

I VINCOLI COSTITUZIONALI NELLA INTERPRETAZIONE DELLE NORME PENALI

Testo della relazione svolta al Convegno "Il volto costituzionale del diritto e del processo penale" tenutosi all'Università di Ferrara nei giorni 18 e 19 gennaio 2013, in ricordo dell'Avvocato Franco Romani, Presidente della Camera Penale di Ferrara.

di Giovanni Flora

SOMMARIO: 1. Alcune necessarie premesse. – 2. La crisi del modello costituzionale del diritto penale ed i conseguenti rischi per l'interpretazione "costituzionalmente orientata". – 3. Il paradosso della interpretazione "costituzionalmente orientata" in funzione della "completezza della tutela" o del "riempimento di irragionevoli lacune". – 4. Interpretazione costituzionalmente orientata versus interpretazione conforme al diritto comunitario (rectius europeo) e internazionale.

1. Alcune necessarie premesse.

La generazione di penalisti alla quale mi onoro di appartenere si è formata, e' cresciuta, si è alimentata ed è tutt'ora affezionata alla concezione del c.d. "diritto penale costituzionale" o, secondo altra equivalente terminologia, alla concezione della teoria e della prassi del "diritto penale costituzionalmente orientato". A quella concezione — lo dico per i pochi che non lo fanno e per quelli che l'avessero dimenticata soffocati dalla routine indecorosa della quotidiana pratica delle aule di giustizia — che vede nella Carta costituzionale non solo un "limite" che segna l'ambito entro il quale le norme penali possono legittimamente operare ("le norme penali non devono e non possono porsi in contrasto con la Costituzione"), ma lo stesso fondamento della struttura e del contenuto delle norme penali, della struttura e del contenuto delle responsabilità penale e della sanzione penale; dove la Costituzione costituisce, insomma, la nervatura del sistema penale.

È all'interno di questa concezione che trova le proprie più genuine radici storico culturali e che si sviluppa la tesi della necessaria interpretazione costituzionalmente orientata (o, detto altrimenti, della interpretazione "conforme a Costituzione") delle norme penali. L'idea, insomma, che la Costituzione costituisca un vincolo non solo per il legislatore, ma anche per l'interprete. In presenza di una norma non "irrimediabilmente" incompatibile con la Carta costituzionale, se ne è possibile una interpretazione in grado di conferirle un significato costituzionalmente conforme, e' proprio questa l'interpretazione che "deve" essere adottata. Insomma, laddove non ci siano insormontabili ostacoli costituiti dal senso inequivocabilmente incostituzionale

della norma e sia quindi necessario, per espungerla dal sistema, sollevare la questione incidentale di legittimità, l'interpretazione conforme diventa una strada "obbligata".

Gli esempi sono innumerevoli e ben conosciuti. Si pensi al "recupero" delle ipotesi di responsabilità oggettiva delle quali ormai da tempo si propone (e talvolta si adotta davvero!) una interpretazione conforme al principio di personalità della responsabilità penale sancito nell'art. 27 Cost.; o alle ipotesi di reati costruiti come reati senza offesa o che anticipano "eccessivamente" la soglia della punibilità (come i reati di attentato), da tempo anch'essi reinterpretati in chiave di concreta pericolosità in base al principio di offensività che la stessa Corte Costituzionale, fin da risalenti pronunce, ritiene sicuramente costituzionalizzato; o ancora a certi reati contro l'ordine pubblico originariamente incentrati sulla lesione dell'ordine pubblico ideale (se non "ideologico") "riformati" come offensivi dell'ordine pubblico materiale, da arcinote sentenze della Corte Costituzionale. Perfino istituti di parte generale hanno visto "trasformarsi" la loro configurazione grazie alla innervatura dei principi costituzionali: si pensi al rilievo che assumono i principi di offensività/materialità del fatto e di personalità della responsabilità penale nella ricostruzione della condotta di partecipazione rilevante ex art. 110 c.p.; oppure ancora al rilievo che assumo i principi di offensività e di determinatezza/tassatività nella ricostruzione della condotta di tentativo rilevante ex art. 56 c.p. E gli esempi potrebbero continuare.

Vale solo la pena di sottolineare, se ve ne fosse bisogno, che la teoria del diritto penale costituzionale, e l'idea di vincoli costituzionali nell'interpretazione delle norme penali che vi si accompagna, costituiscono l'archetipo del diritto penale della libertà, di ascendenza liberal democratica che vede il diritto penale come sistema di norme che configura la tutela di beni/valori concretamente afferrabili, da ben delimitate tipologie di aggressione, non estensibili per analogia, con norme di fonte legislativa ed ossequiose del precetto di determinatezza della fattispecie penale, dove il primato è quello del fatto materiale e dove la responsabilità si fonda su un giudizio di rimproverabilità soggettiva (che richiede almeno la colpa) ed ha come conseguenza (per i soggetti imputabili) una pena proporzionata alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto, mai superiore al limite segnato dalla colpevolezza, non disumana e che si prefigge come scopo principale quello della prevenzione speciale/rieducazione. Insomma un diritto penale antitetico a quello che lo considera una forma coercitiva di controllo sociale i cui idoli sono costituiti dalla efficienza/effettività e che relega in secondo piano le garanzie del cittadino potenziale autore di reati.

Tutto ciò, non per tirar fuori dal cassetto l'argenteria di casa e mostrarla orgogliosamente agli ospiti, ma per sottolineare — e vedremo che ce n'è bisogno — che l'operazione culturale sottesa alla interpretazione conforme e' quella di un recupero degli spazi di libertà in presenza di norme ispirate al più bieco autoritarismo repressivo, tipico non solo della legislazione anteriore alla Costituzione, ma anche di quella che ci tormenta da diversi decenni, ivi compresa quella più recente, talora fortemente discriminatoria delle classi sociali più deboli, se non ispirata più agli schemi del diritto penale del tipo d'autore (o del c.d. "diritto penale del nemico"), che al diritto penale del fatto.

2. La crisi del modello costituzionale del diritto penale ed i conseguenti rischi per l'interpretazione "costituzionalmente orientata".

Come è noto, il modello costituzionale del diritto penale, che, per vero, fin dall'inizio ha conosciuto, accanto ad entusiastiche adesioni, ampie riserve da parte degli "scettici", non attraversa certo attualmente il suo momento migliore (*has seen better days*, direbbero ironicamente gli inglesi).

Il diritto penale "postmoderno", chiamato a "governare" — secondo la terminologia ora di moda — la complessità della società del rischio e a "lottare" contro la criminalità, si ispira più al criterio della tutela, anche "anticipatissima" e "totalizzante", del bene da proteggere, disdegnando il modello della "modalità di lesione" a favore del modello della "completezza" della tutela e quindi della lesione tout court del bene giuridico. Le garanzie del diritto penale liberal-democratico, cedono il passo, come già anticipato, ai nuovi idoli della efficacia ed efficienza del sistema. Scopo del processo penale, non è più quello di accertare la responsabilità di singoli soggetti per un fatto materiale umano antiggiuridico commesso con colpevolezza, ma essenzialmente quello di contrastare "fenomeni" criminali (e per far ciò spesso non v'è nemmeno bisogno di concludere un processo, potendo lo scopo essere raggiunto anche semplicemente nella fase delle indagini preliminari, ancor più se accompagnata dalla custodia cautelare, oggi eufemismo che sta per carcerazione preventiva, ovvero senza processo). Sia la legislazione, sia l'elaborazione teorica (che sembra quasi proporsi come una nuova dogmatica non più votata alla sistemazione di norme legislative, ma alla sistemazione di "arresti" giurisprudenziali) e, soprattutto, la prassi applicativa sembrano ormai instradate verso questo modello di diritto e di processo penale. Modello che concepisce dunque il diritto penale come sistema coercitivo di controllo sociale, dove — ripeto — primeggiano efficienza ed effettività.

In questo contesto anche l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme penali ha subito una sorta di mutazione genetica. Anticipando quanto più avanti meglio si dirà, una volta prescelto come criterio caratterizzante l'attuale diritto penale quello della efficienza/effettività e della "completezza" della tutela del bene, diventa consequenziale la valorizzazione, anche in sede interpretativa, delle esigenze di tutela emergenti dalla Costituzione. Con il primo devastante risultato di dover ricorrere, a volte nemmeno tanto surrettiziamente, alla analogia in malam partem per colmare quelli che vengono assunti come "irragionevoli vuoti di tutela" e di sostituire alla ratio garantista del principio di tassatività/determinatezza quella, di matrice europea, della "prevedibilità delle decisioni giudiziarie". Il che costituisce una vera e propria "contraddizione in termini". Infatti, l'analogia è procedimento che si fonda su un giudizio di similitudine dalle cadenze intrinsecamente incerte e le oscillazioni giurisprudenziali sono connaturate proprio all'assunto dell'assenza del vincolo di "pedissequa" osservanza del dato normativo. Per cui c'è davvero da chiedersi di quale prevedibilità delle decisioni stiamo parlando!

Come se non bastasse, l'irrompere sulla scena del diritto penale delle fonti europee (il che significa non solo atti normativi, ma anche sentenze sia della Corte di

Giustizia sia della Corte EDU) ha ulteriormente complicato il quadro e non solamente perché accanto alla interpretazione conforme a costituzione si affianca l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea, ponendo il problema di individuare il campo delle reciproche interferenze e le conseguenti soluzioni. Ma soprattutto perché, per sua natura, le norme europee si preoccupano e si sono geneticamente sempre preoccupate di garantire la massima tutela ai beni ritenuti meritevoli di protezione a livello della Unione Europea, chiedendo agli Stati membri di predisporre una protezione "efficace ed effettivamente dissuasiva". Ponendosi così in perfetta sintonia con i dettami del diritto penale postmoderno. Ciò comporta non solamente una metamorfosi della riserva di legge (connaturata alla "cessione di porzione di sovranità" che l'appartenenza all'Unione inevitabilmente comporta), ma anche una mutazione genetica della tassatività, controbilanciata, per così dire, dall'elevazione a principio "costituzionale europeo" della retroattività favorevole (o *in mitius*, come ormai comunemente si dice). Anche il diritto dell'Unione spalanca, forse "preterintenzionalmente", le porte alla analogia in malam partem.

3. Il paradosso della interpretazione costituzionalmente orientata in funzione della "completezza della tutela" o del "riempimento di irragionevoli lacune".

È a tutti noto che la tendenza della prassi giurisprudenziale è, si può dire da sempre, quella di privilegiare le istanze di protezione dei beni giuridici, anche a scapito del rigoroso rispetto del principio di tassatività/tipicità della fattispecie penale. Basti pensare agli orientamenti in materia di truffa (ove il requisito della induzione in errore attraverso artifici o raggiri subisce una sorta di *interpretatio abrogans*), di violenza sessuale (dove il requisito della violenza o minaccia viene sostituito da quello del dissenso), di corruzione (dove la ricostruzione del fatto incriminabile prescinde dal collegamento della dazione o promessa con un "atto" anche inteso nella sua possibile massima estensione), di corruzione in atti giudiziari (ove la disarticolazione del modello legale viene paradossalmente "giustificata" in base ad una "interpretazione letterale"), di sfruttamento della prostituzione (ove nel concetto di prostituzione viene inclusa anche quella telematica), di tentativo di rapina impropria (ove il "tradimento" del senso della fattispecie legislativa viene giustificato con la "prevedibilità delle decisioni giudiziarie"), di estensione della aggravante ad effetto speciale del danno grave della bancarotta (art. 219, comma 2 L. F.) espressamente contemplata solo per la bancarotta dell'imprenditore individuale anche alle ipotesi di bancarotta dell'amministratore e finanche, in via di integrazione palesemente analogica, alla c.d. "bancarotta societaria", "per evitare irragionevoli disparità di trattamento". E l'elenco potrebbe continuare.

Un recentissimo esempio è costituito da quel filone giurisprudenziale in materia di limiti alla punibilità del "concorso incrociato" tra emittente ed utilizzatore delle false fatture che ha costruito una serie di limitazioni alla regola della non punibilità ex art. 9 d.lgs. n. 74 del 2000, proprio per colmare un vuoto di tutela non corrispondente all'effettivo disvalore del comportamento di colui che abbia istigato o

comunque ad altro titolo sia concorso con l'emittente e non abbia poi utilizzato la falsa fattura. Vuoto di tutela che il legislatore, nella relazione di accompagnamento alla legge, aveva espressamente giustificato con gli indirizzi di politica criminale che egli intendeva perseguire.

Non mancano poi esempi di decisioni ispirate alla soddisfazione di veri o presunti bisogni di pena emergenti in seno alla comunità sociale, sempre in funzione della tutela di beni altamente significativi di sicuro rilievo costituzionale e quindi implicitamente facendosi scudo di una interpretazione conforme a Costituzione. Si pensi alla valorizzazione del dolo eventuale in contesti tradizionalmente coperti dalla responsabilità colposa, come anche alla costruzione del paradigma della colpa indipendentemente dalla riconoscibilità, da parte del soggetto agente, della regola cautelare impeditiva dello specifico evento lesivo verificatosi, al momento del fatto ancora generica e, per così dire, "embrionale".

Ma la giurisprudenza supera se stessa laddove perviene a soluzioni consistenti in una vera e propria creazione di nuove ipotesi criminose, facendo leva sulle esigenze di tutela di un bene giuridico di sicuro rilievo costituzionale, prescindendo del tutto da un disvalore di condotta legislativamente tipicizzato. È il caso della sentenza ormai conosciuta come *Dolce & Gabbana*, dal nome dei due noti imputati, che ha sancito la rilevanza penale, ai sensi dell'art. 4 d. lgs. n. 74 del 2000 (dichiarazione infedele), della "elusione fiscale". Uno passaggi chiave della argomentazione è costituito proprio dalla necessità di tutelare il bene costituzionalmente rilevante ex art. 53 del dovere di corrispondere i tributi, compromesso dalle manovre elusive forse ancor più gravemente di quelle evasive in senso stretto. Orbene, rinviando ad altro scritto per una più diffusa critica di questa inaccettabile soluzione, mi preme qui rilevare come questa sentenza rappresenti in maniera emblematica questa nuova frontiera della interpretazione costituzionalmente orientata che ne costituisce una sorta di mostruosa mutazione transgenica e che, con una battuta, potremmo chiamare di interpretazione creativa costituzionalmente orientata sicuramente.....incostituzionale! Una interpretazione orientata alla tutela totalizzante di un bene giuridico, sia pure di sicura rilevanza costituzionale, finisce infatti per sfigurare il volto costituzionale della tutela penale che è necessariamente "frammentaria", per "tipi" di condotte aggressive, dove le "lacune" ne sono caratteristiche fondanti ed ineliminabili. Non si può valorizzare unicamente l'oggetto della tutela a scapito del modo di tutela che la Costituzione scolpisce nei principi di tassatività/determinatezza. E, addirittura, se si potesse, non si sa davvero con quali argomenti, negare la rilevanza costituzionale della tassatività/determinatezza/tipicità, la natura frammentaria della tutela potrebbe ben farsi discendere dal principio di materialità/offensività, nonché da quello di irretroattività, nonché da quello di personalità della responsabilità penale e da quelli in materia di pena. O vogliamo sostenere che anche questi principi non sono affermati nella nostra Carta Fondamentale e non fanno parte di quei principi comuni riconosciuti a livello europeo che tanto piacciono (per vero a corrente alternata) anche alla giurisprudenza "moderna" e alla dottrina che la sostiene? È vero o no che anche di fronte alla necessità di tutelare il supremo bene della vita umana, il legislatore non ricorre ad una formula onnicomprensiva ("chiunque offende il bene della vita"), ma

anche qui "limita" la protezione a quelle sole condotte idonee a provocare la morte di un essere umano? E come e' possibile "accontentarsi" della "prevedibilità delle decisioni giudiziarie" come surrogato della tassatività / tipicità, se in assenza di tassatività/tipicità la decisione e' per definizione imprevedibile ?

In realtà, un ritorno alla versione "classica" della interpretazione costituzionalmente orientata potrebbe essere paradossalmente la "vera" innovazione!

E per vero non mancano esempi significativi di pronunce ispirate proprio alla concezione, per così dire, tradizionale della interpretazione costituzionalmente orientata. Anche se si deve subito anticipare che esse sono rese in settori estranei all'area del c.d. "Diritto penale di lotta".

Tra le più recenti e rilevanti deve essere certamente rammentata quella delle Sezioni Unite (29 maggio 2009, n. 2276) che, pronunciando si sulla controversa questione del titolo della responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente, ha sottolineato come, proprio in base ad una valorizzazione del principio di colpevolezza contenuto nell'art. 27 Cost., detta responsabilità, riconducibile al disposto dell'art. 586 c.p., possa essere riconosciuta unicamente se in concreto sia ravvisabile la colpa dello spacciatore.

Va poi ricordata quella, ancora delle Sezioni Unite (15 dicembre 2011, n. 33), sul l'esercizio abusivo della professione (art. 348 c.p.) la quale sancisce che il principio costituzionale di tassatività si riferisce non solo alle previsioni contenute direttamente nelle norme penali "ma anche a quelle che ne costituiscono sostanziale integrazione", il che impedisce di dare rilievo ai fini integrativi dell'art. 348 c.p. a norme di carattere indeterminato (regola di giudizio invece "dimenticata" nella sentenza c.d. "Dolce & Gabbana, sulla rilevanza penale dell'elusione di imposta).

Particolare interesse rivestono infine, anche per le aperture che lasciano intravedere in un settore caratterizzato da un radicato immobilismo, due sentenze in materia di bancarotta che valorizzano il principio di responsabilità penale personale e, per certi versi, quello di offensività.

La prima è quella della V sezione penale (8 giugno 2012, n. 42519) che ridisegna l'ambito della responsabilità degli amministratori non delegati (o "non operativi" che dir si voglia) in senso maggiormente conforme al principio di personalità della responsabilità penale, sia con riguardo ai presupposti e limiti della posizione di garanzia (da individuarsi in conformità alle modifiche intervenute nel testo dell'art. 2932 cod. civ.), sia con riguardo al dolo del mancato impedimento dell'altrui fatto illecito, che non potrà farsi automaticamente discendere dalla inosservanza degli obblighi civilistici.

La seconda, sempre della V sezione penale (6 dicembre 2012, n. 47502), la quale riprende i precedenti giurisprudenziali consolidati che qualificano il fallimento come evento del delitto di bancarotta per distrazione, ma, finalmente, ne trae le logiche conseguenze sul piano della grammatica penalistica e, valorizzando — sia pure implicitamente — il principi di personalità della responsabilità penale e di offensività, afferma che "da un lato non può ritenersi che qualsiasi atto distruttivo sia di per sé reato, dall'altro che la punibilità sia condizionata ad un evento che può sfuggire totalmente al controllo dell'agente, e dunque ritorcersi a suo danno senza una

compartecipazione di natura soggettiva e, ancor peggio, senza che sia necessaria una qualche forma di collegamento eziologico tra la condotta e il verificarsi del dissesto".

Certo, la prospettiva della efficienza/effettività non dovrà essere trascurata, ma non a prezzo di stravolgere quel bel volto del diritto penale che la nostra Costituzione traccia e che la Corte Costituzionale, con alcune memorabili sentenze, ha tenuto vivo nel tempo. Anzi se ne potrebbe arricchire l'armamentario, proprio in funzione di una maggiore efficienza/effettività del sistema, per esempio utilizzando il principio della tutela penale come estrema ratio in funzione interpretativa del "senso" della tipicità di alcune fattispecie incriminatrici che presentano "sottofattispecie" per le quali si potrebbe ritenere sufficiente una tutela diversa da quella penale. Penso a certe malizie contrattuali in linea teorica riconducibili alla truffa, ma per le quali potrebbe essere sufficiente la tutela civile; oppure ancora a certe discussioni un po' accese con comportamenti "sopra le righe" in occasione di controversie patrimoniali o di trattative contrattuali, o a certi litigi tra persone legate affettivamente, ipoteticamente rientranti nel modello legale della violenza privata quando non della minaccia aggravata o della estorsione tentata o consumata, che potrebbero trovare adeguata soddisfazione anch'esse in sede civile. Al di là del rimedio della futura introduzione di una clausola di non punibilità o di non procedibilità per esiguità del fatto che potrebbe comunque non "coprire" tutte le anzi ricordate ipotesi.

Non posso poi fare a meno di riproporre qui una mia idea altrove espressa e che, come è inevitabile, ha raccolto consensi e critiche: quella di abolire alcune definizioni di istituti di parte generale del codice (causalità, dolo, colpa, errore, *aberratio delicti*, *aberratio causae*) che la prassi si mostra refrattaria ad interpretare in chiave costituzionale ed introdurre nel codice una clausola in base alla quale il Giudice può pronunciare sentenza di sussistenza della responsabilità penale solo nel rispetto dei principi costituzionali in materia. Vincolandolo così ad una genuina applicazione costituzionalmente orientata delle norme penali. So che è un'utopia, ma non di solo pane vive il penalista.

4. Interpretazione conforme alla Costituzione *versus* interpretazione conforme al diritto comunitario (*rectius* europeo) e internazionale.

Va infine esaminato un ultimo profilo del tema. È noto che ormai anche il diritto sovranazionale ha assunto una posizione di fonte sovraordinata al pari della Costituzione. Ed è altresì noto che anche le norme penali, risultano "legittimamente" applicabili se ed in quanto non configgenti con le norme europee, che ben possono essere anche di fonte giurisprudenziale (Corte di Giustizia, Corte EDU). I meccanismi che assicurano nella fase giudiziale della concreta applicazione la conformità delle norme penali domestiche al diritto europeo sono — come ben si sa — molteplici: dalla disapplicazione della norma interna incompatibile, al ricorso per interpretazione (magari propedeutico ad una successiva proposizione di questione di legittimità costituzionale), alla "interpretazione conforme".

Orbene, la problematica che si deve qui affrontare non riguarda i profili costituzionali degli effetti che si producono attraverso la disapplicazione della norma interna incompatibile, sia che avvenga direttamente, sia che avvenga previo ricorso per interpretazione alla Corte di Giustizia, ove il tema più delicato è quello delle conseguenze *in malam partem* della disapplicazione. Anche se si deve subito sottolineare che i confini tra disapplicazione e interpretazione conforme non sono così netti, come la dottrina specialistica della materia ci insegna. Ma piuttosto quello della soluzione da adottare nel caso di esiti contrastanti dell'interpretazione della medesima norma a seconda che si adotti una interpretazione conforme alla Costituzione o una interpretazione conforme al diritto europeo o comunque sovranazionale.

Ciò può verificarsi unicamente — in pratica — nel caso in cui entri nel crogiolo dell'attività decisoria una decisione quadro (emanata fino alla entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che non prevede più tale categoria di atti normativi), oppure una direttiva non detagliata e quindi non suscettibile di immediata applicazione (caratteristica invece propria delle direttive *self executing*) e di significato inequivoco, sulla quale cioè non sorgano dubbi interpretativi tali da obbligare il Giudice al ricorso per interpretazione.

Ebbene a me sembra indubitabile che nel caso di conflitto tra i due esiti interpretativi, a prevalere debba essere quello che assicura le maggiori garanzie all'imputato o che comunque non si risolve in un aggravamento della sua posizione.

In primo luogo, poiché ritengo che si debba mantenere saldo il principio confermato anche dalla giurisprudenza europea e dalla nostra (e non solo nostra) Corte Costituzionale, per cui dalla applicazione della norma comunitaria/europea non possono mai discendere effetti di peggioramento della condizione del soggetto da giudicare; principio espressamente sancito in ipotesi di applicazione diretta, ma che non può non valere anche in ipotesi di applicazione per via di interpretazione conforme.

In secondo luogo, perché l'intensità di garanzie assicurate a livello europeo non può che essere quella minima accettabile da tutti gli ordinamenti dei Paesi membri; ferma dovendo restare quella eventualmente superiore sancita dai principi costituzionali del singolo Stato membro.

In terzo luogo, perché entra qui in gioco il meccanismo che — come ricorda uno degli specialisti della materia, Carlo Sotis, in un recente lavoro — viene chiamato "margine nazionale di bilanciamento".

Esempio emblematico, ora risolto in via normativa, è quello delle norme incriminatrici in materia di pedopornografia.

Le norme incriminatrici del nostro codice penale, infatti, e particolarmente quella sulla c.d. "Pornografia virtuale" (art. 600 *quater*.1 c.p.), se lette alla luce della decisione quadro (2004/64 GAI) di riferimento che, come è noto, dava una preoccupante definizione di pornografia, facendovi rientrare (e quindi richiedendo di punire) non solo la pornografia virtuale ("immagini realistiche di un bambino inesistente), ma anche la c.d. "pornografia apparente" (quella dove sono coinvolti soggetti che *appaiono minori*), rischiano di porsi in rotta di collisione con il principio di offensività, se non, addirittura, con quello di materialità, prestandosi ad una

interpretazione che finisce per valutare più il disvalore etico che la dannosità sociale del comportamento, quando non gli schemi del diritto penale del tipo di autore (il "pedofilo"). Cosicché se ne sarebbe dovuta recepire una interpretazione in linea con i principi fondamentali della nostra Carta Costituzionale, quali quello di materialità del fatto e di offensività.

Il pericolo appare scongiurato — come la più attenta dottrina non ha mancato di rilevare — dalla sopravvenuta nuova direttiva in materia, sostitutiva della previgente decisione quadro, (direttiva 2011/92/UE) che ora non contempla più quelle ipotesi.

Paradossalmente, però, la medesima problematica sembra riproporsi in relazione alle recenti modifiche apportate al codice penale (e non solo al codice penale) nella medesima materia a seguito della ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007.

Già la definizione ivi accolta di pornografia minorile, che vale ad integrare tutte le incriminazioni in materia, fa riaffiorare rischi di interpretazioni non conformi ai principi di un diritto penale realmente ancorato al disvalore del fatto. Infatti se per tale si intende "ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o **qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali**", viene subito da chiedersi quale sia il destino di chi, per finalità di mera soddisfazione personale di pulsioni sessuali, certo moralmente riprovevoli, fotografi di nascosto le parti intime di un bambino mentre la madre gli cambia il costume sulla spiaggia o l'audace topless di una diciassettenne mentre prende il sole. Dovrà rispondere di semplice detenzione di materiale pornografico, o, addirittura di "produzione" dello stesso, ai sensi dell'art. 600 *ter*, punita con la reclusione da sei a dodici anni e la multa da 24 a 240.000 euro per avere "prodotto" materiale pornografico utilizzando minori? Qui già la giurisprudenza formatasi sotto il previgente testo aveva trovato una soluzione ragionevole. Ma dietro questa pervicace insistenza del legislatore, solo una interpretazione conforme ai principi di materialità/offensività che comporta anche una necessaria graduazione della risposta sanzionatoria all'effettiva lesività del fatto, ci può salvare da piratesche incursioni di rigorismi giurisprudenziali giustizialisti.

Non solo, ma, essendo rimasta invariata la fattispecie di "pornografia" virtuale che ne dà una nozione non perfettamente allineata con quella del "nuovo" art. 600 *ter*, ultimo comma c.p., ancora una volta, solo una interpretazione conforme al principio di materialità/offensività potrà arginare applicazioni pratiche dissennate.

E ancora: che dire della nuova fattispecie di "adescamento" di minori a fini pedopornografici o prostitutivi (art. 609 *undecies* c.p.), consistente in qualsiasi atto volto a carpire, anche fraudolentemente, la fiducia del minore per quei poco commendevoli fini e del cui tentativo inevitabilmente si porrà il problema della configurabilità? Chi ci salverà dalla incriminazione di qualche sguardo magari troppo insistito in ragione della avvenenza del soggetto che cade dinanzi al nostro campo visivo, se non una interpretazione conforme ai medesimi principi costituzionali sopra ricordati? Con la residua alternativa di dedicarci tutti ad una sana vita monastica, per il timore di

rimanere impigliati nelle maglie di una prassi giurisprudenziale dimentica di una saggia massima elaborata nel secolo scorso da Giandomenico Pisapia e certamente utilizzabile anche in funzione interpretativa, in base alla quale il diritto penale è fatto per gli esseri umani in carne ed ossa e non per i Santi.