

NUOVI SCENARI DELLA LEGALITÀ PENALE

*Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia,
nomofilachia e mutamento sfavorevole^(*)*

di Roberto Bartoli

La “nuova” legalità penale che riconosce spazi all’interpretazione impone una rivisitazione complessiva delle garanzie. Anzitutto, impone nuove regole ermeneutiche non più basate sulla lettera della legge, ma sul tipo legale, vero strumento che, mantenendo spazi ermeneutici, consente di vincolare il giudice alle indicazioni del legislatore. In secondo luogo, si avverte sempre di più l’esigenza che la stessa decisione giurisprudenziale possa essere giustiziata da organi esterni di garanzia, perché anche una sentenza può risultare – per così dire – incostituzionale. In terzo luogo, occorre potenziare la nomofilachia soprattutto per prevenire contrasti giurisprudenziali, nella consapevolezza che essa non può comportare un vincolo del precedente e che deve operare riguardo a interpretazioni che si collocano comunque all’interno del tipo legale; se poi contrasti si formano, può trovare applicazione l’art. 5 c.p. Infine, davanti al mutamento giurisprudenziale sfavorevole non può che operare l’irretroattività, visto che le persone hanno fatto affidamento sulle precedenti indicazioni restrittive provenienti dai poteri dello Stato, comprensivi del legislatore e del giudice.

SOMMARIO: 1. Dalla legalità legalistica alla legalità interpretativa e il conseguente acuirsi dei problemi tradizionali. – 1.1. I vincoli del giudice alla legge tra regole ermeneutiche e giustiziabilità del divieto di analogia. – 1.2. La nomofilachia per prevenire/risolvere i contrasti giurisprudenziali. – 1.3. Rilevanza e trattamento del mutamento giurisprudenziale sfavorevole. – 2. Alcune recenti sentenze della Corte costituzionale e della Corte di cassazione in tema di legalità penale: qualcosa, anzi molto, si muove. – 2.1. La sentenza della Corte costituzionale n. 98/2021 sui maltrattamenti in famiglia tra regole ermeneutiche ... – 2.1.1. ... e giustiziabilità del divieto di analogia. – 2.2. La sentenza delle Sezioni Unite n. 10381/2021 sull’art. 384 c.p.: verso una nuova ermeneutica basata sul tipo legale. – 2.3. La sentenza delle Sezioni Unite n. 8544/2020 sui c.d. fratelli minori del caso Contrada: il contrasto giurisprudenziale esclude la colpevolezza. – 2.4. Le sentenze della Sezione VI della Corte di cassazione n. 5536/2022 e n. 5538/2022: elaborazione di strumenti *soft* per prevenire il formarsi di contrasti giurisprudenziali. – 2.5. Il tassello mancante: l’irrelevanza del mutamento sfavorevole nelle sentenze delle Sezioni unite n. 13/2000, n. 51815/2018 e n. 4616/2022 in tema di pornografia minorile. – 2.5.1. Al cuore del problema: la distinzione tra mutamenti fuori dal tipo legale inammissibili e mutamenti nel tipo legale irretroattivi. – 2.5.2. Ancora sulla giurisprudenza delle Sezioni Unite in tema di materiale pornografico minorile. – 3. Conclusioni.

^(*) Il presente lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Nicola Mazzacova*.

1. Dalla legalità legalistica alla legalità interpretativa e il conseguente acuirsi dei problemi tradizionali.

È noto come negli ultimi decenni la legalità penale si sia profondamente trasformata: da una concezione legalistica, volta a valorizzare il testo della legge e a comprimere, fino forse ad annullare, il ruolo dell'interpretazione (giudice bocca della legge), si è passati a una "nuova" concezione che potremmo definire interpretativa, che invece riconosce margini, a volte anche molto ampi, all'attività ermeneutica del giudice¹. Con la conseguenza che quando si parla oggi di legge penale, non si fa riferimento tanto alla legge astratta come espressa dalla fonte legislativa nella sua testualità, ma alla legge interpretata, da intendersi come esito derivante anche dall'attività interpretativa del giudice².

Proprio in ragione di questo ruolo significativo dell'interpretazione, nell'ambito di questa "nuova" legalità penale si rendono ancora più acute tre grandi problematiche, a dire il vero sempre esistenti: anzitutto, quella del vincolo del giudice alla legge, sia per quanto riguarda le regole ermeneutiche, sia in merito agli strumenti giurisdizionali di controllo del rispetto di tale vincolo; in secondo luogo, si avverte la necessità di evitare/risolvere i contrasti giurisprudenziali che a questo punto si vengono a formare – per così dire - fisiologicamente; infine, si pone il problema di "gestire" i mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* che risultano nella sostanza imprevedibili per i destinatari dei precetti, in quanto contraddicono precedenti statuizioni restrittive, estendendo così l'ambito applicativo di una determinata fattispecie, e ciò soprattutto quando i mutamenti risultano "qualificati" perché provenienti dalle Sezioni Unite.

¹ Sul tema della c.d. "nuova" legalità penale, v. i lavori del gruppo di ricerca costituito presso il Dipartimento di Scienze giuridiche di Firenze e coordinato dal prof. Francesco Palazzo, pubblicati su *Sistema penale*, 5 marzo 2020: R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*; A. BASSI, *La gestione operativa della funzione nomofilattica della Corte Suprema di cassazione*; A. CAPUTO-G. FIDELBO, *Appunti per una discussione sul ruolo della Corte di cassazione e "nuova" legalità*; V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*; F. PETRELLI, *L'interpretazione della legge è uguale per tutti?*; M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*. Inoltre, cfr. F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1249 ss.; D. PERRONE, *Nullum Crimen sine iure*, Torino, 2019; A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020.

² In argomento, v. per tutti P. GROSSI, *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2021, p. 155 ss.; nonché, volendo, R. BARTOLI, *Costituzionalismo e trasformazioni del diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 735 ss.

1.1. I vincoli del giudice alla legge tra regole ermeneutiche e giustiziabilità del divieto di analogia.

Per quanto riguarda il primo tema del vincolo del giudice alla legge, se, da un lato, anche alla luce delle scoperte ermeneutiche e del diverso ruolo della giurisdizione all'interno del costituzionalismo moderno, sarebbe un collocarsi fuori dalla storia pretendere di vincolare il giudice attraverso la lettera del testo, dall'altro lato, però, come ci insegna Nicola Mazzacuva, al quale questo scritto è dedicato³, occorre evitare una deriva che porti a dissolvere la legalità penale in una legalità – per così dire – totalmente giurisprudenziale, dove risulta ammissibile qualsiasi esito ermeneutico adottato dal giudice, anche quando esso disattende o addirittura contraddice le indicazioni provenienti dalla legge.

L'esigenza di continuare a vincolare il giudice alla legge deriva non soltanto dalla *ratio* – per così dire – politico-democratica della legalità, ma anche dalla *ratio* di garanzia delle persone contro possibili abusi da parte dei poteri dello Stato, compreso quello giudiziario. Ed infatti, sotto il primo profilo “politico-democratico”, concernente i rapporti tra legislatore e giudice, il dissolvimento della legalità nell'interpretazione finirebbe per incidere sulla stessa divisione dei poteri. In particolare, si verrebbe a determinate addirittura una modifica dell'assetto costituzionale del nostro ordinamento penale, per cui da un sistema democratico/giurisdizionale, basato cioè sulla “cooperazione” tra democrazia politica (subordinata alla Costituzione) e giurisdizione (subordinata alla legge costituzionalmente legittima), si passerebbe a un sistema soltanto giurisdizionale, dove le scelte di criminalizzazione sarebbero nella sostanza rimesse alle determinazioni dello stesso potere giudiziario: ma un tale nuovo assetto porrebbe indubbiamente problemi di legittimazione democratica e quindi anche di legittimità costituzionale. Insomma, ogni volta che attraverso la sua interpretazione il giudice fuoriesce dai limiti posti dalla legge, è lo stesso giudice che sta producendo diritto penale, senza tuttavia avere alcuna legittimazione democratica per farlo.

Sotto il secondo profilo delle garanzie e quindi del rapporto che intercorre tra lo Stato e le persone destinatarie del diritto penale, si deve osservare come un'interpretazione che si colloca al di fuori della legge costituzionalmente legittima possa comportare anche la violazione di diritti e principi sostanziali a tutela della persona. Ed infatti, oggi il giudice non è subordinato soltanto alla legge, ma alla legge che risulta conforme alla Costituzione, con la conseguenza che quando il giudice fuoriesce dai confini tracciati da una legge che risulta conforme alla Costituzione è ben possibile che la sua decisione possa andare anche contro i limiti – per così dire – sostanziali, tracciati dalla stessa Costituzione: così, ad esempio, si pensi a tutte quelle sentenze, anche recenti, le quali, in presenza di reati di opinione che incriminano

³ In argomento, cfr. N. MAZZACUVA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, p. 367 ss.; ID., *Il diritto penale “massimo” tra incremento dei tipi punitivi e “addizioni” giurisprudenziali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, p. 311 ss.

condotte come l'apologia, prescindono dall'accertamento del pericolo concreto, determinando come esito finale l'incriminazione dell'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero⁴. Insomma, incostituzionale può essere non solo la legge, ma anche la sentenza.

Ebbene, il perseguimento di questo obiettivo di continuare a vincolare il giudice alla legge può essere realizzato operando su due fronti. Da un lato, si può operare sulle regole dell'ermeneutica, definendo i criteri interpretativi che consentono per l'appunto di rapportarsi con la legge: insomma, davanti a più opzioni ermeneutiche, nella scelta dell'interpretazione da adottare, non ci si può accontentare di impiegare criteri interpretativi estrinseci del tutto svincolati dalle indicazioni del legislatore (ad esempio la capacità dell'opzione ermeneutica di stabilizzarsi in futuro), ma occorre elaborare metodi e strategie ermeneutiche che "costringono" il giudice a un confronto reale ed effettivo con le indicazioni legislative. E, su questo punto, come vedremo, decisivo è stabilire se per legge alla quale vincolare il giudice debba intendersi il testo oppure il tipo criminoso, nella consapevolezza che l'adozione dell'una o dell'altra soluzione ha conseguenze proprio sui criteri e sui metodi ermeneutici.

Dall'altro lato, soprattutto se si valorizza la *ratio* garantista della subordinazione del giudice alla legge costituzionalmente legittima, il vincolo si può perseguire operando anche attraverso l'assetto dei poteri, interrogandosi, cioè, se sia sufficiente, come avviene oggi nel nostro ordinamento, un controllo sull'attività interpretativa del giudice esclusivamente interno alla stessa giurisdizione oppure se non sia opportuno elaborare anche strumenti di controllo – per così dire – esterni. Insomma, il nostro assetto istituzionale è attualmente configurato in modo tale che il controllo sugli esiti interpretativi in ordine al rispetto della legalità, e quindi anche della Costituzione, da parte della giurisdizione, risulta interamente collocato nelle mani della stessa giurisdizione, creandosi nella sostanza una coincidenza tra il potere controllore e quello controllato, mentre è soltanto dalla prospettiva europea che si può realizzare un controllo esterno sul rispetto della legalità, dei principi e dei diritti da parte del potere giudiziario di uno Stato. Azzardando, si potrebbe osservare come se nell'Illuminismo fu un grosso limite collocare le garanzie nelle mani dello stesso legislatore – garanzie poi sottratte e trasferite in Costituzione –, nell'attuale costituzionalismo nostrano potrebbe essere un limite l'aver collocato la valutazione del rispetto della legalità e delle garanzie da parte della giurisdizione nelle sole mani della stessa giurisdizione, senza un controllo nazionale da parte di organi esterni, anche perché, come accennato, la sentenza che si colloca al di fuori della legalità, si può collocare anche al di fuori della stessa Costituzione. Insomma, anche il potere giurisdizionale può violare non solo la legalità, ma anche i diritti e i principi di garanzia.

⁴ Cfr., in tema di terrorismo internazionale, Cass. n. 11591/2021; in tema di pornografia minorile, Cass. n. 23943/2021; in tema di incitamento all'odio razziale, Cass. n. 4534/2022. Diversamente, nel senso della necessità del pericolo concreto, in tema di apologia di fascismo, v. Cass. n. 11576/2021.

1.2. La nomofilachia per prevenire/risolvere i contrasti giurisprudenziali.

Il secondo problema che pone la nuova legalità interpretativa riguarda l'esigenza nomofilattica di prevenzione/risoluzione dei contrasti giurisprudenziali, che sono destinati a generare un vero e proprio disorientamento nei confronti dei consociati⁵. Nel momento in cui si riconosce valenza all'attività ermeneutica, anche là dove ci si attendesse ai vincoli della legge, è ben possibile che si creino contrasti giurisprudenziali, e questi contrasti giurisprudenziali non possono che essere contenuti il più possibile proprio al fine di offrire ai consociati indicazioni comportamentali sufficientemente univoche. Che dietro a questa esigenza di prevenzione/risoluzione o comunque riduzione dei contrasti vi sia la prevedibilità europea oppure la colpevolezza nazionale ha senz'altro conseguenze significative. Come vedremo, nella prima prospettiva non si esita a valorizzare strumenti uniformizzanti anche "forti", come ad esempio il vincolo "a monte" del precedente; nella seconda prospettiva, invece, la prevedibilità si flexibilizza venendo valutata calibrando il giudizio più sulle caratteristiche del singolo soggetto agente. Ma al di là di queste differenze, per la verità molto significative, sembra esservi un punto centrale, condiviso: non è accettabile che contrasti giurisprudenziali permangano a lungo nel nostro ordinamento, definendosi in modo contraddittorio ciò che si può fare e ciò che invece risulta vietato.

A volte si tende a sovrapporre questa problematica della nomofilachia con quella esaminata in precedenza del vincolo del giudice alla legge, come se mediante la nomofilachia si potesse controllare anche il rapporto del giudice con la legge. Tuttavia, si tratta di problematiche diverse che devono essere tenute decisamente distinte. Che si tratti di problematiche differenti emerge chiaro dal fatto che si possono dare orientamenti consolidati rispetto ai quali la decisione del giudice risulta decisamente prevedibile e che tuttavia si collocano al di fuori della legalità; così come si possono creare orientamenti che si collocano nel solco della legalità, ma risultano contraddittori e disorientanti. Inoltre, vero che nomofilachia e regole ermeneutiche svolgono entrambe una funzione di garanzia, tuttavia si tratta di una funzione diversa. Le regole ermeneutiche, come abbiamo visto, riguardano sia i rapporti tra i poteri, sia i rapporti tra poteri dello Stato e le persone in una prospettiva che potremmo definire *ex post*, di concreto esercizio del potere nei confronti del singolo: insomma, le regole ermeneutiche non solo consentono di trovare un punto di equilibrio tra potere legislativo e potere giudiziario, ma anche di evitare esiti interpretativi che nel momento in cui si collocano al di fuori di una legge costituzionalmente legittima possono comportare la violazione di principi sostanziali e diritti della persona. La nomofilachia, invece, stringe sul rapporto tra poteri dello Stato nel loro complesso e persone, garantendo la prevedibilità *ex ante* delle decisioni e conseguentemente la possibilità di autodeterminarsi da parte dei consociati: un ordinamento che manda

⁵ V. per tutti G. CANZIO, *Il ruolo e la funzione nomofilattica della Corte di cassazione*, in ID., *Dire il diritto nel XII secolo*, Milano, 2022, p. 77 ss.; D. PERRONE, *Nullum crimen*, cit., p. 342 ss.; E. RECCIA, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite*, Torino, 2020.

messaggi contraddittori impedisce ai consociati di motivarsi e orientarsi secondo le norme.

1.3. Rilevanza e trattamento del mutamento giurisprudenziale sfavorevole.

Infine, la nuova legalità interpretativa pone come ultimo problema la rilevanza e il trattamento da riservare al mutamento giurisprudenziale *in malam partem*⁶. Nel momento in cui si riconoscono margini di manovra all'attività interpretativa, non solo è possibile che si vengano a creare contrasti sincronici, rispetto ai quali si pone l'esigenza di prevenirli o comunque risolverli celermente (nomofilachia), ma si può porre anche l'esigenza che là dove si assiste a una ribaltamento o comunque a una "inedita" estensione *in malam partem*, il nuovo orientamento non venga applicato ai fatti realizzati in presenza del precedente orientamento *in bonam partem*, perché è fuori discussione che il soggetto che ha realizzato tali fatti ha riposto affidamento proprio sull'orientamento giurisprudenziale *in bonam partem*. Ammesso che si ritenga di attribuire rilevanza all'*overruling* sfavorevole, si discute se debba operare l'*ignorantia legis* oppure il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. Non solo, ma come vedremo, particolarmente problematici risultano soprattutto quei mutamenti che se da un lato sono *in malam partem* rispetto al precedente orientamento consolidato, dall'altro lato, risultano comunque rientranti nel tipo criminoso forgiato dal legislatore, venendosi a creare in questa ipotesi la necessità di scegliere se privilegiare la legalità sul piano dei rapporti tra i poteri (con la conseguenza che la nuova interpretazione potrebbe retroagire perché comunque conforme al tipo) oppure la prevedibilità/irretroattività sul piano dei rapporti tra Stato e persone (con la conseguenza che invece la nuova interpretazione non dovrebbe retroagire proprio perché la persona ha fatto affidamento su un orientamento consolidato qualificato).

2. Alcune recenti sentenze della Corte costituzionale e della Corte di cassazione in tema di legalità penale: qualcosa, anzi molto, si muove.

Su questi tre fronti problematici della legalità penale sono intervenute di recente alcune pronunce giurisprudenziali di estremo interesse, che ci pare opportuno rimettere in fila nel tentativo di compiere una riflessione di sistema.

In particolare, con riferimento alla prima questione dei vincoli all'interpretazione attraverso la legalità, meritevoli di attenzione sono la sentenza della Corte costituzionale n. 98/2021, in tema di maltrattamenti in famiglia, e la sentenza delle Sezioni Unite n. 10381/2021, concernente l'art. 384 c.p. Ed infatti, la prima sentenza suscita interesse non solo – e non tanto – per la presa di posizione sulle regole

⁶ In argomento, cfr. D. PERRONE, *Nullum crimen*, cit., p. 342 ss.; A. MASSARO, *Determinatezza*, cit., p. 416 ss.; A. GALANTE, *Legalità e mutamenti giurisprudenziali nel diritto penale*, Firenze, 2021.

ermeneutiche, ma anche – e soprattutto – perché si può considerare, quanto meno a livello embrionale, un primo caso di giustiziabilità nazionale, ma “esterna” al potere giudiziario, di un’interpretazione in ordine alla sua conformità alle indicazioni legislative: insomma, per la prima volta la Corte costituzionale ha vagliato un’interpretazione adottata da un giudice remittente alla luce del divieto di analogia *in malam partem*. La seconda sentenza delle Sezioni Unite, invece, risulta interessante proprio sul piano delle regole ermeneutiche, perché, se, da un lato, resta fedele alle indicazioni fornite dal legislatore, dall’altro lato, però, va ben oltre i criteri della lettera e del significato linguistico per orientarsi nel senso di una valorizzazione della prospettiva teleologica connessa al criterio del “tipo legale”. Come vedremo, non esitiamo a ritenere che si tratti di una sentenza che magistralmente concorre a forgiare un nuovo metodo ermeneutico con nuove regole non più fondate sulla lettera e l’interpretazione linguistica, ma piuttosto sulla teleologia e l’interpretazione tipologica, e quindi capaci di offrire un vincolo alle indicazioni legislative, facendo tuttavia salva l’attività interpretativa del giudice.

Per quanto riguarda la seconda questione della nomofilachia, meritano attenzione la sentenza delle Sezioni Unite n. 8544/2020, relativa ai c.d. fratelli minori di Contrada, e le sentenze della Sezione VI della Corte di cassazione n. 5536/2022 e n. 5538/2022. In particolare, la prima sentenza delle Sezioni Unite, nel porre il punto fermo che i contrasti giurisprudenziali non rendono di per sé imprevedibile una decisione, riconnette le esigenze nomofilattiche uniformanti alla colpevolezza come categoria che consente di verificare l’effettiva motivabilità del soggetto da parte dell’ordinamento: insomma, in presenza di un contrasto giurisprudenziale, non solo la decisione *in malam partem* risulta oggettivamente prevedibile, ma l’eventuale imprevedibilità che determina la irresponsabilità deve essere connessa a valutazioni soggettive relative alla conoscibilità/inconoscibilità della legge penale. Le due sentenze della Sezione VI della Corte di cassazione meritano attenzione perché, in estrema sintesi, nel valorizzare i lavori delle riunioni che ogni Sezione può svolgere per confrontarsi sugli orientamenti giurisprudenziali, tendono a costruire una sorta di metodo *soft* diretto a prevenire il formarsi dei contrasti interpretativi all’interno di una stessa Sezione semplice.

Infine, sulla terza questione relativa all’*overruling in malam partem* (abbandono dell’orientamento favorevole) si deve accennare ad alcune recenti vicende giurisprudenziali caratterizzate nella sostanza da una successione di pronunce delle Sezioni Unite che hanno progressivamente ampliato l’ambito applicativo di fattispecie incriminatrici. In particolare, sul tema risulta di grandissimo rilievo la vicenda relativa alla fattispecie di produzione/diffusione di materiale pornografico avente ad oggetto minori, dove nel tempo si sono succedute addirittura tre sentenze delle Sezioni Unite – la n. 13/2000, la n. 51815/2018 e la n. 4616/2022 – che hanno progressivamente attratto nuovi fatti nell’ambito applicativo dell’art. 600-ter c.p. Ebbene, non si può non registrare come in presenza di un mutamento giurisprudenziale “qualificato” sfavorevole la nostra giurisprudenza non abbia mai attribuito rilevanza all’*overruling* sfavorevole, soprattutto nell’ipotesi delicatissima in cui il mutamento risulta per l’appunto qualificato, perché si realizza tra un precedente arresto “restrittivo” delle

Sezioni Unite e uno successivo estensivo, quindi *in malam partem*, proveniente sempre dalle Sezioni Unite. D'altra parte, in tale ipotesi, si pone senz'altro un'esigenza di garanzia, ma più che un problema di prevedibilità della singola decisione da parte del soggetto e quindi di eventuale errore sul precetto, sembra porsi soprattutto un problema sistematico di oggettiva mancata comunicazione, previa rispetto al fatto commesso, da parte dell'ordinamento circa l'estensione di un precetto, risultando quindi più consona l'operatività della garanzia della irretroattività.

2.1. La sentenza della Corte costituzionale n. 98/2021 sui maltrattamenti in famiglia tra regole ermeneutiche ...

Come accennato, la sentenza della Corte costituzionale n. 98/2021 è di grande interesse sul fronte della prima problematica che abbiamo definito della necessità che operino regole ermeneutiche che vincolano il giudice alla legge⁷. Si è trattato di una sentenza che nell'affrontare una questione di legittimità a carattere processuale, nel momento in cui ne ha valutato l'ammissibilità, ha finito per allargarsi a considerazioni che attengono per l'appunto alla legalità e più precisamente al rispetto del divieto di analogia *in malam partem*.

In estrema sintesi, nella vicenda specifica, la Corte costituzionale si è soffermata sul concetto di "convivenza" nella fattispecie di maltrattamenti in famiglia, osservando nella sostanza come la Corte remittente avesse adottato un'interpretazione estensiva se non addirittura analogica nel momento in cui aveva attribuito rilevanza a relazioni che si basavano su un rapporto meramente affettivo, più che su relazioni stringenti di condivisione di una reale esistenza in comune.

Ebbene, sempre come accennato, questa sentenza è di grande rilievo, non solo e non tanto sotto il profilo delle regole ermeneutiche, quanto piuttosto sotto il profilo del controllo "esterno" sugli esiti ermeneutici. Ed infatti, per quanto riguarda le regole ermeneutiche, la Corte costituzionale adotta una prospettiva di fortissima valorizzazione del testo della legge, che potrebbe addirittura indurre a ritenere che la Corte torni a propugnare una sorta di legalità legalistica: «il divieto di analogia», afferma la Corte, «non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al

⁷ A commento di tale sentenza, cfr. F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1218 ss.; L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *disCrimen*, 16.7.2021; M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo (nota a Corte cost n. 98/2021)*, in *AIC - Osservatorio costituzionale*, 5 ottobre 2021.

consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte»⁸.

Vero che la Corte valorizza molto la dimensione testuale linguistico-letterale, si deve tuttavia ritenere che il senso del richiamo effettuato dalla Corte costituzionale al giudice sia di ben altro tenore. Ed infatti, anzitutto, si deve osservare come la Corte costituzionale, ogni volta che affronta questioni in tema di legalità, oscilli tra orientamenti fortemente legalistici ed orientamenti che invece attribuiscono un ruolo significativo all'interpretazione giudiziale. Così, ad esempio, nella prima prospettiva si collocano la sentenza n. 230/2012, che nell'escludere la retroattività dei mutamenti giurisprudenziali favorevoli ha fatto leva sulla riserva di legge e sulla separazione dei poteri, nonché la sentenza n. 115/2018 (c.d. Taricco 2), che nella sostanza ha finito per appellarsi ai contro-limiti derivanti dal nostro assetto istituzionale. Nella seconda prospettiva, che riconosce invece margini all'interpretazione, si colloca la sentenza n. 327/2008, dove, premesso che «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga [vale], di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale», si precisa che «l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa [può] assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa». Sulla stessa scia, si muove la sentenza n. 24/2019, dove, riguardo alle misure di prevenzione, si riconosce addirittura un ruolo tassativizzante alla giurisprudenza rispetto ad un precetto che nella sostanza si ritiene di per sé, già in astratto, assolutamente indeterminato.

Ecco che il richiamo effettuato dalla Corte costituzionale al giudice *a quo*, sembra andare soprattutto nel senso di indurlo a un impegno maggiore nella fase ermeneutica sul piano del rapporto con la legge. Detto diversamente si potrebbe parlare di una sorta di monito non solo al giudice *a quo*, ma più in generale a tutti gli esercenti la giurisdizione, per contro-bilanciare una tendenza della giurisprudenza, sempre più stigmatizzata anche dalla scienza giuridica, volta ad adottare orientamenti eccessivamente estensivi che tendono a porsi al di là dei limiti tracciati dalla legge, con la conseguenza che la legalità penale finisce per assumere una fisionomia interamente giurisprudenziale.

Da parte nostra, non si può fare a meno di ribadire come un contenimento della tendenza ad estendere l'ambito applicativo delle fattispecie si possa ottenere senza la necessità di tornare alla lettera della legge, ma facendo leva soprattutto su una vera e propria nuova ermeneutica, basata sul c.d. tipo legale, forgiato per l'appunto dal legislatore, consentendo così di conciliare i margini interpretativi con la necessità di

⁸ Corte cost., sent. n. 98/2021, dove si afferma ulteriormente quanto segue: «è evidente [...] che la *ratio* della riserva assoluta di legge in materia penale, che assegna alla sola legge e agli atti aventi forza di legge il compito di stabilire quali siano le condotte costituenti reato, sul presupposto che una simile decisione [...] spetti soltanto ai rappresentanti eletti a suffragio universale dall'intera collettività nazionale, verrebbe nella sostanza svuotata ove ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti».

restare vincolati alle indicazioni legislative⁹. Posto infatti che di regola si danno due interpretazioni rispondenti a *rationes* diverse, il vero problema ermeneutico che si deve affrontare attiene alla scelta, tra le due *rationes*, di quella riconducibile o comunque maggiormente conforme al tipo legale forgiato dal legislatore. Detto diversamente, la nuova legalità penale che ammette spazi all'interpretazione implica anche una nuova ermeneutica che invece di porre direttamente a confronto la porzione del fatto con il lemma della legge, riconosce che, rispetto al lemma all'interno del quale deve essere sussunta la porzione di fatto, si danno due diverse opzioni ermeneutiche, dovendosi stabilire quale delle due opzioni risulta conforme o maggiormente conforme al tipo legale configurato dal legislatore. Con la conseguenza che i classici canoni ermeneutici della lettera, del sistema, della conformità a Costituzione etc., vengono in gioco soprattutto per definire lo stesso tipo legale e quindi nella sostanza il criterio teleologico alla luce del quale si potrà adottare la soluzione ermeneutica che per l'appunto risulta più conforme al tipo legale.

Ecco che, in questa prospettiva, la fattispecie di maltrattamenti in famiglia può essere ricostruita secondo due diverse prospettive: da un lato, i maltrattamenti si possono considerare espressivi di un disvalore peculiare perché i diversi comportamenti, spesso già di per sé penalmente rilevanti, sono realizzati in un particolare contesto come quello per l'appunto affettivo: insomma, fatti che già di per sé sono punibili, esprimono una maggiore gravità nel momento in cui sono realizzati in contesti affettivi, dove invece di "offendersi" ci si dovrebbe proteggere e tutelare; dall'altro lato, il disvalore dei maltrattamenti si appunta sulla circostanza che è la particolare relazione stringente che può diventare l'ambiente di comportamenti particolarmente aggressivi, anche perché più una relazione è stringente, più le dinamiche relazionali possono farsi "perverse", risultando oltretutto difficile rompere tale relazione¹⁰. Vero questo, ecco che nella prima prospettiva si tende ad attribuire rilevanza anche a una relazione *soft*, basata per l'appunto su una relazione meramente affettiva: compiere offese in presenza di una relazione affettiva può esprimere un particolare disvalore; dall'altro lato, ci si basa invece su una relazione *hard*, che si riferisce a relazioni di convivenza stringente, fatte nella sostanza di coabitazione o comunque di relazioni che implicano una vera e propria unione quotidiana e progettuale delle esistenze. Nella prima ipotesi la relazione aggiunge disvalore all'aggressione; nella seconda ipotesi la relazione istituisce e fonda lo stesso disvalore, in ragione di una sorta di connessione "genetica" tra relazione e aggressione per cui,

⁹ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1769 ss. Per una valorizzazione del "tipo legale", cfr. R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del diritto penale*, Bologna, 2007; G. CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars interpretandi*, 2016, p. 91 ss.; P. POMANTI, *La riconoscibilità della norma penale*, Napoli, 2019.

¹⁰ V. sul punto R. BARTOLI, *La tutela della persona dalle aggressioni violente. Maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572)*, in M. BERTOLINO (a cura di), *Reati contro la famiglia*, Torino, 2022, p. 199 ss. In argomento, cfr. anche A.A. SALEMME, *Il delitto di maltrattamenti in famiglia*, in G. FIDELBO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, Torino, 2021, p. 343 ss.

nella sostanza, si pone l'esigenza che lo Stato intervenga a porre fine alla stessa relazione.

Vero questo, punto decisivo per la legalità diviene stabilire quale sia il tipo criminoso adottato dal legislatore con la previsione dell'art. 572 c.p. ed è qui che interviene un ulteriore livello ermeneutico che si appunta sul tipo criminoso forgiato dal legislatore ovvero sulla formulazione astratta della fattispecie ed è a questo livello che operano i canoni classici canoni ermeneutici della lettera, del sistema, della conformità ai principi, etc. Ebbene, la formulazione del tipo criminoso adottata dal nostro legislatore nell'art. 572 c.p. si orienta proprio nel senso della relazione *hard*, in quanto la fattispecie tipizza situazioni in presenza delle quali si può affermare che risulta difficoltoso per colui che patisce i maltrattamenti di sottrarsi ad essi e particolarmente agevole per colui che li perpetua di proseguire. Insomma, è la relazione stringente, che nella ipotesi affettiva non può che assumere i connotati della vera e propria convivenza, che costituisce l'*humus* per il particolare disvalore dei maltrattamenti.

A favore di questa interpretazione sta anzitutto l'abitudine dei comportamenti criminosi, vale a dire una reiterazione qualificata sul piano temporale: insomma gli episodi non possono che essere cronologicamente ravvicinati e caratterizzati da una contestualità omogenea. In secondo luogo, a favore sta la circostanza che si considerano maltrattamenti anche comportamenti reiterati che di per sé non costituiscono reato, dovendosi precisare che in queste ipotesi, per aversi maltrattamenti, sono necessari molti episodi capaci di generare un vero e proprio clima di paura e soggezione compatibile soltanto con una relazione stretta. Ed ancora, il legislatore tipizza una serie di rapporti che presentano tutti un carattere relazionale particolarmente stringente, e ciò proprio perché la dinamica criminosa finisce per essere espressione di questa relazione del tutto peculiare. Andando ancora più a fondo, si può osservare come il nostro ordinamento tenda a riconoscere margini di "irrilevanza penale" rispetto a singoli episodi sporadici che esprimono disvalore ma sono realizzati in contesti relazionali qualificati, scelta che si deve ritenere più che opportuna, se non si vuole che il diritto penale, con la sua forza deflagrante, entri nelle dinamiche relazionali che sono per l'appunto stabili, finendo per dissolvere rapporti che invece si vuole che permangano. Mentre è la reiterazione serrata di questi fatti che determina un disvalore tale per cui si rende necessario un intervento esterno. Ecco che, all'interno delle relazioni particolarmente stringenti e significative si vengono a distinguere due situazioni: da un lato, episodi sporadici di minore rilevanza, rispetto ai quali, anche al fine di non compromettere definitivamente il rapporto, la vittima si può difendere presentando la querela; dall'altro lato, episodi che anche in ragione della abitudine divengono di gravità significativa, rispetto ai quali invece lo Stato può intervenire anche d'ufficio, proprio perché la stessa relazione deve essere interrotta essendo alla base della violenza. Con la conseguenza che lo Stato deve avere molta cura e prudenza nel qualificare queste vicende, non potendo trasformare ogni denuncia per fatti non perseguibili in assenza di querela in maltrattamenti in famiglia.

2.1.1. ... e giustiziabilità del divieto di analogia

Come accennato, ciò che forse merita maggiore interesse di questa sentenza non è tanto la parte relativa alle regole ermeneutiche, ma la circostanza che la Corte costituzionale interviene a “giustiziare” l’attività ermeneutica del giudice remittente. In buona sostanza, a quanto ci risulta per la prima volta nella storia della sua attività, la Corte costituzionale ha preso – per così dire – espressamente posizione sul merito dell’interpretazione adottata dal giudice *a quo*, osservando come essa si collocasse al di fuori della legalità. Là dove si ritenga che la legalità penale deve comunque vincolare l’attività ermeneutica del giudice, questa sentenza apre quindi al tema se non si possa riconoscere un ruolo alla Corte costituzionale nel far rispettare tale vincolo.

A ben vedere, infatti, se la valutazione del rispetto della legalità è rimessa interamente nelle mani della giurisdizione di legittimità (si pensi al ruolo delle Sezioni Unite), è evidente come questo vincolo della legalità rischi di essere più teorico che pratico: come “difendersi” da una stabilizzazione della giurisprudenza, magari addirittura qualificata perché proveniente dalle Sezioni Unite, su orientamenti interpretativi che tuttavia si pongono in netto contrasto con le indicazioni legislative?

Inoltre, come abbiamo accennato all’inizio, da una collocazione del giudice al di fuori della legge, non solo il diritto penale è prodotto indebitamente dal giudice in assenza di una legittimazione democratica, ma l’esito interpretativo si può porre in contrasto con i diritti e i principi costituzionali. Forse potremmo dire di più: come ci insegna la giurisprudenza della Corte EDU, l’interpretazione e l’applicazione della legge possono comportare la violazione di diritti e di principi costituzionali. Ebbene, chi meglio della Corte costituzionale potrebbe vagliare tali violazioni?

Ecco allora che un controllo sul rispetto del vincolo della legalità da parte del potere giudiziario potrebbe essere rimesso ad un organo diverso dalla giurisdizione di legittimità. A ben vedere, questo in parte già avviene nel momento in cui la decisione del giudice nazionale è oggetto di un giudizio davanti alla Corte EDU proprio per la violazione del principio di legalità, nonché di eventuali diritti e principi di garanzia. Ma si può porre anche il tema se una valutazione di questo genere non possa essere compiuta anche in ambito nazionale, attribuendo un ruolo alla stessa Corte costituzionale: ecco allora che si potrebbero prospettare questioni di legittimità perché ad esempio si è consolidato un orientamento che si ritiene collocarsi al di fuori della legge o violare diritti e principi di garanzia.

Ebbene, un controllo esterno da parte della Corte costituzionale potrebbe essere senz’altro compiuto se attraverso una riforma si introducesse anche nel nostro ordinamento un ricorso diretto alla Corte costituzionale, come avviene ad esempio nell’ordinamento tedesco mediante il *Verfassungsbeschwerde* o nell’ordinamento spagnolo mediante il *recurso de amparo*¹¹. Una soluzione di questo tenore a nostro avviso sarebbe del tutto coerente con l’attuale assetto del costituzionalismo moderno

¹¹ In argomento cfr. per tutti M. LUCIANI, *I ricorsi individuali dinanzi alle più alte giurisdizioni. Una prospettiva di diritto comparato*, Servizi Ricerca del Parlamento europeo, 2017.

orientato a tutelare le persone da possibili abusi non solo del legislatore, ma prima ancora, di tutti i poteri pubblici di uno Stato, compreso quello giudiziario. Insomma, così operando si tutelerebbero sia la legalità che i diritti e le garanzie dei cittadini.

Piuttosto c'è da chiedersi se un controllo sul rispetto della legalità (e per questa via anche dei diritti e dei principi) da parte dei giudici non possa essere realizzato già a sistema vigente attraverso l'accesso incidentale. A me non pare che vi siano ostacoli. Certo, l'accesso sarebbe pur sempre mediato dalla stessa giurisdizione e la Corte finirebbe per prendere una posizione ermeneutica che si tende a ritenere di competenza esclusiva della Corte di cassazione. Tuttavia, non si tratta di uno scenario implausibile, proprio se si considera la trasformazione che ha subito la legalità e la sentenza n. 98/2021.

Anche perché da tempo la Corte si trova a sindacare la legittimità non della legge astratta, ma della legge interpretata (v. per tutte Corte cost., n. 24/2019). Inoltre, soprattutto attraverso il sindacato di ragionevolezza, la Corte non solo prende posizione su alternative ermeneutiche, ma addirittura ridefinisce in termini assiologici la *ratio* delle fattispecie rispetto alle quali si pone un problema di ragionevolezza. Ed infatti, ogni volta che viene sollevata questione di legittimità costituzionale sulle scelte di criminalizzazione o sulla proporzione di un trattamento sanzionatorio, la Corte è chiamata a compiere un'operazione ermeneutica preliminare che nella sostanza entra nel merito delle opzioni ermeneutiche. Addirittura si potrebbe arrivare ad affermare che le questioni di legittimità relative alla scelte di criminalizzazione e alla proporzione del trattamento sanzionatorio, in realtà nascondono al proprio interno questioni di determinatezza/interpretazione, proprio perché il riassetto costituzionale di ragionevolezza/proporzione passa dalla preliminare ridefinizione delle teleologie tipologiche e quindi da dinamiche interpretative.

Andando ancora più a fondo, una soluzione del genere consentirebbe anche di consolidare proprio quegli orientamenti giurisprudenziali che per l'appunto si collocano al di fuori della stessa legge, non potendosi che riconoscere nella Corte costituzionale l'organo deputato – per così dire – a riscrivere la legalità in una prospettiva costituzionalmente orientata: si pensi a quanto avviene nell'applicazione della violenza sessuale, dove all'interno della stessa fattispecie incriminatrice si fanno rientrare sia fatti violenti sia fatti che invece prescindono dal consenso, vale a dire fatti che esprimono un tipo di disvalore decisamente diverso.

2.2. La sentenza delle Sezioni Unite n. 10381/2021 sull'art. 384 c.p.: verso una nuova ermeneutica basata sul tipo legale.

Sempre sul fronte del vincolo del giudice alla legge, di grandissimo interesse è la sentenza delle Sezioni Unite n. 10381/2021, relativa all'art. 384 c.p.¹². La questione

¹² A commento della sentenza, ancorché con accenti differenti, cfr. F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in *Sistema penale*, 22 marzo 2021; G. FORNASARI, *Scusanti, analogia famiglia di fatto: brusco overruling delle Sezioni Unite sull'applicabilità*

affrontata riguardava la possibilità di applicare la norma ai conviventi *more uxorio*, nonostante che il testo legislativo si riferisse ai “prossimi congiunti” all’interno dei quali, sempre per la testualità legislativa, si fanno rientrare soltanto i “coniugi” (art. 307 c.p.) e non anche i conviventi. La Corte ha pertanto affrontato una questione che attiene proprio alle regole dell’interpretazione.

Ebbene, le Sezioni Unite si sono orientate nel senso della applicabilità osservando come l’art. 384 c.p. sia una causa scusante che attribuisce rilevanza ad alterazioni del procedimento motivazionale, con la conseguenza che quella alterazione motivazionale tipizzata nell’art. 384 c.p. è presente non solo in coloro che sono legati da un vincolo formale di coniugio, ma anche in coloro che hanno un vincolo affettivo “qualificato” che si radica nella convivenza concepita in termini forti: l’art. 384 c.p. – affermano le Sezioni Unite – «tipizza una situazione oggettiva in cui il procedimento motivazionale del soggetto risulta ‘alterato’, tanto da poter escludere la colpevolezza attraverso la valorizzazione del coinvolgimento psichico [...] Alla condotta dell’agente, che risulti ‘motivata’ secondo quanto prevede la norma, corrisponde un abbassamento della pretesa statuaria, in base alla *ratio* dell’inesigibilità». Ecco allora che – proseguono le Sezioni Unite – «l’art. 384, primo comma, cod. pen., così come l’art. 199 cod. proc. pen., è volto a tutelare l’unità della famiglia in relazione all’interesse pubblico alla punizione, attraverso la tutela della libertà del singolo componente. Ciò avviene valorizzando il coinvolgimento psicologico dell’agente, dando rilievo alla situazione di conflitto che altera “il procedimento di motivabilità”, che coinvolge la sfera della “colpevolezza”. La struttura, la funzione e la natura della scusante dell’art. 384, primo comma, così come ricostruita, consente di concludere riconoscendo una assoluta parità delle situazioni in cui possono venirsi a trovare il coniuge e il convivente, nel senso che l’esistenza di un conflitto determinato da sentimenti affettivi, non può essere valutato diversamente a seconda che l’unione tra due persone sia fondata o meno sul vincolo matrimoniale».

Ebbene, questa sentenza offre spunti per il tema delle regole ermeneutiche, proprio perché costituisce un esempio di come si possa compiere un’attività interpretativa vincolata alla legge, senza tuttavia basarsi sulla lettera della legge, ma facendo leva sulla *ratio* della norma così come emerge dal tipo legale espresso dal legislatore.

Ma andiamo per ordine. Anzitutto, del tutto evidente l’esito – per così dire – anti-legalistico/letterale derivante dalla valorizzazione della *ratio* della norma: ed infatti, mentre l’espressione “prossimi congiunti” presente nell’art. 384 c.p. rinvia alla definizione contenuta nell’art. 307, comma 4, c.p., facente riferimento ai “coniugi”, le Sezioni Unite adottano un’interpretazione di prossimi congiunti che

dell’art. 384 c.p. ai conviventi *more uxorio*, in *Giur. it.*, 2021; S. FIORE, *Non aspettare più Godot. Il problema dell’applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in *Archivio penale*, n. 2/2021, p. 1 ss.; A. MACCHIA, *Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell’art. 384, comma 1, cod. pen.*, in *Dir. pen. contemp. – Rivista trimestrale*, 2/2021, 1 ss.; nonché, volendo, R. BARTOLI, *Con una lezione di ermeneutica Le Sezioni Unite parificano i conviventi ai coniugi*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1078 ss. Sulla ordinanza di remissione, v. G. DI BIASE, *Analogia in bonam partem e cause di esclusione della colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2827 ss.

nell'autonomizzarsi dalla definizione di cui all'art. 307 c.p., limitata ai "coniugi", attribuisce rilevanza ai conviventi. In secondo luogo, è proprio alla luce della *ratio* dell'art. 384 c.p. che le Sezioni Unite compiono una coerente operazione interpretativa, per cui, elevato a criterio ermeneutico il procedimento motivazionale alterato dal legame affettivo che intercorre tra i soggetti, le due situazioni di chi vive un legame affettivo formalizzato e di chi vive un legame affettivo consolidato risultano nella sostanza identiche. In terzo luogo, ed eccoci al passaggio centrale sul piano ermeneutico in cui si esprime il vincolo legislativo, che l'art. 384 c.p. sia orientato a questa *ratio* motivazionale e di colpevolezza si ricava dalla stessa configurazione legislativa dell'istituto, che fa riferimento ad elementi che attribuiscono rilievo al procedimento motivazionale, a cominciare dalla "necessità di salvare": insomma, quando si tratta di amministrare la giustizia, lo Stato pone il dovere di dire la verità, ma l'interesse pubblico sotteso al dovere soccombe allorché le dichiarazioni riguardano persone con le quali il dichiarante ha un rapporto affettivo significativo, perché tale situazione altera il procedimento motivazionale, con la conseguenza che la violazione del dovere non risulta personalmente attribuibile al soggetto. E questa concezione emerge proprio dalla descrizione tipologica del legislatore che fa riferimento alla "necessità di salvare".

Si potrebbe obiettare che mentre la Consulta affronta una questione in *malam partem* e quindi non può che restringere l'ambito applicativo della fattispecie, le Sezioni Unite affrontano invece una questione in *bonam partem* e quindi sono legittimate a estendere. Questa obiezione a nostro avviso non coglie nel segno, in quanto, a ben vedere, sia che si tratti di norme in *malam partem* oppure in *bonam partem*, non si può prescindere dalle indicazioni legislative. Anche perché l'idea che le regole ermeneutiche possano vincolare il giudice alla legge soltanto se si tratta di norme in *malam partem* non tiene conto della circostanza che le norme di favore devono comunque rispondere a un'applicazione pur sempre omogenea e conforme al tipo, generandosi altrimenti non solo disparità di trattamento, ma ancora una volta il rischio che siano violati diritti e principi di garanzia. Così come mi pare che si debba rimeditare l'idea che all'interno delle norme favorevoli si possa distinguere tra quelle eccezionali non estensibili e quelle "regolari" (cause di giustificazione) che invece risultano estensibili. Ed infatti anche norme favorevoli "regolari" applicate in termini estensivi possono dare esiti che contrastano con le garanzie: si pensi all'estensione dei requisiti della legittima difesa che potrebbe portare a un sovvertimento tale da violare l'art. 2 CEDU.

Infine, da respingere con forza è anche l'idea, spesso diffusa, che interpretazione teleologica equivalga a interpretazione necessariamente analogica nel senso di interpretazione che si colloca al di fuori delle indicazioni legislative, mentre l'interpretazione letterale sarebbe sempre e comunque restrittiva¹³. Ed infatti, da un lato, è ben possibile che interpretazioni teleologiche siano più restrittive (si pensi a

¹³ V. R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1769 ss.

un'interpretazione della truffa che facendo leva sull'offesa all'autodeterminazione patrimoniale torni a valorizzare l'errore rendendo così del tutto irrilevante il silenzio serbato rispetto a un errore già esistente), così come, dall'altro lato, interpretazioni meramente letterali possono determinare indebite estensioni (si pensi all'interpretazione della reiterazione nella fattispecie di atti persecutori che nel ritenere sufficienti due episodi finisce per mettere del tutto in secondo piano gli eventi e la causalità soprattutto quando si è in presenza di condotte che consistono in mere molestie).

Ecco che questa sentenza finisce per fare riferimento a un procedimento ermeneutico decisamente innovativo, sensibile sempre alle indicazioni legislative, le quali tuttavia non vengono ricavate dai singoli lemmi impiegati dal legislatore e interpretati "linguisticamente" ponendoli direttamente a contatto con i fatti da qualificare, ma dalla *ratio* della norma, la quale viene ricostruita sulla base della descrizione del tipo legale. Ed infatti, una volta individuata una possibile interpretazione, fondamentale diviene verificare se questa interpretazione sia compatibile o comunque maggiormente compatibile con il tipo legale forgiato dal legislatore. Con la conseguenza ultima che la dimensione linguistica non viene in gioco in quanto tale, ma nella sua proiezione finalistica in ragione di una necessaria corrispondenza che intercorre tra descrizione del fatto tipico e scopo di tutela.

2.3. La sentenza delle Sezioni Unite n. 8544/2020 sui c.d. fratelli minori del caso Contrada: il contrasto giurisprudenziale esclude la colpevolezza.

Venendo al tema della nomofilachia, la nostra attenzione si deve concentrare sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 8544/2020, relativa ai c.d. fratelli minori di Contrada¹⁴. La questione riguardava la possibilità di applicare – per così dire – automaticamente i principi enunciati nella sentenza della Corte EDU sul caso Contrada anche ai c.d. fratelli minori, vale a dire a tutti coloro che erano stati condannati per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti commessi nello stesso periodo in cui aveva agito Contrada. La Corte Suprema ha negato siffatta applicabilità "automatica".

La Corte EDU aveva ritenuto la decisione di condanna di Contrada da parte del nostro ordinamento imprevedibile soprattutto in virtù dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale nel momento in cui Contrada aveva agito. Le Sezioni Unite rifiutano con forza il criterio oggettivo adottato, basato sul mero contrasto giurisprudenziale, affermando, nella sostanza, che il contrasto giurisprudenziale di per sé, sul piano oggettivo, non può escludere la prevedibilità: «le divergenti definizioni giuridiche date al contributo dell'*extraneus* ed il numero limitato di opzioni alternative, individuate in

¹⁴ In argomento cfr. G. AMARELLI, *Le Sezioni Unite negano efficacia "erga alios" alla Contrada: i fratelli minori vanno a Strasburgo*, in *Giur. it.*, 2020, p. 898 ss.; C. PEDULLÀ, *Difetti strutturali dell'ordinamento nazionale e diritto convenzionale consolidato nei rapporti fra diritto interno e sistema CEDU. I seguiti interni del caso Contrada, in attesa di ulteriori sviluppi esterni*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2001 ss.; nonché, volendo, R. BARTOLI, *Chiusa la saga Contrada: in caso di contrasto giurisprudenziale opera la colpevolezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 775 ss.;

giurisprudenza, rendevano conoscibile in via anticipata al momento del compimento della condotta la possibile adozione di una delle soluzioni in discussione».

In particolare, Le Sezioni Unite distinguono opportunamente tra mutamento e contrasto giurisprudenziale, per cui mentre in presenza di un mutamento si può parlare di imprevedibilità, in presenza di contrasto non solo non lo si può fare, ma piuttosto la decisione risulta prevedibile proprio in ragione dell'esistenza del contrasto: «singole sezioni penali di questa Corte, chiamate a pronunciarsi in relazione a decisioni giudiziali, assunte dalle Sezioni Unite in un momento successivo alla violazione dei precetti che aveva dato luogo al processo, quindi giocoforza retroattive, in tema di imprescrittibilità della pena dell'ergastolo (Sez. U. n. 19756 del 24/09/2015, Trubia, Rv. 266329), di corretta interpretazione del delitto di cui all'art. 615-ter cod. pen. (Sez. U. n. 41210 del 18/05/2017, Savarese, Rv. 271061) e di inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi (Sez. U. n. 8825 del 27/10/2016, dep. 2017, Galtelli, Rv. 268822), hanno rilevato che l'*overruling* non consentito, perché non prevedibile per l'imputato, è ravvisabile nei soli casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni, mentre va esclusa qualora la soluzione offerta si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di opinioni, che di per sé rende l'esito conseguito comunque presente e possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario (Sez. 5, n. 13178 del 12/12/2018, dep. 2019, Galvanetti, Rv. 275623; Sez. 5, n. 41846 del 17/05/2018, Postiglione, Rv. 275105; Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, Fabbrizzi, Rv. 273876; Sez. 5, n. 47510 del 09/07/2018, Dilaghi, Rv. 274406; Sez. 5, n. 31648 del 17/06/2016, Falzone)».

Insomma, è lo stesso contrasto giurisprudenziale che rende conoscibile in via anticipata la soluzione che poi verrà adottata, generando quindi quanto meno un dubbio.

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite non può che essere condivisa. Anche perché, se il mero contrasto dovesse comportare di per sé imprevedibilità, si avrebbero effetti dirompenti per il nostro assetto istituzionale/costituzionale. Da un lato, si deve osservare come nel nostro ordinamento i contrasti giurisprudenziali sincronici siano considerati addirittura fisiologici: si pensi alla disciplina contenuta nell'art. 618 c.p.p. e alla dialettica che intercorre tra Sezioni semplici e Sezioni Unite. Con la conseguenza che, in ipotesi, può essere la protrazione eccessiva di un contrasto a determinare l'imprevedibilità, ma non il mero contrasto in sé e per sé considerato. Dovendosi osservare come, in presenza di un contrasto giurisprudenziale che si protrae per lungo tempo, si potrebbe porre anche un problema di determinatezza della fattispecie, visto che la difficoltà di individuare un'interpretazione univoca potrebbe essere espressione di un tipo legale incapace di esprimere un disvalore sufficientemente omogeneo.

Dall'altro lato, se si dovesse dare stabile rimedio all'imprevedibilità derivante da contrasto in modo da impedire il futuro ripetersi di analoghe trasgressioni nell'interesse generale dei soggetti, il nostro ordinamento dovrebbe adoperarsi per evitare in via anticipata la stessa formazione dei contrasti e quindi nella sostanza

dovrebbe orientarsi addirittura nel senso del vincolo del precedente¹⁵. Tuttavia, l'adozione del vincolo del precedente, oltre a presentare una serie significativa di inconvenienti specifici¹⁶, comporterebbe addirittura una trasformazione del nostro principio di legalità nel senso di una legalità che non esitiamo a definire giurisprudenziale, vale a dire di una legalità che si dissolverebbe interamente e totalmente nell'interpretazione perdendo qualsiasi contatto con le indicazioni della legge. Ad assumere rilevanza, infatti, finirebbe per essere l'orientamento stabilizzato vincolante, e vincolante in quanto stabilizzato, e ciò indipendentemente dal rapporto che tale orientamento avrebbe con le indicazioni fornite dal legislatore, con la conseguenza che vincolante potrebbe divenire anche un orientamento stabile che contraddice il tipo legale¹⁷.

I contrasti giurisprudenziali sono quindi irrilevanti? Oppure possono rilevare? E se sì, a quali condizioni? A ben vedere, è questo l'aspetto più innovativo della sentenza delle Sezioni Unite n. 8544/2020, che rischia di passare in secondo piano, ma che invece deve essere valorizzato, perché le Sezioni Unite non chiudono alle istanze europee, ma se ne fanno carico, individuando però un diverso strumento per soddisfare tali istanze e compatibile con il nostro assetto istituzionale: «il concetto di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta non è estraneo all'ordinamento nazionale, ma è veicolato attraverso la nozione di errore di diritto incolpevole».

Il passaggio è di grandissimo rilievo perché implica significativi riconoscimenti in termini di garanzia. La legge non è quella astratta, ma quella interpretata. Inoltre, attribuire rilevanza alla legge interpretata significa dover ripensare alcune garanzie nell'ottica del destinatario dei precetti (la stessa prospettiva della Corte europea), in quanto si può venire a creare uno iato tra legge astratta e legge interpretata, così come si vengono a creare per l'appunto contrasti giurisprudenziali, quindi incertezze. E posto che non può operare il vincolo preventivo del precedente e che il contrasto può essere risolto soltanto *ex post*, si deve essere in grado di offrire garanzie proprio nei confronti di chi ha agito nel momento del contrasto, ma non in termini oggettivi, bensì

¹⁵ Per una valorizzazione del precedente, cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. contemp.*, 19 dicembre 2016. Per una valorizzazione del precedente nell'ambito di una corretta "ermeneutica prescrittiva", cfr. V. MANES, *Dalla fattispecie al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. contemp.*, 17 gennaio 2018; R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit.; F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1249 ss.

¹⁶ V. per tutti F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1255 ss.; nonché, volendo, R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità penale*, cit., p. 164 ss.

¹⁷ Di questo hanno piena contezza le stesse Sezioni Unite, che in un passaggio davvero deciso affermano: «nell'ambito dell'ordinamento interno, contrassegnato dal valore non vincolante del precedente, dall'efficacia soltanto persuasiva, per la profondità ed accuratezza dei suoi argomenti, dell'interpretazione giurisprudenziale, il cui avvento non soggiace di per sé al divieto di retroattività e non è assimilabile ad una nuova disposizione di legge, un eccessivo irrigidimento del criterio della prevedibilità dell'esito processuale in senso oggettivo finirebbe per precludere alla Corte di cassazione, cui questa attività compete istituzionalmente, di individuare una nuova soluzione esegetica sfavorevole all'imputato, *ma rispettosa dell'essenza del reato tipizzato dalla legge* [corsivo nostro]», alludendo peraltro al criterio del tipo legale.

in termini soggettivi: quindi, in presenza di un contrasto si deve compiere un giudizio di superabilità/insuperabilità del dubbio oppure accertare la mancanza di dubbio anche alla luce delle competenze soggettive, dando così rilevanza all'errore sul precetto di cui all'art. 5 c.p.

2.4. Le sentenze della Sezione VI della Corte di cassazione n. 5536/2022 e n. 5538/2022: elaborazione di strumenti soft per prevenire il formarsi di contrasti giurisprudenziali.

Sempre sul tema della nomofilachia e quindi del superamento/prevenzione dei contrasti, di interesse risultano anche due recenti sentenze "gemelle" della Sezione VI della Corte di cassazione, la n. 5536/2022 e la n. 5538/2022.

Limitando la nostra indagine alla prima, la Corte affronta la questione «se il reato di turbata libertà nel procedimento di scelta del contraente [art. 353-bis c.p.] sia configurabile anche quando, come nel caso di specie, la condotta perturbatrice non sia finalizzata ad inquinare lo sviluppo di una procedura selettiva, ma ad evitare la gara e a consentire l'affidamento diretto in assenza delle condizioni previste dalla legge».

Ebbene, al di là dell'esito negativo al quale giunge la Corte di cassazione, interessante ai nostri fini è la seguente affermazione contenuta nella motivazione: «la Corte di appello ha adottato una soluzione positiva, che tuttavia non può essere accolta anche perché contrastante con l'orientamento condiviso della Sezione, emerso nel corso della riunione tenutasi, ai sensi dell'art. 47 *quater* r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (ordinamento giudiziario), per superare letture disomogenee sull'art. 353-bis cod. pen.».

Per comprendere la rilevanza di questo inciso si deve considerare che sulla base dell'art. 47-*quater* dell'ordinamento giudiziario i Presidenti di Sezione della Corte di cassazione nel vigilare sull'attività dei giudici e nel curare «anche lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione», possono organizzare, e da tempo organizzano, riunioni non soltanto di confronto sugli orientamenti interpretativi interni alle singole Sezioni, ma anche finalizzate a superare eventuali contrasti, individuando nella sostanza la soluzione ermeneutica condivisa. Ecco che per la prima volta queste due sentenze nell'aderire a una opzione interpretativa hanno valorizzato proprio gli esiti di queste riunioni.

Ebbene, di queste sentenze si potrebbe parlare come di una sorta di "Sezioni Unite" all'interno della singola sezione, orientate a individuare un orientamento unitario. Ed infatti, a ben vedere, un contrasto giurisprudenziale conclamato non c'è ancora, poiché altrimenti vi sarebbero gli estremi per sollevare la questione davanti alle Sezioni Unite. Quindi ci si trova in una fase anticipata, dove però sono presenti "segnali" che lasciano presagire che su una determinata questione si potrebbe creare un contrasto. Da qui la riunione, l'individuazione di un orientamento condiviso e il riferimento in sentenza all'esito delle riunioni.

C'è da ritenere che se questa prassi si dovesse consolidare, si dovrebbe andare verso una maggiore omogeneizzazione degli orientamenti giurisprudenziali anche perché si verrebbe a configurare un metodo che in qualche modo anticipa la creazione

di veri e propri contrasti giurisprudenziali, rafforzando così un maggior vincolo agli orientamenti della Corte di cassazione. Inoltre, si deve precisare che non si andrebbe verso un sistema basato sul vincolo del precedente, in quanto la dialettica tra interpretazioni diverse si verrebbe a spostare dalla dimensione “orizzontale” interna alla Corte di cassazione a quella “verticale” tra Corti di appello e Corte di cassazione. Ed infatti, a questo punto i giudici di merito sono a conoscenza dell’orientamento della Sezione della Corte di cassazione ben esplicito attraverso la sentenza che – per così dire – espone pubblicamente i risultati della riunione, e non possono che confrontarsi con tali argomentazioni, con conseguente rafforzamento del confronto e dell’argomentazione giuridica. E la Corte di cassazione non potrà che confrontarsi con le argomentazioni dei giudici di merito.

Insomma, se questa prassi si dovesse consolidare, si dovrebbero raggiungere risultati di stabilizzazione con maggiore rapidità, riducendo la possibilità che si vengano a creare veri e propri contrasti all’interno della Corte di cassazione bisognosi di un intervento delle Sezioni Unite, ma soprattutto l’effetto finale sarebbe l’incremento della dialettica argomentativa tra giudici di legittimità e giudici di merito, con beneficio complessivo per il diritto.

2.5. Il tassello mancante: l’irrelevanza del mutamento sfavorevole nelle sentenze delle Sezioni unite n. 13/2000, n. 51815/2018 e n. 4616/2022 in tema di pornografia minorile.

Se ha idee sufficientemente chiare sulla necessità e sulle modalità di prevenzione/risoluzione dei contrasti giurisprudenziali, la Corte di cassazione continua invece a mantenere un atteggiamento di resistenza rispetto all’*overruling* sfavorevole, rispetto cioè all’operatività dell’*ignorantia legis* o dell’irretroattività in presenza di mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*.

Vicenda paradigmatica può essere considerata quella relativa al delitto di pornografia minorile, dove in un arco temporale di poco più di vent’anni si sono succedute ben tre sentenze delle Sezioni Unite che hanno progressivamente dilatato l’ambito applicativo dell’art. 600-ter, senza tuttavia giungere mai a porre limiti temporali alla retroattività della nuova dilatazione.

Per inquadrare correttamente la vicenda occorre considerare che problema di fondo della pornografia minorile è sempre stato il trattamento della pornografia c.d. domestica, vale a dire di quel materiale che viene realizzato e/o diffuso non solo e non tanto in assenza di scopi sessuali (oggi la questione si può considerare risolta dalla definizione di pornografia minorile prevista dall’ultimo comma dell’art. 600-ter), ma piuttosto dalla mancanza di una strumentalizzazione del minore, come per esempio avviene allorquando vi sia il consenso del minore alla produzione e/o alla diffusione oppure il materiale sia stato prodotto addirittura dallo stesso minore¹⁸.

¹⁸ Sul tema cfr. l’ampia ricostruzione di M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, Torino, 2019, p. 90 ss.

Ebbene, le Sezioni Unite hanno proceduto con un andamento per l'appunto di progressiva dilatazione della fattispecie, per cui ogni sentenza delle Sezioni Unite segna un'estensione dell'ambito applicativo, accompagnata però dalla fissazione di un paletto, destinato poi ad essere travolto dalla sentenza successiva. In particolare, nella prima sentenza del 2000, nel negare rilevanza alla finalità di lucro sulla quale si basava l'orientamento consolidato precedente, le Sezioni Unite hanno richiesto il requisito del pericolo concreto di diffusione del materiale prodotto. Nella seconda sentenza del 2018, invece, da un lato, si è affermata l'irrilevanza del pericolo concreto di diffusione, dall'altro lato, però, si è precisato che l'utilizzazione del minore, da accertare di volta in volta in concreto, circoscrive l'area del penalmente rilevante, perché presuppone la ricorrenza di un differenziale di potere tra il soggetto che realizza le immagini e il minore rappresentato, tale da generare una strumentalizzazione della sfera sessuale di quest'ultimo¹⁹. Infine, nella terza sentenza del 2022 si compie una dilatazione ulteriore, per cui, se, da un lato, si ribadisce che può esserci "utilizzazione" del minore anche quando c'è il suo consenso, purché si riscontri una strumentalizzazione in concreto, dall'altro lato, si afferma che il concetto di materiale pornografico è diverso a seconda che si applichi il primo comma (produzione) oppure quelli successivi (in particolare cessione e diffusione), con la conseguenza che in queste ultime ipotesi il materiale pornografico non necessiterebbe di una strumentalizzazione del minore: «il secondo, terzo e quarto comma dell'art. 600-ter c.p. nel riferirsi al materiale pornografico di cui al primo comma, non richiamano l'intera condotta delittuosa del primo comma, ma si riferiscono all'oggetto materiale in quanto tale, con la conseguenza che ricomprendono anche la pornografia domestica» e quindi risulta punibile anche la diffusione di materiale realizzato dallo stesso minore²⁰. Ecco allora che, conseguentemente, le Sezioni Unite offrono una nuova definizione di pornografia domestica basata sul presupposto «che il materiale realizzato sia destinato a rimanere nella disponibilità esclusiva delle parti coinvolte nel rapporto», lasciando intendere che della diffusione possa essere responsabile addirittura lo stesso minore: «se la circolazione del materiale realizzato sarà imputabile all'iniziativa esclusiva del minore, la responsabilità della circolazione incomberà su quest'ultimo. L'art. 600-ter cod. pen., per tutte le ipotesi

¹⁹ Cfr. G. AMARELLI, *Pornografia minorile: le Sezioni Unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1207 ss.; B. ROMANO, *La pornografia minorile nella (nuova) lettura delle Sezioni Unite: dal pericolo concreto al reato di danno*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 601 ss.; M. BIANCHI, *Produzione di materiale pedo-pornografico: il nuovo principio di diritto delle Sezioni Unite*, in *Archivio penale*, n. 1/2019, p. 1 ss.; A. GALANTE, *Le Sezioni Unite in tema di pedopornografia: escluso il pericolo di diffusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 961 ss.

²⁰ Proseguono le Sezioni Unite: «il presupposto necessario della "pornografia domestica" è [...] che il materiale realizzato sia destinato a rimanere nella disponibilità esclusiva delle parti coinvolte nel rapporto. Esso non può mai, dunque, essere posto in circolazione. Se tale ultima condizione si avvera, il minore, ancorché non "utilizzato" nella fase iniziale, deve essere ritenuto strumentalizzato [...] successivamente, e, cioè, nella fase della cessione o diffusione delle immagini. E, dunque, il materiale realizzato, se posto in circolazione, deve essere ritenuto – indipendentemente dal momento della realizzazione e da chi ne procuri la diffusione – prodotto attraverso la "utilizzazione del minore"». Ancora più avanti nella sentenza si giunge ad affermare che «non rileva, infine, che la richiesta di divulgazione del materiale provenga o sia comunque assentita dal minore. Quest'ultimo, infatti, non può mai prestare validamente consenso alla circolazione del materiale realizzato».

regolate ai commi terzo e quarto, fa indistintamente riferimento, infatti, a “chiunque” e non consente, dunque, di operare distinzioni tra minore e adulto».

Ebbene, soltanto nella seconda sentenza del 2018 le Sezioni Unite si sono poste il problema dell'*overruling in malam partem* e la risposta è stata nel senso della sua irrilevanza: tale problema «non viene comunque in rilievo, essendo ormai generalizzato [...] il pericolo di diffusione del materiale realizzato utilizzando minorenni; con la conseguenza che l'esclusione di tale pericolo quale presupposto per la sussistenza del reato non determina in concreto un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie penale, essendo completamente mutato il quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale [...] *A ciò deve aggiungersi* – proseguono le Sezioni Unite fissando così un nuovo paletto – *che pur con il superamento del presupposto del pericolo di diffusione ritenuto necessario dalla giurisprudenza tradizionale, la disposizione dell'art. 600-ter cod. pen. risulta comunque circoscritta nel suo ambito di applicazione dall'interpretazione restrittiva del concetto di “utilizzo”, tale da escludere la c.d. “pornografia domestica” [corsivo nostro]*».

Posto che quest'ultimo paletto, come abbiamo visto, con riguardo ai commi 2, 3 e 4 è stato travolto dall'ultima sentenza del 2022 senza affrontare il problema dell'*overruling* sfavorevole, le affermazioni delle Sezioni Unite meritano la più attenta considerazione. Senz'altro non possono essere condivise nella parte in cui fanno riferimento al mutamento sociale, perché spostano il ragionamento su un piano normativo a un piano meramente fattuale: la circostanza che la realtà fenomenica sia mutata, può giustificare il mutamento, ma non può giustificare l'operatività del mutamento a fatti commessi prima del mutamento. Più corretto quindi fare riferimento al mutato quadro normativo, osservando come il reo avrebbe potuto prevedere il mutamento giurisprudenziale, in considerazione delle riforme che dopo la sentenza del 2000 ha subito l'art. 600-ter, tutte dirette ad ampliare l'ambito applicativo della fattispecie.

D'altra parte, così impostato il ragionamento, viene ad aprirsi la possibilità di dare rilevanza al mutamento sfavorevole attraverso l'art. 5 c.p., possibilità sulla quale la sentenza delle Sezioni Unite tace, ma che da tempo viene prospettata soprattutto dalla scienza giuridica²¹. Ebbene, l'impiego dell'art. 5 c.p., se è da salutare con favore perché apre margini per riconoscere l'irresponsabilità del soggetto che ha fatto affidamento sui *dicta* della giurisprudenza qualificata, tuttavia risulta insufficiente, poiché, ancora una volta, si finiscono per scaricare sul destinatario oneri che invece sono propri dell'ordinamento, visto che, a rigore, si dovrebbe compiere un giudizio di evitabilità/inevitabilità dell'errore e quindi di prevedibilità/imprevedibilità del mutamento, quando oltretutto, ai fini della configurabilità della fattispecie, era richiesto il requisito del pericolo concreto, successivamente ritenuto irrilevante²². Con la conseguenza che si apre la seguente alternativa: o si ritiene applicabile l'art. 5 c.p.

²¹ In questa prospettiva, cfr. A. MASSARO, *Determinatezza*, cit., p. 166 ss. e p. 416 ss.

²² A. MASSARO, *Determinatezza*, cit., p. 416 ss.

prospettando una lettura oggettiva dell'*ignorantia legis*, che tuttavia, a rigore, gli impedirebbe di operare sul piano soggettivo; oppure si mantiene una lettura soggettiva dell'art. 5 c.p., dovendosi compiere un giudizio del tutto "improprio" di evitabilità/inevitabilità del mutamento giurisprudenziale.

Ed infatti, un conto è valutare un dovere di conoscibilità del precetto allorquando l'ordinamento ha svolto la sua funzione di comunicare ai consociati l'ambito di illiceità dei fatti, un conto è imporre un onere di prevedibilità non solo e non tanto in presenza di un messaggio tutto sommato ambiguo (si pensi al contrasto), ma addirittura allorquando il precedente messaggio dell'ordinamento fosse chiaramente l'esatto contrario di quello successivo. L'onere di conoscibilità sul quale si basa l'art. 5 c.p. ha senso proprio perché l'ordinamento ha svolto la sua parte nell'indicare il comportamento vietato e ciò avviene, come abbiamo visto, anche quando v'è stato un contrasto giurisprudenziale poi risolto dalle Sezioni Unite: anzi, proprio perché l'ordinamento è stato comunque in grado di offrire indicazioni che, pur essendo ambigue, comunque ricomprendono anche la soluzione che valuta il fatto illecito, assume rilevanza l'art. 5 c.p., dovendosi quindi valutare le competenze del soggetto per superare l'eventuale dubbio innescato dall'ordinamento. Ma quando l'ordinamento ha offerto un'indicazione che addirittura si può considerare l'esatto contrario di quanto poi affermato con il mutamento, non è possibile porre in capo al consociato l'onere di prevedere il mutamento, facendo addirittura leva su indici quali la trasformazione dei fenomeni oppure la modifica della valutazione da parte della società di determinati comportamenti.

Insomma, impiegare l'art. 5 c.p. o comunque vagliare la prevedibilità del mutamento porta a ritenere che il consociato, posto nell'alternativa se fare affidamento su trasformazioni della società che spingono a ritenere che qualcosa potrebbe cambiare oppure su una posizione chiara delle Sezioni Unite che affermano che occorre un determinato requisito per essere puniti, dovrebbe optare per la prima soluzione. Ma un conto è un problema di conoscibilità soggettiva allorquando l'ordinamento ha offerto indicazioni ancorché ambigue, un conto è la prevedibilità di ciò che l'ordinamento potrebbe fare in futuro in presenza di una indicazione qualificata che invece è di esatto segno contrario. Con la conseguenza che l'art. 5 c.p. opera per il contrasto giurisprudenziale, ma non può operare per il mutamento *in malam partem*.

Ecco che in presenza di un mutamento a venire in gioco è proprio il principio di irretroattività, e cioè quel principio che è posto a tutela del patto di fondo che intercorre tra l'ordinamento e la generalità dei consociati, per cui il primo deve determinare *prima* della realizzazione del fatto il comportamento vietato: proprio perché l'ordinamento ha mandato un messaggio inequivocabile e poi successivamente lo ha modificato, non è possibile prescindere dalla circostanza che il consociato abbia fatto affidamento sul precedente messaggio inequivocabile. In estrema sintesi, se affermare che un mutamento è sempre prevedibile costituisce una indubbia prevaricazione, ritenere che rispetto a un mutamento si debba di volta in volta valutare la sua prevedibilità da parte del consociato significa operare in una prospettiva Statocentrica che rovescia sul cittadino responsabilità che sono invece proprie dello Stato, mentre ritenere che rispetto al mutamento opera la irretroattività significa rendere lo

Stato responsabile dei suoi comportamenti e quindi applicare garanzie a tutela dei consociati.

2.5.1. Al cuore del problema: la distinzione tra mutamenti fuori dal tipo legale inammissibili e mutamenti nel tipo legale irretroattivi.

Nei confronti dell'impossibilità di applicare l'irretroattività viene utilizzato soprattutto il seguente argomento: se al mutamento si applicasse l'irretroattività si giungerebbe ad un'assimilazione tra legge astratta e attività interpretativa del giudice. Argomentazione questa contenuta all'interno delle sentenze della Corte costituzionale n. 230/2012, n. 115/2018, n. 25/2019 e n. 98/2021. In particolare, nella sentenza n. 25/2019 si è ribadito che «in un ordinamento in cui il giudice è soggetto alla legge e solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che vuole che sia la legge a prevedere che il fatto commesso è punitivo come reato», precisandosi altresì che «l'attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può si perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante. Ma rimane pur sempre un'attività dichiarativa non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo».

Ebbene una conclusione di questo genere rischia – per così dire – di provare troppo. Non solo perché si torna ad affermare una legalità legalistica che nega qualsiasi rilevanza all'interpretazione, mentre l'attività ermeneutica ha sempre valenza, ma soprattutto perché attribuire rilevanza all'attività interpretativa non significa equipararla al formante legislativo, e ciò per la semplice ragione che l'attività interpretativa deve essere contenuta nell'ambito delle indicazioni del tipo legale tracciato dal legislatore²³.

Ecco allora che il tema dell'*overruling* torna a intrecciarsi con il tema dei temi: la distinzione tra mutamenti/interpretazioni ammissibili perché si collocano nell'ambito delle indicazioni del legislatore e mutamenti/interpretazioni non ammissibili perché fuoriescono dal tipo legislativo.

Ebbene, attualmente il nostro sistema non solo non compie tale distinzione, ma alla luce della giurisprudenza costituzionale appena citata, che afferma che il giudice deve attenersi alla lettera, c'è il rischio che le Sezioni Unite non attribuiranno mai rilevanza all'*overruling in malam partem*, proprio perché se lo facessero finirebbero per ammettere di aver operato in termini estensivi e *in malam partem*. Con la conseguenza finale che a farne le spese sono proprio i consociati, che quindi oltre a continuare a subire dilatazioni, siano esse nel tipo o fuori dal tipo, si vedono applicare la nuova interpretazione a fatti pregressi.

²³ Per una valorizzazione della “legge interpretata” anche dalla prospettiva costituzionalistica, cfr. F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 19 gennaio 2021.

A un diverso approdo sembra giungere la giurisprudenza europea²⁴. Essa infatti si esprime nel senso che mentre l'interpretazione che si pone fuori dal tipo criminoso risulta sempre imprevedibile proprio perché estranea al tipo criminoso, quella che invece si colloca all'interno del tipo criminoso risulta invece prevedibile. La Corte europea adotta quindi una prevedibilità – per così dire – oggettiva, che finisce per attribuire valenza alla irretroattività, ma rispetto a un mutamento sfavorevole concepito nella sostanza come analogia *in malam partem* che si colloca al di fuori del tipo criminoso. Si potrebbe obiettare che così facendo la Corte europea concepisce la legalità equiparando il formante giurisprudenziale a quello legislativo: ed è senz'altro così, ma punto fondamentale è che così operando la Corte EDU consente di implementare le garanzie, offrendo un limite di garanzia quanto meno rispetto alle ipotesi che determinano una violazione della legalità sul piano del divieto di analogia.

D'altra parte, a nostro avviso, si può giungere a una soluzione diversa e ulteriore, che oltre ad essere coerente con il nostro modo di concepire la legalità, consente anche di implementare ulteriormente le garanzie. Ed infatti, se l'interpretazione travalica i limiti del tipo legale, vero che non può operare l'irretroattività, proprio perché ci si trova in presenza di un'estensione analogica che si deve ritenere inammissibile, è anche vero che deve operare il divieto di analogia. Anche perché si verrebbe a creare il seguente paradosso: da un lato, proprio perché sentenza che si colloca fuori dal tipo, le esigenze di garanzia si fanno particolarmente pressanti; dall'altro lato, proprio perché sentenza fuori dal tipo che disvela come la giurisprudenza possa adottare analogie inammissibili che quindi equiparano davvero il formante giurisprudenziale a quello della legge, dissolvendo la legalità penale in legalità giurisprudenziale, si nega qualsiasi rilevanza a queste ipotesi. Ebbene, è proprio soprattutto rispetto a queste ipotesi che si pone la necessità di una giustiziabilità delle sentenze davanti alla Corte costituzionale.

Se invece l'interpretazione non travalica i limiti del tipo criminoso l'applicazione della irretroattività può risultare problematica, proprio perché, essendo conforme al tipo, alla fin fine la dilatazione interpretativa risulta essere in qualche modo oggettivamente prevedibile, come del resto afferma la Corte EDU. Tuttavia, in questa ipotesi c'è da chiedersi se, nonostante la nuova interpretazione si collochi nel tipo criminoso e quindi risulti oggettivamente prevedibile, non convenga comunque applicare l'irretroattività e quindi principi di garanzia a tutela della persona nei confronti della stessa giurisdizione. Vero che il mutamento finisce per stare all'interno del tipo, è anche vero che il soggetto ha fatto affidamento proprio su un diritto vivente unanime che restringeva l'ambito applicativo della fattispecie. In buona sostanza, il vero e proprio *overruling* sfavorevole non si ha quando l'interpretazione fuoriesce dal tipo, ma quando il mutamento risulta conforme al tipo, ma disattende una precedente indicazione qualificata sulla quale i destinatari hanno fatto comunque affidamento.

²⁴ Cfr. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights*, Updated on 30 April 2022, § 42.

Potendosi ricavare da ciò anche la plausibilità di un diverso trattamento tra mutamento sfavorevole, per il quale opera la irretroattività e mutamento favorevole, per il quale invece potrebbe non operare la retroattività mentre in quest'ultima ipotesi, quando il soggetto ha agito, l'intero ordinamento, vale a dire legge e interpretazione, avevano mandato un messaggio univoco nel senso della rilevanza penale, rendendo quindi la punizione prevedibile (si pone semmai un problema di eguaglianza), nella prima ipotesi un soggetto viene condannato per un fatto che, al momento della commissione, era considerato dalla legge interpretata come lecito²⁵.

2.5.2. Ancora sulla giurisprudenza delle Sezioni Unite in tema di materiale pornografico minorile.

Ebbene, ancora una volta la vicenda sulla pornografia minorile risulta emblematica. La terza sentenza delle Sezioni Unite del 2022, infatti, non solo dilata ulteriormente l'ambito applicativo dell'art. 600-ter affermando che per i commi 2, 3 e 4 il materiale pornografico prescinde dalla strumentalizzazione del minore, ma sembra collocarsi addirittura fuori dal tipo criminoso, come dimostra l'esito finale che rende autori anche i minori, che invece non si possono che considerare vittime del reato. Ed infatti, se noi muoviamo dall'idea che la pornografia tutela il regolare sviluppo sessuale del minore non si può prescindere dal requisito della strumentalizzazione e dall'idea che il minore sia vittima. Diversamente, se si muove dall'idea che si tutela un concetto idealizzato di minore offeso dal mero impiego di immagini pornografiche, allora si può prescindere dalla strumentalizzazione e si può giungere a qualificare come autore lo stesso. Ma che l'intero art. 600-ter sia posto a tutela del regolare sviluppo del minore e faccia leva sul requisito della strumentalizzazione rendendo il minore vittima si ricava proprio dal dato testuale dei commi 2, 3 e 4 che ribadiscono la circostanza che si debba trattare di "materiale pornografico di cui al comma primo", circostanza ribadita anche dall'art. 600-quater. E non è un caso che nella sentenza del 2022 un parte della motivazione sia dedicata, in buona sostanza, proprio alla assimilazione delle fattispecie di pornografia a quelle addirittura di violenza sessuale, dissolvendo il ruolo del consenso del minore non solo alla produzione, aspetto plausibile là dove in concreto si scorge una strumentalizzazione, ma anche alla diffusione: insomma ogni volta che si "maneggia" materiale pornografico minorile si violerebbe la stessa idea di minore, con l'esito paradossale di rendere autore anche lo stesso minore.

Non solo, ma a seguito della previsione della nuova fattispecie di diffusione illecita di immagini sessualmente esplicite di cui all'art. 612-ter, il sistema risulta oggi addirittura del tutto irrazionale. Da un lato, infatti, è confermato come la diffusione in assenza di strumentalizzazione sia riconducibile a un tipo criminoso, quello di cui all'art. 612-ter, comma 2, diverso da quello di diffusione con strumentalizzazione, di

²⁵ In argomento cfr. le lucide considerazioni di D. PERRONE, *Nullum criminem*, cit., p. 393 s.

cui all'art. 600-ter, comma 4, non potendosi osservare come nel nuovo art. 612-ter c.p. il minore sia riconosciuto come vittima; dall'altro lato, la prima ipotesi di diffusione senza strumentalizzazione di cui all'art. 612-ter (reclusione da 1 a 6 anni e multa da 5.000 a 15.000 euro) risulta oggi punita più gravemente della seconda con strumentalizzazione di cui all'art. 600-ter, comma 4 (reclusione fino a 3 anni e multa da 1.549 a 5.164 euro), nonostante che la diffusione senza strumentalizzazione sia meno grave proprio in virtù della mancanza della strumentalizzazione del minore. Ponendosi così un problema di legittima costituzionale sul piano della ragionevolezza/proporzione del trattamento sanzionatorio dell'intero sistema.

Di diverso tenore la seconda sentenza delle Sezioni Unite del 2018, la quale ha sì provveduto a una dilatazione della fattispecie, ma a ben vedere tale dilatazione era perfettamente coerente con il tipo criminoso tracciato dal legislatore. Ed infatti le Sezioni Unite del 2000 avevano aggiunto il requisito del pericolo di diffusione che tuttavia era coerente con l'idea di contrastare il traffico della pornografia minorile, ma che era disfunzionale rispetto al bene del libero sviluppo del minore tutelato dal tipo legale dell'art. 600-ter basato per l'appunto sulla strumentalizzazione del minore. Ecco che la sentenza del 2018, nel momento in cui elimina il requisito del pericolo di diffusione, dilata la fattispecie, ma opera anche in piena coerenza con il tipo legale: insomma, la sentenza delle Sezioni Unite del 2018 opera sì una dilatazione, ma rispetto alla sentenza del 2000, mentre rispetto al tipo descritto dall'art. 600-ter non opera alcuna dilatazione. Tuttavia, come accennato, a nostro avviso, non poteva non operare l'irretroattività del mutamento sfavorevole visto che i consociati, fino al 2018, avevano fatto affidamento su una interpretazione della fattispecie da parte delle Sezioni Unite che richiedeva espressamente il pericolo concreto: in presenza di mutamento giurisprudenziale ciò che assume rilevanza non sono tanto i rapporti tra legislatore e giudice, ma tra poteri dello Stato comprensivi di legislatore e giudice e persone destinatarie del potere punitivo.

3. Conclusioni.

Riconoscere un ruolo significativo all'interpretazione non deve scandalizzare: si tratta della "nuova" legalità penale che potremmo definire interpretativa. Problematico è quando si getta su questa realtà la coltre legalistica che riafferma la valenza della lettera: non solo si protrae un mito, ma alla fine si creano i presupposti affinché la legalità penale degeneri verso una legalità totalmente giurisprudenziale, e ciò in quanto, mentre si sbandiera il vincolo della lettera, nella realtà le interpretazioni finiscono per svincolarsi non solo dalla lettera, ma anche da qualsiasi indicazione legislativa proveniente dal tipo legale. La lettera è un vincolo rigido che non è funzionale a una legalità interpretativa e al di sotto della superficie della legalità legalistica finisce per continuare ad accadere di tutto.

Per evitare una deriva giurisprudenziale della legalità penale occorrono nuove regole ermeneutiche che consentano di vincolare alle indicazioni legislative, lasciando però spazi ermeneutici all'interno di tali indicazioni. Queste nuove regole si fondano

sul concetto di tipo legale, per cui, riconosciuto che rispetto ad ogni lemma si possono dare più interpretazioni, da accogliere è quella interpretazione che risulta conforme o comunque maggiormente conforme al tipo legale descritto dalla legge. Con la conseguenza che la nuova ermeneutica si fonda sui seguenti passaggi: messa a fuoco delle alternative ermeneutiche; individuazione delle differenti *rationes* sottostanti alle plurime interpretazioni; verifica di quale *ratio* esprime il tipo legale; adozione della soluzione interpretativa che si ispira o che comunque si ispira maggiormente alla *ratio* espressa dal tipo legale. Dovendosi osservare come i criteri ermeneutici classici della lettera, del sistema, della conformità ai principi, etc. vengono in gioco per definire lo stesso tipo legale tipizzato dal legislatore.

Ecco che rispetto al tipo legale si possono dare oscillazioni che rientrano nel tipo legale e oscillazioni che invece si collocano fuori dal tipo legale. Ebbene, a nostro avviso, interpretazioni che si collocano totalmente fuori dal tipo legale sono interpretazioni inammissibili, perché comportano una violazione del divieto di analogia e quanto meno rispetto a queste violazioni ci dobbiamo chiedere se non sia opportuna una giustiziabilità esterna. Diversamente, le interpretazioni che si collocano all'interno del tipo legale sono interpretazioni ammissibili che rispettano il divieto di analogia. D'altra parte, in quest'ultima ipotesi, se si tratta di interpretazioni adottate dalle Sezioni Unite che comportano un mutamento sfavorevole rispetto a un precedente arresto delle Sezioni Unite, si deve riconoscere che si è in presenza di un *overruling* sfavorevole e che deve trovare applicazione il principio di irretroattività sfavorevole. E forse anche rispetto a questi ipotesi si potrebbe porre l'esigenza di una giustiziabilità esterna.

Conclusivamente, si può parlare di tre diverse legalità: la legalità legalistica, quella giurisprudenziale e quella interpretativa/costituzionale. Nella prima domina ancora il legislatore sul giudice, la legge sull'interpretazione, con i seguenti corollari: regole ermeneutiche basate sulla lettera; nomofilachia che non significa tanto e solo interpretazione uniforme, quanto piuttosto un controllo esterno sulla legalità oggi nella sostanza venuto meno; determinatezza in termini linguistici; nessuna rilevanza alla colpevolezza, perché non dovrebbero esistere contrasti, così come nessuna rilevanza alla irretroattività del mutamento, perché non dovrebbero esserci mutamenti sfavorevoli.

Nella legalità giurisprudenziale invece domina il giudice sul legislatore, l'interpretazione sulla legge, tant'è vero che l'interpretazione può addirittura "tradire" le indicazioni provenienti dalla legge, con i seguenti corollari: nessuna regola ermeneutica; nomofilachia intesa come interpretazione uniforme e quindi i contrasti e i mutamenti si prevengono attraverso il vincolo del precedente; determinatezza che riconosce un ruolo addirittura tassativizzante alla giurisprudenza.

Infine, v'è la giurisprudenza interpretativa/costituzionale che cerca di trovare un equilibrio tra legislatore e giudice, tra legge e interpretazione: le regole ermeneutiche si basano sul tipo legale; la nomofilachia è intesa come superamento dei contrasti nell'ambito del tipo legale e quindi opera all'interno del tipo legale; la determinatezza è concepita come omogeneità del tipo criminoso ovvero come tipo criminoso capace di ricomprendere al proprio interno fatti esprimenti il medesimo disvalore; la

colpevolezza assume rilevanza, in presenza di un contrasto giurisprudenziale, mentre se c'è un mutamento che si colloca fuori dal tipo, esso non è ammissibile, ponendosi problemi di giustiziabilità dell'*analogia in malam partem*; se invece si colloca nel tipo, opera il principio di irretroattività, là dove le Sezioni Unite hanno affermato in precedenza un orientamento restrittivo sul quale la persona.