisca per equivalente a fronte di una ipotesi di corruzione integrata dalla sola *promessa* di denaro – ove cioè questa non sia seguita dalla *dazione* – giacché altrimenti l’adozione del provvedimento ablatorio verrebbe a derivare da una “forzata esegesi della norma” dell’art. 322 *ter* c.p., come tale irrispettosa del principio di determinatezza, e tale da produrre un “ingiustificato effetto afflittivo, in quanto sanzione sproporzionata rispetto alla *ratio* della disposizione”⁸³; ed argomentazioni analoghe conducono – nel caso di concorso di persone nel reato – a commisurare l’entità della confisca di valore alla quota di prezzo o profitto attribuibile a ciascun concorrente (non potendo dunque incidere ciascuno dei concorrenti per l’intero ammontare del profitto, indipendentemente dal fatto che questi l’abbia in concreto integralmente conseguito)⁸⁴.

2.4.3. Proporzione come criterio-limite alla sovraestensione del tipo legale (e del *chilling effect*).

In secondo luogo, interpretazione orientata al principio di proporzione (o proporzionalità, *lato sensu* intesa) significa anche perseguire una lettura del tipo che – restringendo anche qui il margine di rilievo penale – limiti il rischio di “congelamento”

⁸² Per una applicazione assai equilibrata e prossima a quella qui suggerita v. ora App. Milano, 13 settembre 2017, pres. e rel. Piffer (in *questa Rivista*, fasc. 12/2017, p. 159 ss., con annotazione di G.L. GATTA, [La sentenza della Corte d’Appello di Milano sul caso Maroni \(Malangone/Expo s.p.a.\): esclusa l’induzione indebita](#)), rilevando – sulla traccia delle indicazioni delle citate SS.UU., 24 ottobre 2013, Maldera – che “l’abuso deve essere in connessione causale con l’effetto della condotta induttiva, vale a dire con la dazione o la promessa dell’utilità indebita”, e “[...] integra un elemento essenziale e qualificante la condotta di costrizione o di induzione, nel senso che costituisce il mezzo imprescindibile per ottenere la dazione o la promessa dell’indebita”, essendo “[...] lo strumento attraverso il quale l’agente pubblico innesca il processo causale che conduce all’evento terminale: il conseguimento dell’indebita dazione o promessa”, ed ancora sottolineando che “l’abuso [...] è legato da nesso di causalità con lo stato psichico determinato nel soggetto provato ed è idoneo, in ulteriore sequenza causale e temporale, a provocare la dazione o la promessa dell’indebita” (analogamente, Cass., VI, 10 marzo- 28 maggio 2015, n. 22526, sul noto caso c.d. Ruby).

⁸³ Così Cass., sez. VI, 13 febbraio 2014, n. 9929.

⁸⁴ In questo senso, nell’ambito di una giurisprudenza ondivaga, Cass., sez. I, 16 novembre 2011, n. 4902, ove si aggiunge che, nell’impossibilità di una esatta quantificazione del profitto affettivamente attribuibile al singolo concorrente, la confisca dovrà “essere applicata per l’intero prezzo o profitto, ma nel rispetto dei canini della solidarietà interna tra i concorrenti (e cioè senza moltiplicare l’importo per il numero dei concorrenti) sicché in tale ottica, non è superfluo rammentare che in base all’art. 1218 c.c., e dell’art. 2055 c.c., nel caso di responsabilità per fatto illecito, le parti di ciascun debitore si presumono uguali”.

dei diritti contrapposti (*chilling effect*)⁸⁵, calmierando il “saldo negativo” dell’opzione punitiva in una prospettiva – appunto – di “adeguatezza, necessità e proporzione in senso stretto”.

Sempre solo a titolo di esempio: l’interpretazione della fattispecie di “Turbata libertà degli incanti” (art. 353 c.p.) – da sempre al centro di turbolente *querelle* in punto di tassatività, sin dal suo ambito applicativo, e terreno di frequenti tentazioni analogiche⁸⁶ –, innestandosi su attività “a contesto lecito di base”, dovrebbe essere fatta oggetto di sorvegliata attenzione – tanto sul piano sostanziale quanto sul piano probatorio – per evitare che una “tipicità umbratile” comprima eccessivamente – o appunto “congele” – i diritti sottostanti, che dovrebbero avere libero gioco (e il discorso può estendersi anche alla contigua fattispecie di cui all’art. 353 *bis* c.p.).

Segnatamente, la lettura dei singoli elementi dovrebbe rispettare *quam maxime* il diritto di libera iniziativa economica, e – specie nella declinazione della “vaga” condotta di “*collusione*” o della clausola di chiusura “ad analogia esplicita” identificabile nella locuzione “*altri mezzi fraudolenti*” volti ad impedire o turbare la gara – salvaguardare al massimo la libertà di accordi e rapporti tra imprese nella partecipazione ai bandi di gara: escludendo, ad esempio, che possa considerarsi “collusione” penalmente rilevante un rapporto tra imprese *quodammodo* pubblicizzato⁸⁷, ed escludendo del pari che possano essere assunti a prova di “*combine*”

⁸⁵ Spunti in questa direzione nella dissertazione dottorale di N. RECCHIA, *Il giudizio di proporzionalità in materia penale. Prospettive e limiti come strumento critico delle scelte di criminalizzazione*, relatori prof. A. Bernardi e H. Satzger, Università di Ferrara, XXXIX ciclo, in ptc. 129 ss., 146 ss.

⁸⁶ A partire dall’estensione del concetto di “incanti” all’ipotesi di trattativa privata preceduta da gara informale, motivata dall’esigenza di colmare una indubbia lacuna, ma chiaramente frutto di una estensione analogica per *eadem ratio* (sul punto, v. già S. BONINI, *Una decisione sul delitto di turbata libertà degli incanti come spunto per alcune rimediazioni sul rapporto tra analogia e interpretazione estensiva*, in Arch. Giur. Filippo Serafini, 1994, v. 213, n. 4, 349 ss.; sul punto anche M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 112); V. di recente Cass., sez. VI, 13 marzo-21 luglio 2014, n. 32237, in Cass. pen. 2015, 1347 ss., con ricca nota di N. MADIA, *I “nebulosi” confini della nozione di “gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private” enucleata nell’art. 353 c.p.: tra eccessi “espansionistici” e tendenze “restrittive”*, escludendo che possa parlarsi di “gara” – ai sensi dell’art. 353 c.p. – in assenza di “qualificate forme procedimentali”.

⁸⁷ Cfr. ancora Cass., sez. VI, 13 marzo-21 luglio 2014, n. 32237, cit., la quale ha rilevato che “Nell’ambito della fattispecie incriminatrice in esame [...] il concetto di collusione ruota attorno alla diade formata dall’esistenza di un accordo clandestino, presupponendo un concerto occulto tra privati, ovvero tra il pubblico agente ed un privato offerente, diretto ad influire sul normale svolgimento delle offerte, e dunque a trarre un vantaggio determinando, al contempo, la causazione di un danno alla parte avversa: l’intesa, quindi, per tramutarsi in una collusione, deve essere mantenuta segreta, con il dichiarato scopo di alterare un pubblico incanto, ovvero una licitazione privata. In assenza del requisito della clandestinità, di contro, non v’è concerto penalmente rilevante, non presentando l’intesa i connotati necessari per essere ricondotta nel paradigma applicativo di cui all’art. 353 c.p., e rimanendo la stessa assoggettata unicamente alle reazioni esperibili in campo amministrativo. Analogamente, secondo la linea interpretativa tracciata dal su menzionato insegnamento giurisprudenziale di questa suprema Corte, il “mezzo fraudolento” consiste in qualsiasi artificio, inganno o menzogna concretamente idoneo a conseguire l’evento del reato, ossia a manomettere il genuino andamento della gara, rimanendo pertanto escluse dal perimetro della fattispecie tutte quelle situazioni in cui possa riscontrarsi, nei confronti degli interessati, un’adeguata

meri rapporti di collegamento sostanziale o formale tra imprese (come ad es. la precedente partecipazione ad una A.T.I. per la presentazione di un comune *project financing*, etc.), tutti aspetti che del resto non sono ritenuti cause di esclusione dal bando neppure per il diritto amministrativo⁸⁸.

In una prospettiva, insomma, dove assieme al criterio interpretativo della proporzione entra in gioco il criterio di sussidiarietà, che dovrebbe presupporre una previa illegittimità (o antiprecettività) amministrativa nell'accordo per poterlo considerare "collusivo", ossia tale da configurare gravi ipotesi di reato [art. 353 c.p. e 353 *bis* c.p., che peraltro – essendo apprezzabili come "sicuri indicatori" di "permeabilità mafiosa", ai sensi dell'art. 84, comma 4°, lett. a), d.lgs. n. 159 del 2011 – possono innescare conseguenze di scardinante impatto per l'attività di impresa, sottese alla famigerata "informazione antimafia interdittiva", di cui subito si accennerà].

2.4.4. L'arsenale della prevenzione, tra tassatività e proporzione.

Ovviamente, quest'approccio potrebbe arricchirsi di esemplificazioni persino più pregnanti ove si scenda sul terreno tanto scivoloso quanto esteso delle misure di prevenzione personale e patrimoniale, così come sul campo della contigua "documentazione antimafia" (tutti istituti oggi disciplinati nel d.lgs. n. 159 del 2011): contesti tutti dove i "requisiti qualitativi" della legalità – la *prevedibilità* e il suo correlativo domestico della *tassatività* – appaiono particolarmente esangui⁸⁹, come ha messo in luce la Corte EDU nella celebre sentenza *De Tommaso c. Italia* e come per vero aveva già evidenziato, *mutatis mutandis*, una pronuncia della Corte costituzionale poi caduta nel vuoto, da un lato segnalando – al cospetto della "famigerata" figura del c.d.

informazione e pubblicità del contenuto degli atti e comportamenti posti in essere dall'organo amministrativo che procede".

⁸⁸ Per una equilibrata lettura della fattispecie, sia sul piano sostanziale che sul piano probatorio, v. ad es. Cass., sez. VI, 22 settembre 2016, n. 42965, secondo la quale "Il collegamento, formale o sostanziale, tra società partecipanti alla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico non è di per sé sufficiente a configurare il delitto di turbata libertà degli appalti, occorrendo la prova che, dietro la costituzione di imprese apparentemente distinte, si celi un unico centro decisionale di offerte coordinate o che le imprese, utilizzando il rapporto di collegamento, abbiano presentato offerte concordate"; su quella traccia, App. Venezia, 3 aprile 2017, n. 1321, inedita, secondo la quale "[...] è evidente che il raggruppamento delle società facenti capo agli imputati avvenuto per la presentazione di un comune *project financing* in altra precedente gare, pratica assolutamente lecita, non costituisca di per sé un indizio della condotta collusiva degli imputati in relazione alla gara indetta dal Comune di [...], dovendosi necessariamente desumere la prova della condotta collusiva da ulteriori indici sintomatici rivelatori aventi le caratteristiche previste dall'art. 192 c.p.p. per la prova indiziaria [...]".

⁸⁹ Sin dai primordi, e nonostante gli adattamenti: per un'analisi compiuta dell'evoluzione storica, si rinvia a T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, 195 ss.; sui perduranti profili di criticità, pur dopo la riforma del 1988 e lo spostamento del fulcro del giudizio sugli "elementi di fatto" dimostrativi del trascorso criminale, G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, Digesto/pen., VIII, Torino, 1993, 110 ss., 116 ss.; ed ora, A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, 81 ss., 105 ss.

proclive a delinquere – che “[l]a formula legale non svolge [...] la funzione di una autentica fattispecie, di individuazione, cioè, dei <casi> [...] ma offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità”, dall’altro – e soprattutto – affermando la pertinenza del principio di legalità/determinatezza (art. 25 Cost.) anche alle misure di prevenzione⁹⁰.

Più di recente, lo spazio di discrezionalità assegnato all’interprete, sia dai presupposti applicativi delle diverse misure, è stato sottoposto a sorvegliata attenzione in talune pronunce, che hanno evidenziato come alcune locuzioni – come quelle su cui è incentrata la pericolosità generica di chi è “abituamente dedito a traffici delittuosi” – “devono considerarsi di stretta interpretazione”⁹¹; e questa attenzione, non sempre rispettata, è divenuta ancor più vigile e serrata dopo la condanna del giudice europeo, spingendo le Sezioni Unite ad invocare espressamente – come si è visto – un doveroso criterio interpretativo “tassativizzante” in relazione a figure di “pericolosità generica”⁹², secondo un approccio prontamente recepito da successive pronunce anche al cospetto di figure di “pericolosità qualificata”⁹³: approccio tanto più urgente in un contesto dove il controllo di legittimità è limitato all’apprezzamento della sola “violazione di legge”⁹⁴.

Per quanto qui interessa, proprio questo amplissimo margine interpretativo – riferibile a molti e variegati “strumenti preventivi” e più in generale alle “fattispecie di

⁹⁰ È la nota Corte cost., n. 177 del 1980, sul c.d. proclive a delinquere, attentamente ripercorsa, ora, da D. PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in RIDPP, 2017, 637 ss., 642 ss..

⁹¹ Così, ad es., Cass., sez. V, 6 dicembre 2016, n. 6067, la quale afferma – in relazione alla figura del “pericoloso tributario” – che “le locuzioni usate infatti, le attività o i “traffici” delittuosi, devono considerarsi di stretta interpretazione, per non allargare, senza una inequivoca base normativa, l’ambito di applicazione delle misure di prevenzione, e riconducono così alla commissione di delitti, ai quali deve essere collegata o conseguente l’attività del proposto”; e per non rischiare di confondere la figura del (mero) “evasore fiscale” con quella di chi debba ritenersi “abituamente dedito” a reati fiscali o “viva abitualmente, anche in parte, con i proventi” di tali attività delittuose.

⁹² Così la già più volte citata SS.UU., 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076.

⁹³ Così, in particolare, Cass., sez. I, 10-23 ottobre 2017, n. 48441, § 5.1, specie con riferimento alla nozione di (indizi di) “appartenenza” all’associazione mafiosa: “Il rispetto del principio di tassatività anche nel settore della prevenzione personale e patrimoniale (stimolato dalla pronunzia Corte EDU De Tommaso e ripreso dalle Sezioni Unite nella decisione Paternò, prima citate) porta infatti a ritenere non conformi ai principi costituzionali e convenzionali atteggiamenti interpretativi che tendano a discostarsi dal significato corrente dei termini utilizzati dal legislatore in sede di costruzione della fattispecie astratta e non vi è dubbio – a parere del collegio – circa la portata del termine ‘appartenenza’, che non denota una mera contiguità di tipo ideologico ma evoca un *legame concreto e operativo* (sia sotto l’aspetto materiale che sul versante psicologico) *tra il soggetto e l’ente criminale*, con tutto ciò che ne deriva in termini di individuazione necessaria – sia pure per indizi – di un fattivo contributo reso dal primo a vantaggio del secondo”.

⁹⁴ “[E], pertanto, alla verifica di esistenza o meno, nel provvedimento impugnato, di un tessuto logico capace di esplicitare in modo chiaro i nessi rilevanti tra l’esito del giudizio, i materiali conoscitivi acquisiti e la normativa applicabile, pena l’apparenza della motivazione”: Cass., sez. I, 10-23 ottobre 2017, n. 48441, cit., § 2.

pericolosità” che li sorreggono⁹⁵ – è direttamente proporzionale al grado di compressione e di (possibile) “congelamento” dei diritti contrapposti, che nella prevenzione personale attengono alla *libertà di movimento*, e nella prevenzione patrimoniale attengono al *diritto di proprietà* ed alla *libertà di iniziativa economica*, oltre che al *diritto al lavoro* (dell'imprenditore come dei dipendenti): tutti diritti e libertà fondamentali fortemente minacciati – tanto nel caso delle misure di prevenzione quanto nel caso delle diverse ma per certi versi persino più problematiche cc.dd. “interdittive antimafia” (art. 84 d.lgs. n. 159 del 2011)⁹⁶ – da un dettato normativo che a taluno è apparso talmente evanescente⁹⁷ da essere persino incoercibile in chiave di interpretazione conforme⁹⁸, e che purtuttavia si è cercato, con non poco sforzo, di

⁹⁵ Al riguardo, nell'ambito di una sempre più vasta opera interpretativa di revisione critica all'insegna della tassatività, v. di recente le lucide analisi di V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in ID. (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Torino, 2015, 323 ss.; M. PELISSERO, *La 'fattispecie di pericolosità': i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive*, in RIDPP, 438 ss. e R. MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, ivi, 490 ss.; inoltre, approfonditamente, A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., 36 ss., 196 ss.

⁹⁶ Le informative antimafia si caratterizzano per uno spiccato momento di discrezionalità valutativa del Prefetto nel soppesare il rischio di “permeabilità mafiosa” dell'impresa – ossia nel valutare la sussistenza, o meno, di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa, desumibili o dai provvedimenti e dagli elementi indicati dall'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011, o dai provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività di organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata – poiché ben possono prescindere dagli esiti delle indagini preliminari o dallo stesso giudizio penale, che comunque la Prefettura ha il dovere di esaminare in presenza dei cc.dd. delitti spia (elencati dall'art. 84, comma 4, cit.), comunque non vincolanti per l'apprezzamento che, a fini preventivi, l'organo amministrativo è chiamato a compiere in ordine al rischio di condizionamento mafioso (v. ad es. Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 892), peraltro alla luce del canone del “più probabile che non”, ossia di una regola di giudizio che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, qual è, anzitutto, anche quello mafioso: cfr. ad es. Cons. St., sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657, secondo cui il criterio della certezza oltre ogni ragionevole dubbio può trovare spazio nel giudizio penale, laddove viene in gioco la libertà personale dell'imputato, ma non nel giudizio amministrativo, che investa la legittimità del provvedimento interdittivo antimafia, ispirato ad una ben diversa logica preventiva e improntato alla regola, di stampo civilistico, del “più probabile che non”, cosicché gli elementi posti a base dell'informazione antimafia possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, persino, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o assoluzione (in ordine al grado di incisività probatoria di tale regola rispetto alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio, v. inoltre Cons. St., sez. III, 26 aprile 2017, n. 1923, e Cons. St., sez. III, 28 giugno 2017, n. 3173; e sui fatti che l'autorità prefettizia deve apprezzare, Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743).

⁹⁷ V. già la acuta riflessione di M. CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in questa Rivista, 3 dicembre 2015; persino più perentoria, ora, la critica di G. BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in RIDPP, 2017, 505 ss.; ma un giudizio perentoriamente negativo affiora nell'opinione dissenziente del giudice P. PINTO DE ALBUQUERQUE, a margine della sentenza *De Tommaso c. Italia*, ove rileva che la Convenzione “does not provide a ground for ante o praeter delictum deprivation of the right to liberty for the purpose of crime prevention”.

⁹⁸ E tale da essere sottoposto solo all'intervento ablativo della Corte costituzionale, come ha autorevolmente ritenuto – in relazione tanto alle misure di prevenzione personali che alle misure di

“tipizzare” restrittivamente per via giurisprudenziale, ad evitare “un aberrante meccanismo di estensione a catena della pericolosità simile a quello su cui si fondava, in un non recente passato, l’inquisizione medievale”⁹⁹.

2.5. Prevedibilità dell’interpretazione e divieto di reatroattività.

Questi principi-limite vengono spesso accompagnati o sostituiti, nel dibattito recente, invocando come idea-guida il principio di prevedibilità della decisione giudiziale¹⁰⁰, che può apparire – per proseguire la metafora del *bridge* – una sorta di *atout* capace di effettuare “prese di taglio” su ogni altro esito interpretativo, specie con riferimento all’ipotesi, frequentissima, del conflitto sincronico di giurisprudenza: un criterio che, dunque, varrebbe ad integrare *in concreto* la determinatezza/tassatività come garanzie di prevedibilità in astratto, rappresentando – si è rilevato – una sorta di “giurisdizionalizzazione” della garanzia¹⁰¹, nella medesima prospettiva di salvaguardare – per usare le parole di Corte cost., n. 364 del 1988 – la “certezza di libere scelte d’azione”.

prevenzione patrimoniali – la Corte d’Appello di Napoli, 14 marzo 2017, rel. Dott. Furio Cioffi, rilevando come essendo la censura della Corte EDU rivolta al sistema nel suo complesso, “in modo totalmente demolitivo”, non vi sarebbe nessuno spazio ad esperimenti di interpretazione adeguatrice (analoghe questioni sono state sollevate anche dal Tribunale di Udine, con ordinanza 4-10 aprile 2017, reg. ord. 115/17; e dal tribunale di Padova, ordinanza 30 maggio 2017, reg. ord. 146/17); per quanto concerne le cc.dd. interdittive antimafia – segnatamente, quella ‘generica’ prevista all’art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159 del 2011 – v. anche la questione di legittimità costituzionale recentemente prospettata da G. AMARELLI, [L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. D\) ed E\) D.Lgs. n. 159/2011?](#), in *questa Rivista*, 8 ottobre 2017, con argomentazioni peraltro trasponibili anche ad altre ipotesi.

⁹⁹ Sono parole di una perspicua sentenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, 12 aprile 2017 (n. 00964/2016 Reg. Ric.), del § 1.4.1.6; analogamente, CGARS, 2 ottobre 2015, n. 627, ritenendo – anche sulla traccia di altre pronunce (Cons. Stato, sez. III, 18 gennaio 2013, n. 280; sez. III, 23 febbraio 2012, n. 1068; sez. III, 12 novembre 2011, n. 5995; sez. III, 14 novembre 2011, n. 5130 – la sussistenza di rapporti di parentela, coniugio o affinità con soggetti ritenuti in possibile contiguità con la malavita organizzata “non [...] sufficiente da sola a suffragare l’ipotesi della sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, dovendosi quest’ultima basarsi, anche su altri elementi, sia pure indiziari, tali nel loro complesso da fornire obiettivo fondamento al giudizio di possibilità che l’attività di impresa possa, anche in maniera indiretta, agevolare le attività criminali o esserne in qualche modo condizionata”, in particolare evidenziando che “Non bisogna trascurare che i provvedimenti considerati, che seguono a procedimenti privi delle garanzie del processo penale, limitano libertà altrettanto importanti della libertà personale quali il diritto al lavoro, inteso come libertà di scegliere il lavoro cui dedicarsi e ciò tanto di chi ha inteso lavorare con le modalità dell’impresa quanto di chi all’interno dell’impresa svolge il proprio lavoro in forma subordinata. I provvedimenti interdittivi impattano quindi sui diritti fondamentali che spettano a tutti, in quanto uomini, senza distinzione alcuna e producono a volte effetti devastanti di gran lunga più gravi delle sentenze penali [...]”.

¹⁰⁰ Per una ricostruzione compiuta, F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale](#), in *questa Rivista*, 19 dicembre 2016 (ed ora in AA.VV., *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, cit., 213 ss.); ma v. ora anche G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 144 ss.

¹⁰¹ Sul punto, v. ancora F. PALAZZO, *Precision de la loi pénale et certitude de la peine*, cit., 635.

Questo principio – indubbiamente votato ad una condivisibile istanza di copertura garantistica della “legalità giurisprudenziale”¹⁰² – si presta, tuttavia, a possibili ambiguità e ad applicazioni distorsive (emerse anche nelle decisioni di merito che hanno fatto seguito alla sentenza della Corte EDU nel caso *Contrada*¹⁰³). Dunque, se appare scontato che solo l’evoluzione interpretativa prevedibile possa essere accettata (soprattutto) in materia penale, dovrebbe convenirsi sulla posizione più rigorosa in base alla quale ogni mutamento giurisprudenziale di segno estensivo, che innovi rispetto ad un indirizzo giurisprudenziale *well-established*, debba comunque soggiacere al divieto di retroattività, ancorché la sottofattispecie sia di segno (meramente) “estensivo” e non “analogico”¹⁰⁴: ed anche se un tale mutamento “[...] non sia per nulla il prodotto di un’invenzione creatrice, ma semmai il ritorno di una vecchia interpretazione negletta”¹⁰⁵.

Il diritto penale, in definitiva, dovrebbe rassegnarsi a non punire (anche) chi naviga troppo vicino al vento, limitandosi ad avvisare i futuri naviganti.

* * *

È in questo perimetro – e *solo* in questo – che dovrebbe potersi cominciare a parlare di *precedente*, di autorevolezza della decisione giudiziale (anche perché la qualifica di “precedente” è funzione dell’autorevolezza della decisione, non una qualità ontologica della decisione: le sentenze *Franzese* o *Thyssen* o anche *Cozzini* sono e restano “precedenti” perché autorevoli, non solo perché pronunce della Cassazione o delle sue Sezioni Unite ...), di stabilità della giurisprudenza e di calcolabilità delle conseguenze giuridico-penali; sono, per così dire, le “regole di ingaggio” minime in materia penale, i *minima moralia* su cui dovrebbe convergere la “comunità degli interpreti”, per accettare il ruolo con-costitutivo della legalità attualmente riconosciuto al “diritto giurisprudenziale” – un ruolo convalidato dalla nota posizione della Corte EDU – e per affrontare, o meglio ricostruire, il tema della certezza del diritto nella prospettiva della *law in action*.

¹⁰² Anche se la nostra Cassazione (sez. V, 12 ottobre 2016, n. 42996, Rv. 268203) sembra preferire il meno vincolante “principio della ragionevolezza della interpretazione sfavorevole in contrasto con i precedenti” (così rigettando il criterio della prevedibilità in concreto: cfr. R. CHENAL, *Il principio di legalità e la centralità dei diritti fondamentali*, 45 ss., 47).

¹⁰³ C. Appello di Caltanissetta, 18 novembre 2015 (dep. 17 marzo 2016), in *questa Rivista*, con nota di F. VIGANÒ, [Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU](#), ivi, 26 aprile 2016; C. Appello di Palermo, Sez. I, ord. 11 ottobre 2016 (dep. 24 ottobre 2016), ivi, con nota di S. BERNARDI, [Continuano i “tormenti” dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte d’Appello di Palermo dichiara inammissibile l’incidente d’esecuzione proposto in attuazione del “giudicato europeo”](#), ivi, fasc. 1/2017, p. 233 ss.

¹⁰⁴ Anche applicando direttamente l’art. 2 c.p. al nuovo “contenuto normativo” della legge: M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 114.

¹⁰⁵ Ancora M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 115.

Solo dopo aver restaurato la “piattaforma metodologica” dell’interpretazione sostenibile per il diritto criminale, stabilendo le condizioni di accettabilità e di autorevolezza anzitutto di quella pietra angolare della nomofilachia che è la giurisprudenza di merito¹⁰⁶, e così preparando il campo anche alle decisioni della Cassazione, potremo aprire la discussione sul precedente, e parlare di *ratio decidendi* e *obiter dicta*, di *distinguishing* e *overruling* anche in materia penale; e di qui affrontare anche la sfida della “calcolabilità” delle decisioni in diritto penale.

Sino ad allora, dovremo semplicemente limitarci a constatare che – così come un giudice tra molte leggi è, in fin dei conti, un giudice senza legge – una interpretazione tra molte interpretazioni possibili è arbitrio, e un “precedente” tra mille precedenti eterogenei e multidirezionali è semplicemente un’opinione, singolare, individuale, opinabile appunto, e, in definitiva, un “non precedente”.

* * *

3. Il valore attuale del precedente in materia penale.

Ciò premesso, la discussione sul *valore del precedente* in materia penale – aperta nella comunità dei penalisti soprattutto dal lungimirante studio di Alberto Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*¹⁰⁷ – ha fatto irruzione sulla scena, con tutta la sua drammaticità, con la vicenda *Contrada*, nella più ampia prospettiva della legalità giurisprudenziale; ed è dunque utile partire proprio dalla prospettiva convenzionale, così studiata e discussa in questi ultimi anni, e da questa pronuncia europea, che rappresenta “la prima vera “messa in mora” del sistema giuridico italiano rispetto all’irresponsabilità dell’interprete in materia penale”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Sottolinea la necessità di un prioritario intervento in questa sede, prima che sulla sede del giudizio di legittimità, ad es., G. COCCO, *Verso una Cassazione Supreme Court?*, cit., 339, rilevando come il numero degli annullamenti (12.000, nel 2014) “conferma che ad essere patologica in definitiva non è tanto la massa dei ricorsi esaminati (53.374 procedimenti definiti nel 2014), su cui tende a porre l’accento per farne derivare la necessità della riforma della Cassazione. Ma lo sono le cause del significativo risultato prodotto – comunemente non evidenziato – dagli oltre 30.000 ricorsi, invece, ammissibili o la cui inammissibilità (circa 11.7000 nel 2014) è stata giudicata dalle sezioni penali diverse dalla settima, che per l’appunto sono sfociati in oltre 12.000 annullamenti solo in parte modesta determinati dalla prescrizione del reato”.

¹⁰⁷ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, 2 ed., Torino, 2014, che per primo a messo in luce la marcata “creatività giurisprudenziale” nel nostro sistema, evidenziando tratti di sostanziale analogia con esperienze tratte dal mondo di *common law*, e proponendo correttivi e rimedi per estendere all’interpretazione giurisprudenziale le istanze garantistiche del *nullum crimen* e per governare la “legalità in action”.

¹⁰⁸ M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in RIDPP, 2016, 437 ss.; *amplius*, ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in AA.VV. (a cura di A. Cadoppi), *Cassazione e legalità penale*, cit., 77 ss.

3.1. La giurisprudenza di Strasburgo: Contrada c. Italia e la messa in mora del sistema giuridico italiano di fronte all'irresponsabilità dell'interprete.

Anche se spesso il punto è oggetto di fraintendimento, come si sa la Corte europea non ha censurato la genesi giurisprudenziale di una fattispecie penale (nella specie, il concorso esterno in associazione mafiosa, *ex artt. 110/416 bis c.p.*), ma l'assenza – al tempo dei fatti contestati – di una interpretazione consolidata all'origine della norma incriminatrice oggetto della condanna domestica: l'assenza, per usare il lessico della Corte EDU, di una *legal basis*, a fronte di una norma incriminatrice *insufficiently clear* e di un *inconsistent case law*¹⁰⁹.

Il grado di consolidamento minimo, in questo caso, è stato identificato nella prima decisione delle Sezioni Unite (Cass., SS.UU., 5 ottobre 1994, n. 16, *Demitry*, 1994)¹¹⁰. È dunque questo, oggi, il “precedente” che ha valore per il diritto penale, idoneo a radicare una “legge” dotata dei *qualitative requirements* convenzionalmente accettabili, come qualcuno ha ritenuto?

No, ovviamente: non è così – né potrebbe esserlo – per il diritto interno, e non è così, per vero, neppure per la giurisprudenza di Strasburgo, la quale non ha mai escluso che una stabilizzazione giurisprudenziale potesse essere garantita da una Sezione semplice della Cassazione, o da un orientamento di merito.

Così come, in prospettiva simmetrica, la Corte EDU ha esplicitamente affermato che il diritto alla certezza giuridica non comporta un diritto a che la causa sia decisa sulla base della giurisprudenza precedente.

Si riconosce, in altri termini, un ruolo di “fonte” alla giurisprudenza (e non di mero “formante”); e si riconosce pure il valore del precedente, senza filtri formali, anche se non si riconosce un “diritto al rispetto del precedente”: piuttosto, nella dimensione dinamica ed evolutiva della giurisprudenza riconosciuta dalla Corte, la “vincolatività” del precedente consiste nel fondare un onere di motivazione rafforzato in capo al giudice che voglia superarlo¹¹¹, e nella precisazione che ogni *overruling*

¹⁰⁹ V. al riguardo, i condivisibili rilievi di E. LUPO, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in AA.VV. (a cura di A. Cadoppi), *Cassazione e legalità penale*, cit., 27 ss., 35 ss.; ma al riguardo v. anche D. PULITANÒ, [Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 46 ss.

¹¹⁰ Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, cit., § 69: “Tuttavia, è solo nella sentenza *Demitry*, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione il 5 ottobre 1994, che quest’ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l’esistenza del reato in questione e, nell’intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l’esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell’ordinamento giuridico interno”; sul punto, si veda in particolare l’analisi di O. DI GIOVINE, [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 11 ss.

¹¹¹ Di modo che ogni evoluzione giurisprudenziale dovrebbe potersi ammettere solo sulla base di “ottime ragioni”, che spieghino argomentatamente i motivi di allontanamento dal diritto consolidato, come anche la nostra giurisprudenza è giunta a ritenere: cfr. SS.UU., 6 novembre 2014, n. 23675, giustamente

peggiorativo, per essere ammissibile, deve comunque rispettare – anche qui – il limite della *concreta prevedibilità*¹¹²; un approccio, questo, che ben prima della pronuncia *Contrada* aveva spinto la Corte EDU a riconoscere la violazione dell’art. 7 CEDU – nell’ambito di una casistica crescente¹¹³ – a fronte di mutamenti giurisprudenziali che avevano condotto a qualificare gli impiegati di istituti di credito come funzionari pubblici¹¹⁴ e ad estendere la nozione di “danno” in una fattispecie di abuso d’ufficio¹¹⁵, così come in presenza di contrasti sincronici concernenti elementi costitutivi del reato¹¹⁶; e che anche dopo la sentenza contro l’Italia ha confermato il proprio rigore in casi dove la legge penale è stata “estensivamente e imprevedibilmente interpretata in sfavore degli imputati”¹¹⁷.

Questo, in ogni caso, il vero punto di sintesi della comparazione tra modelli di *common* e *civil law*: un discorso orientato e polarizzato sulle garanzie dell’evoluzione giurisprudenziale, del mutamento *in malam partem*, della retroattività della norma “a sorpresa” a scapito del cittadino (*ex post facto law*)¹¹⁸; dove la prevedibilità della qualificazione giuridica di un fatto come specifico reato si traduce, al contempo, in un *diritto del cittadino* alla conoscibilità della materia del divieto cui corrisponde un *dovere dello Stato* a non punire retroattivamente quei comportamenti.

3.2. Evoluzioni giurisprudenziali e garanzie nella giurisprudenza interna.

Questi problemi e le loro criticità, questi concetti, come noto, stanno lentamente penetrando nella giurisprudenza interna, dove la Cassazione ha da tempo riconosciuto da un lato il “diritto vivente” come punto di fuga degli elementi qualitativi dell’*accessibilità* e della *prevedibilità*, dall’altro i limiti del mutamento giurisprudenziale peggiorativo, abbracciando la prospettiva *rights-based* cara alla Corte europea (cfr.

evidenziata da F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente e nomofilachia*, intervento alla tavola rotonda nell’ambito di questo stesso convegno.

¹¹² Nel senso che “il giudice deve quindi fare una valutazione in termini di prevedibilità della sua scelta interpretativa e adottare le misure necessarie affinché il diritto del ricorrente sia comunque tutelato, ad esempio, attraverso l’applicazione di un *prospective overruling* o con l’adozione di altre misure atte a compensare la mancanza di prevedibilità dell’ingerenza”: R. CHENAL, *Il principio di legalità*, cit., 74.

¹¹³ Riferimenti, da ultimo, in F. MAZZACUVA, Art. 7, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e ordinamento penale*, a cura di F. Viganò-G. Ubertis, Torino, 2016, 236 ss., 239 ss.

¹¹⁴ Corte EDU, 24 maggio 2007, *Dragotoniū e Militaru-Pidhorni c. Romania*, § 33 ss., in un caso ove si è affermata la violazione dell’art. 7 CEDU a fronte di una condanna per corruzione pronunciata nei confronti dei ricorrenti.

¹¹⁵ Corte EDU, 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*, §§ 92 ss.

¹¹⁶ Corte EDU, 16 febbraio 2015, *Plechkov c. Romania*, §§ 58 ss., ove si rilevava un’incertezza dei giudici nazionali circa la natura imperativa o di principio della norma che definiva la zona economica esclusiva e da cui dipendeva l’applicabilità di un reato in materia di pesca.

¹¹⁷ Corte EDU, 17 ottobre 2017, *Navalnyye c. Russia*, cit., § 68.

¹¹⁸ M. DONINI, *An impossible exchange*, cit.

Cass., SS.UU., n. 18288/2010, P.G. in proc. Beschi¹¹⁹, che con riferimento al c.d. giudicato esecutivo ex art. 666, comma 2, c.p.p., ha affermato il principio secondo cui “il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell’indulto in precedenza rigettata).

Questo, come si vede, è già un significativo e concreto riconoscimento di “valore” al precedente, in una prospettiva sempre più distante da una efficacia solo “persuasiva” e “vincolante”, al più, per il solo giudice del rinvio (artt. 627, comma 3, e 628, comma 2, c.p.p.; art. 173, comma 2, disp. att. c.p.p.).

La giurisprudenza domestica successiva all’importante presa di posizione delle Sezioni Unite non ha smentito, da un canto, questo riconoscimento né la sua fondamentale vocazione garantistica (di tutt’altro problema si è occupata la nota Corte cost. n. 230 del 2012), confermando il *trend* favorevole – in sostanza – ad un *overruling* peggiorativo solo *prospective*; d’altro canto, le riforme recenti hanno confermato quanto avvertita sia l’urgenza di rivitalizzare il ruolo della Cassazione come Corte suprema o “del precedente”¹²⁰, e la sua “funzione nomofilattica”¹²¹, nella consapevolezza che “la forza e l’efficacia di un precedente è inversamente proporzionale alla quantità e al numero dei precedenti”¹²².

In gioco c’è un equilibrio che appare sempre più difficile, dove la Cassazione sembra dover scegliere se farsi custode dello *ius constitutionis* o garante ultimo dello *ius litigatoris*: ma contrapporre questi due profili di tutela, e prospettare l’alternativa tra “Corte Suprema” o “Corte di terza istanza”, può essere fuorviante¹²³.

Da un lato, è chiaro che non può darsi alcuna credibile nomofilachia se una Corte suprema decide oltre 80.000 ricorsi l’anno¹²⁴ e se negli archivi di *ItalggiureWeb* si contano, nella sola materia penale, oltre 150.000 massime¹²⁵: un profluvio al cospetto del quale lo sforzo topico dei giudici di merito in sede di motivazione – e l’impiego del precedente nel tessuto argomentativo – appare nulla più che un esperimento di *cherry*

¹¹⁹ La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 2010, II, 566.

¹²⁰ G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 21 ss.

¹²¹ Sino alle recenti novità della c.d. riforma Orlando: oltre ai filtri per l’ammissibilità dei ricorsi e la limitata ricorribilità per Cassazione delle sentenze di appello, emesse nei procedimenti per reati di competenza del giudice di pace, ai vizi di giudizio e di procedura, si pensi all’obbligo di remissione alle SS.UU., da parte della sezione semplice che voglia distaccarsi dal precedente orientamento della stessa sessione plenaria: art. 618, comma 1-bis, c.p.p., sulla traccia di quanto già previsto dall’art. 374, comma 3, c.p.c.; ma anche al comma 1-ter dell’art. 618 c.p.p., che fa salva, per le SS.UU., la possibilità di pronunciarsi sulla questione di diritto loro sottoposta, nonostante l’inammissibilità del ricorso per causa sopravvenuta.

¹²² Cfr. ancora G. CANZIO, [Nomofilachia e diritto giurisprudenziale](#), in *questa Rivista*, 6 febbraio 2017, 1.

¹²³ Al riguardo, si vedano le lucide riflessioni di G. FIDELBO, *Sezioni semplici e Sezioni Unite fra legge e precedente*, in AA.VV. (a cura di A. Cadoppi), *Cassazione e legalità penale*, cit., 133 ss.

¹²⁴ Tanto che uno degli studiosi più autorevoli ed attenti al tema del precedente giurisprudenziale ha proposto di ricorrere alla teoria del *caos*: M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, 37 ss.

¹²⁵ Si veda, al riguardo, la lucida riflessione di E. LUPO, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in AA.VV. (a cura di A. Cadoppi), *Cassazione e legalità penale*, cit., 27 ss., 33 ss.

picking. Dall'altro, tuttavia, dovrebbe essere altrettanto chiaro che nemmeno i diritti delle parti sono davvero garantiti se la Corte che dovrebbe assicurarli è messa "sotto assedio": di fatto, il concedere indiscriminatamente la possibilità di ricorrere in Cassazione è frutto di una scelta a "razionalità cognitiva limitata" capace di produrre "effetti perversi"¹²⁶, giacché il sovraccarico di lavoro – con ogni magistrato della S.C. che redige, mediamente, oltre 400 sentenze l'anno – finisce col compromettere tanto la nomofilachia quanto la funzione di garanzia dell'organo giurisdizionale, rendendo l'istanza di giustizia ad esso sottesa – anche la più fondata – tanto incerta ed aleatoria quanto un "lancio di dadi".

3.3. Per una stagione di "nomofilachia condivisa".

In un quadro così complesso, sembra comunque difficile continuare a concepire una nomofilachia affidata alla sola Cassazione, o alle sole Sezioni Unite, sempre più sollecitate – l'una e l'altra – ad una attività di "prima forgia" dell'interpretazione, quasi una "interpretazione autentica" di nuove leggi o dell'assetto normativo risultante da nuove pronunce delle Corti sovranazionali; e sempre più chiamate ad esperimenti di interpretazione conforme – pur coraggiosi – tanto carichi di aspettative da rischiare di trascinare in operazioni di "normazione alternativa", più¹²⁷ o meno marcate¹²⁸.

¹²⁶ R. BOUDON, *Effets pervers et ordre social* (1977), trad. it. *Effetti perversi dell'azione sociale*, Milano, 1981.

¹²⁷ Dopo la sentenza della Corte cost. n. 265 del 2010, emblematica di tale eccesso "para-legislativo" la decisione della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in relazione al reato di violenza sessuale di gruppo: Cass., sez. III pen., 20 gennaio 2012, n. 4377 (sulla quale, si vedano i rilievi critici di S. QUATTROCOLO, [Quando il legislatore ordinario forza i principi generali, il giudice forza i limiti della giurisdizione](#), in questa Rivista, 17 febbraio 2012; e di T. EPIDENDIO, [Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2012, 26 ss.; adesivo, invece, il commento di P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole sciocco mediatico*, in *Guida dir.*, n. 11/2012, 58 ss.), oggetto di puntuale e severa critica da parte della stessa Corte costituzionale, sottolineando come "[...] la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione conforme, non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre" (Corte cost. n. 110 del 2012, sulla quale – accentuando il profilo qui in rilievo – cfr. G. SORRENTI, *Dalla Corte costituzionale un'esplicita battuta d'arresto all'estensione analogica in via giurisdizionale delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 2013, 483 ss.).

¹²⁸ Anche la coraggiosa ed ampiamente apprezzabile sentenza delle SS.UU. Paternò, in materia di misure di prevenzione, ha prestato il fianco ad un simile rilievo (anche se, nel caso di specie, il "colpo d'ala" delle SS.UU. è stato in qualche modo sollecitato da una giurisprudenza costituzionale dimostratasi – salvo sporadici precedenti: Corte cost. n. 177 del 1980 – tendenzialmente inerte in materia di misure di prevenzione: da ultimo, sentenza n. 282 del 2010): cfr., ad es., F. VIGANÒ, [Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato](#), in questa Rivista, fasc. 9/2017, p. 146 ss., segnalando come dopo la citata pronuncia della Corte EDU, *De Tommaso c. Italia*, per schermare un rischio di grave incertezza, "la Cassazione – e in particolare il suo Primo Presidente, al quale spetta istituzionalmente la decisione relativa – ha ritenuto di investire da subito le Sezioni Unite, giusto all'indomani della pronuncia De Tommaso e senza attendere che sul punto in discussione si pronunciasse, magari in modo tra loro difforme, le sezioni semplici o i diversi collegi in

A nostro avviso deve (ri-)aprirsi una stagione di “nomofilachia condivisa”, dove la Corte costituzionale abbandoni la tradizionale riottosità alle sentenze interpretative – per lo più limitate a sporadici casi di interpretazioni “innovative” o particolarmente “ardite” e “creative”, e largamente sostituite, a partire dalla sentenza n. 356 del 1996, da decisioni di inammissibilità – per riguadagnare un ruolo centrale nel governo dell’interpretazione, riequilibrando un assetto che, negli ultimi vent’anni, ha visto il giudice comune protagonista *en solitaire*¹²⁹, con conseguente “polverizzazione del giudizio di costituzionalità della legge”¹³⁰.

In effetti, il confine (fluido ma) invalicabile offerto dal concetto di “diritto vivente”, funzionale ad evitare reciproche invasioni di campo tra Corte delle leggi e giudici comuni (di merito e di legittimità), non solo non è riuscito ad evitarle, prevalentemente a scapito del giudice costituzionale, ma ha fomentato una eccessiva marginalizzazione di quest’ultimo, il cui controllo accentrato sull’interpretazione – per autorevolezza e qualità di decisioni elaborate in condizioni di lavoro certo più favorevoli – potrebbe viceversa contribuire ad innalzare il coefficiente di certezza della *law in action*.

3.4. Cultura del precedente ed ecologia della giurisdizione.

Più in generale, la “cultura del precedente” sembra imporre un ripensamento della funzione nomofilattica che passi non solo da accorgimenti *quantitativi* (volti a ridurre l’“assedio alla Cassazione”), e da una redistribuzione di ruoli tra le alte Corti, ma da un diverso approccio *qualitativo* alla giurisdizione, secondo due direttrici volte a

seno alle stesse. Il che mostra, da un punto di vista – ancora – di politica giudiziaria (e di diritto *in action*), un modo di intendere la giurisprudenza delle Sezioni Unite, da parte della Cassazione nel suo complesso, come formante tendenzialmente vincolante per le decisioni future, a garanzia della prevedibilità e della certezza del diritto per i consociati: un formante dotato di un’autorità analoga – almeno dal punto di vista funzionale – a quello delle pronunce della Corte costituzionale, e tale comunque da modificare *de facto* il diritto vigente attraverso la formazione di un diritto vivente dotato del massimo grado possibile di autorevolezza. Anche a costo – come è avvenuto in questo caso – di modificare di fatto l’estensione applicativa di una norma incriminatrice, rispetto a quanto desumibile dal suo tenore letterale» (F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini delle misure di prevenzione*, cit., a commento alla sentenza S.U. Paternò); analogamente, E. V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, cit., 1045 ss.

¹²⁹ Sulle cadenze del rapporto tra giudice costituzionale e giudice comune, v. E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudice nell’Italia repubblicana*, Bari, 2012.

¹³⁰ Come noto, l’indirizzo consolidatosi dopo la sentenza n. 356 del 1996, che ha imposto a pena di inammissibilità l’onere di interpretazione conforme, ha segnato il declino della funzione interpretativa del giudice costituzionale, e la progressiva estinzione delle sentenze interpretative di rigetto; sulla conseguente “polverizzazione del giudizio di costituzionalità della legge”, v. M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, *Enc. dir., Annali*, IX, 2016, 468; nella prospettiva penalistica, v. G. INSOLERA, *Oltre il giardino*, cit., 8, richiamando anche “l’enigmatica sentenza “Pezzella” delle SS.UU.” (31 marzo-7 maggio 2004), “che autorizza il più “piccolo” dei giudici ad individuare interpretazioni costituzionalmente conformi ulteriori e diverse rispetto a quelle fornite dalla Corte costituzionale”.

ripristinare da un lato, una “ecologia della giurisdizione” (e dell’accesso agli organi giurisdizionali, non solo superiori), e, dall’altro, a stimolare una dimensione maggiormente dialogica dello *ius dicere*, calata nella “comunità degli interpreti” dove il “diritto vivente” nasce ed è destinato ad essere recepito.

In concreto.

Sul primo versante un giovamento alla funzione nomofilattica – ed alla *qualità* delle decisioni della Cassazione, ma il discorso potrebbe valere ovviamente anche ad altri livelli – può giungere sia da limitazioni formali che impongano – oltre che il rispetto di precisi requisiti “stilistici” – una estensione massima al ricorso¹³¹, secondo *format* già adottati in seno alle giurisdizioni europee (come in seno alla Corte EDU, dove il formulario introduttivo del ricorso può essere accompagnato da una memoria espositiva delle doglianze di estensione non superiore a 20 cartelle), sia da modifiche che – quanto alle decisioni delle Sezioni semplici – prevedano un diverso corpo motivazionale a seconda della sentenza da adottare, con “motivazione semplificata” per quanto riguarda le decisioni che non pongano problemi di nomofilachia: “nella consapevolezza che sia più adeguata a rendere efficacemente giustizia una sentenza che abbia una motivazione sintetica e facilmente comprensibile nei diversi passaggi decisionali, piuttosto che una “sentenza trattato”, preoccupata più di “fare dottrina” che di convincere il cittadino che ne è destinatario sulla soluzione adottata [...]”¹³².

Sul secondo versante, una più accentuata dialogicità – funzionale anche ad una maggior condivisibilità della decisione da parte dei destinatari – potrebbe derivarsi dall’introduzione di una fase di interlocuzione preventiva, rispetto alla decisione finale, nella quale la Corte indichi una “concertazione delle arringhe” all’avvocato, su specifici punti di particolare interesse; ed un analogo effetto di miglioramento potrebbe aversi, nella dinamica dell’udienza, se l’avvocato fosse chiamato ad interloquire con il collegio, su specifiche questioni e interrogativi posti dai giudici.

Misure, in qualche modo, volte appunto a ridurre la distanza tra la *judge made law* – e le *court-made doctrines* – e l’universo dove le stesse devono attecchire, e a

¹³¹ In questa direzione, come noto, si pone il *Protocollo d’intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio nazionale forense sulle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia penale*, sottoscritto il 17 dicembre 2015, rilevando, in premessa, che “La constatazione dell’esistenza di un sempre maggior numero di ricorsi caratterizzati da un sovradimensionamento dell’esposizione dei motivi di impugnazione e delle argomentazioni a supporto aveva indotto il Primo Presidente della Corte di Cassazione, fin dal suo insediamento, ad una attenta riflessione sull’importanza della sinteticità e chiarezza cui dovrebbero attenersi, riconoscendovi i due irrinunciabili poli attorno ai quali far ruotare l’intera esperienza giudiziale, tanto le sentenze, quanto i ricorsi e gli atti difensivi delle parti [...]”.

¹³² Così, ancora, il citato *Protocollo d’intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio nazionale forense*, p. 1; al riguardo, v. anche gli autorevoli rilievi di G. FIDELBO, *Sezioni semplici e Sezioni unite*, cit., 140 s., in particolare distinguendo “sentenze che fanno effettivamente nomofilachia e quelle che sono dirette solo a definire il processo: le motivazioni tra le due tipologie di sentenze dovrebbero essere diverse e per questo dovrebbe essere lo stesso collegio a fornire indicazioni”, e segnalando come si sia prevista l’adozione di modelli di motivazione sintetica per quelle sentenze che non meritano particolari approfondimenti, “in quanto destinate a non enunciare principi di diritto ovvero a ribadire orientamenti consolidati”.

restituire ordine all’“oceano di normatività indistinta” che caratterizza il diritto attuale¹³³.

¹³³ Prendiamo a prestito l’immagine di F. OST, *À quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 1 (al riguardo, v. la recensione di M. VOGLIOTTI, in *Quad. fiorentini*, XLVI, 2017, 854 ss.).