CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



1/2025

EDITOR-IN-CHIEF
Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD
Italy: Mitja Gialuz, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò
Spain: Jaume Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez
Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martinez

MANAGING EDITORS
Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF
Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia, Tommaso Trinchera

EDITORIAL ADVISORY BOARD
María Acale Sánchez, Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Teresa Bene, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, Nuno Brandão, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Jacopo Della Torre, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Marcello Daniele, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Alessandra Galluccio, Percy García Cavero, Loredana Garlati, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Vincenzo Maiello, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Enrico Maria Mancuso, Vittorio Manes, Grazia Mannozzi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocolo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Risicato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Daniela Vigoni, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2025 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies (clicca qui per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali scaricabili qui.

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación.
La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación "Progetto giustizia penale", con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano,* la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile.*
La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.
El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.
La Revista se puede citar de forma abreviada cn el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.
La Revista asume el Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).
La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales (clica aquí para los detalles sobre protectión de la privacy y uso de cookies).
Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.
En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.
La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.
La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden descargar aquí).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association "Progetto giustizia penale", based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT,* indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) (click here for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines (download here).

Contents

Diritto penale e diritti fondamentali

Derecho Penal y Derechos Fundamentales

Criminal Law and Fundamental Rights

Il principio dell'intangibilità del corpo: riflessioni penalistiche sull'*habeas corpus* contemporaneo 1
El Principio de la Intangibilidad del Cuerpo: Reflexiones Penales sobre el* Habeas Corpus *Contemporáneo
***The Principle of the Inviolability of the Body: Criminal Law Reflections on Contemporary* Habeas Corpus**
Stefano Canestrari

Questioni di parte speciale

Cuestiones de Parte Especial

Special Part Issues

L'accertamento del reato di corruzione internazionale nell'ordinamento italiano 19
La determinación del delito de corrupción internacional en el ordenamiento jurídico italiano
The Establishment of International Corruption Offences under Italian Law
Francesco Centonze

Il reato di *Rechtsbeugung* (§ 339 StGB) e il controllo penale della funzione giudiziaria nell'ordinamento italiano: spunti comparatistici 40
El Delito de* Rechtsbeugung *(§ 339 del Código Penal Alemán) y el Control Penal de la Función Judicial en el Ordenamiento Jurídico Italiano: Apuntes Comparativos
The Crime of* Rechtsbeugung *(§ 339 German Criminal Code) and Criminal Oversight of the Judicial Function in the Italian Legal System: Comparative Insights
Manfredi Parodi Giusino

Il sesso come oggetto dello scambio illecito 56
El sexo como objeto de intercambio ilícito
Sex as an Object of Illicit Exchange
Roberta De Paolis

La tutela penale dell'obbligo di istruzione, tra riforme contingenti e progettualità sociale* 78
La protección penal de la obligación de escolarización: entre reformas contingentes y planificación social
The Criminal Protection of Compulsory Education: Between Contingent Reforms and Social Planning
Federico Bacco

Contents

Responsabilità da reato degli enti

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Corporate Criminal Liability

La persona giuridica come centro di punibilità permanente 108
La persona jurídica como centro permanente de punibilidad
The Legal Entity as a Permanent Center of Punishability
Federico Consulich

La colpa di reazione e il suo coordinamento con la colpa di organizzazione 131
La culpabilidad reactiva y su coordinación con la culpabilidad organizativa
Reactive Fault and Its Coordination with Organizational Fault
Amalia Orsina

Il processo penale "oltre le frontiere"

El proceso penal "más allá de las fronteras"

Criminal Proceedings "Beyond Borders"

Equivalenza a doppio standard nell'acquisizione della prova precostituita tramite OEI 184
Equivalencia de doble rasero en la obtención de pruebas preconstituídas a través de la OEI
Double standard equivalence in the acquisition of pre-constituted evidence through the EIO
Susanna Schiavone

"Misurare" il rischio con l'intelligenza artificiale? 200
¿"Medir" el Riesgo con Inteligencia Artificial?
"Measuring" Risk with Artificial Intelligence?
Alessia Di Domenico

Il focus su...

El enfoque en...

Focus on...

La giustizia riparativa e i reati senza vittima. Teorie, prassi e nuove prospettive 233
Justicia restaurativa y delitos sin víctima: teorías, prácticas y nuevas perspectivas
Restorative Justice and Victimless Crimes: Theories, Practices, and New Perspectives
Giuseppe Losappio

Il tempo perduto e il tempo ritrovato: questioni aperte in materia di sospensione dell'ordine di esecuzione 253
El tiempo perdido y el tiempo recuperado: cuestiones pendientes en materia de suspensión de la orden de ejecución
Lost Time and Time Regained: Open Issues Regarding the Suspension of Enforcement Orders
Stefania Carnevale

Legge penale, interpretazione e retroattività favorevole 271
Ley penal, interpretación y retroactividad favorable
Criminal Law, Interpretation, and Favorable Retroactivity
Gaspare Stallone

Contents

Recensioni

Recensiones

Reviews

Considerazioni in tema di *ne bis in idem* sostanziale, a proposito del libro di Marco Scoletta, *Idem Crimen*, 2023 309
Reflexiones sobre el principio de* ne bis in idem *sustantivo, a propósito del libro de Marco Scoletta,* Idem Crimen, *2023
Reflections on the Principle of Substantive* Ne Bis in Idem, *with Reference to Marco Scoletta's Book,* Idem Crimen, *2023
Ignazio Giacona

Il focus su…
El enfoque en……
Focus on…

233 **La giustizia riparativa e i reati senza vittima. Teorie, prassi e nuove prospettive**
Justicia restaurativa y delitos sin víctima: teorías, prácticas y nuevas perspectivas
Restorative Justice and Victimless Crimes: Theories, Practices, and New Perspectives
Giuseppe Losappio

253 **Il tempo perduto e il tempo ritrovato: questioni aperte in materia di sospensione dell'ordine di esecuzione**
El tiempo perdido y el tiempo recuperado: cuestiones pendientes en materia de suspensión de la orden de ejecución
Lost Time and Time Regained: Open Issues Regarding the Suspension of Enforcement Orders
Stefania Carnevale

271 **Legge penale, interpretazione e retroattività favorevole**
Ley penal, interpretación y retroactividad favorable
Criminal Law, Interpretation, and Favorable Retroactivity
Gaspare Stallone

Legge penale, interpretazione e retroattività favorevole

Forze di "attrazione" e forze di "resistenza" sulla retroattività del principio di diritto «riduttivo»

Ley penal, interpretación y retroactividad favorable

Criminal Law, Interpretation, and Favorable Retroactivity

Gaspare Stallone
Dottore di ricerca in Giurisprudenza (Internazionale) con curriculum in diritto penale
gaspare.stallone@phd.unict.it

Retroattività lex mitior, Interpretazione della legge
Retroactividad lex mitior, Interpretación legal
Retroactivity in mitius, Legal Interpretation

Abstracts

Il contributo si concentra sugli effetti del principio di diritto delle Sezioni Unite che riduce l'area di rilevanza penale. Dopo aver definito l'oggetto dell'analisi, il focus si sposta sulle ragioni (contrarie ed a sostegno) di un'equiparazione del principio di diritto "riduttivo" ai mutamenti legislativi. Nel confronto tra "forze di attrazione" e "forze di resistenza", che occupa la parte centrale del lavoro, vengono valorizzati gli effetti del dialogo multilivello, la distinzione tra norme e disposizioni, e l'evoluzione del sistema penale italiano. Nelle conclusioni si suggerisce una nuova strutturazione dei fenomeni successori, che passa sia per la denuncia di un possibile vizio di costituzionalità dell'art. 2 co. 2 c.p., sia per una presa di consapevolezza sul ruolo dell'interpretazione nella manifestazione del potere punitivo.

El trabajo se centra en los efectos del principio jurídico establecido por las Secciones Unidas que reduce el ámbito de relevancia penal. Tras definir el objeto del análisis, la atención se dirige a los argumentos (tanto a favor como en contra) de una equiparación del principio jurídico "restrictivo" a los cambios legislativos. En la parte central del estudio, que examina la tensión entre "fuerzas de atracción" y "fuerzas de resistencia", se valoran especialmente los efectos del diálogo multinivel, la distinción entre normas y disposiciones, y la evolución del sistema penal italiano. En las conclusiones se propone una nueva estructuración de los fenómenos sucesorios, que implica tanto una posible denuncia de inconstitucionalidad del artículo 2, apartado 2, del Código Penal, como una toma de conciencia del papel de la interpretación en la manifestación del poder punitivo.

The paper focuses on the effects of the legal principle established by the Supreme Court Joint Sections that narrows the scope of criminal liability. After defining the object of the analysis, the focus shifts to the arguments (both for and against) for equating the "restrictive" legal principle to legislative changes. In the central part of the paper, which explores the tension between "forces of attraction" and "forces of resistance," particular emphasis is placed on the effects of multilevel dialogue, the distinction between norms and provisions, and the evolution of the Italian criminal justice system. The conclusions propose a new structuring of successive legal phenomena, involving both a potential challenge to the constitutionality of Article 2(2) of the Criminal Code and an increased awareness of the interpretative role in the exercise of punitive power.

Sommario

1. Premessa. Le ragioni dell'analisi. – 2. Definizione dell'oggetto dell'analisi: brevi osservazioni sul principio di diritto «riduttivo» delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. – 3. Gli argomenti a sostegno della distinzione tra legge e principio di diritto delle Sezioni Unite nella prospettiva del diritto penale intertemporale. Osservazioni sulla separazione tra poteri. – 4. (segue) e sull'indipendenza interna dei giudici. – 5. Gli argomenti a favore dell'equipollenza tra legge e principio di diritto delle Sezioni Unite nella prospettiva dell'incidente di esecuzione. – 6. Sintesi tra "forze in opposizione". Conclusioni.

1. Premessa. Le ragioni dell'analisi.

Tra il 2005 e il 2006 in Germania ha avuto luogo un dibattito sulla *law in action* che ha visto contrapposti Winfried Hassemer, allora vicepresidente della Corte Costituzionale, e Bernd Rüthers, accademico ed ex giudice di Corte d'Appello. L'oggetto del contendere era l'importanza della metodologia giuridica nell'evoluzione del formante giurisprudenziale e, in particolare, il dibattito si è concentrato sulla scelta di criteri di interpretazione che garantissero il vincolo dei giudici alla legge, contenendo il passaggio dallo "Stato legislativo" allo "Stato giudiziario"[1].

Rüthers criticava l'assenza di una criteriologia precisa nel testo costituzionale, e il fatto che il ricorso al metodo oggettivo, avallato dalla giurisprudenza costituzionale tedesca[2], in realtà celasse l'arbitrio dei giudici, che, per suo tramite, avrebbero avuto la possibilità di scegliere in partenza il modo per giungere al risultato desiderato (e già predeterminato)[3]. Hassemer, dal canto suo, riteneva ammissibile il ricorso al metodo oggettivo, seppur con parsimonia, e, replicava che sostenere l'anticostituzionalità di questo metodo equivalesse a confessare una certa «innocenza metodologica»[4], che non tiene conto dell'impossibilità di «assiomatizzare le leggi», cioè dell'impossibilità di renderle complete, esaustive e univoche[5].

Non è d'interesse esaminare, in questa sede, le ragioni recondite del contrasto interno ai giuristi tedeschi, né per soffermarsi sulla soluzione – proposta da Hassemer – di unire ad una metodologia giuridica «che sia adeguata alla ricchezza del suo oggetto» e che sia informata a ragioni di «ragionevolezza pragmatica»[6], l'attenzione verso la pragmatica giudiziaria[7]: l'importanza di una criteriologia emergerà comunque in vari punti dell'analisi che ci si appresta a condurre.

E' tuttavia interessante rilevare, come dato di contesto, che, all'alba del nuovo millennio, in un momento storico in un cui il processo d'integrazione europea era in uno stadio piuttosto

[1] Ruthers (2007), p. 130, e Hassemer (2007), p. 76 ss.

[2] Hirsch (2007), p. 112, osserva: «nella giurisprudenza tedesca si è affermato il metodo oggettivo, secondo il quale la volontà del legislatore storico deve essere considerata un aspetto fondamentale nella interpretazione, ma in caso di contrasto deve cedere in favore di criteri oggettivo-teleologici. Decisiva per la interpretazione di una legge è in definitiva la volontà oggettivata del legislatore, volontà che però di regola coincide con l'intenzione problematicamente orientata del legislatore. Vale ancora la classica definizione di Savigny, secondo cui l'interpretazione è "la ricostruzione dell'idea interna alla legge", sicché per lui non si trattava delle idee puramente soggettive delle persone coinvolte nel procedimento legislativo, bensì di ciò che deve essere disciplinato dalla legge. Se il legislatore non è riuscito a formulare in modo adeguato la propria intenzione, se dà luogo ad errori o idee sbagliate o se il processo di invecchiamento di una legge ha fatto sì che questa non corrisponda più alla attuale concezione dei valori o alle esigenze dell'odierno traffico giuridico, allora la teoria oggettiva offre ai giudici la possibilità di scostarsi dalla volontà soggettiva del legislatore storico. In questo senso, vale proprio l'affermazione di Gustav Radbruch e del *Bundesverfassungsgericht*, che la legge può essere talvolta più saggia del legislatore».

[3] Ruthers (2007), p. 130. Per una sintesi sul punto si v. anche Hirsch (2007), p. 111 ss.

[4] Hassemer (2007), p. 90 ss. Per una critica che evidenzia quanto l'innocenza metodologica si manifesti nell'applicazione delle norme penali, si v. *Idem*, p. 94-95.

[5] Hassemer (2007), p. 82-83: «una volta trasformati questi oggetti scintillanti del linguaggio quotidiano in un linguaggio formale, si è tolto loro proprio ciò che li rende importanti per una legge e la sua interpretazione: la semantica, il senso, il significato delle parole, l'informazione che essi portano con sè».

[6] Hassemer (2007), p. 93, sul punto osserva: «Vi sono certamente raccomandazioni di ragionevolezza pragmatica come quelle (1) di procedere con attenzione e prudenza con il metodo teleologico oggettivo; (2) di non utilizzare il metodo grammaticale se il campo semantico della legge è molto ampio, oppure (3) nell'utilizzo del metodo storico di considerare l'età della legge relativa: leggi più recenti potrebbero esserci più vicine e potrebbero dirci di più».

[7] Secondo l'A. la pragmatica giudiziaria segue un sistema di regole che intendono favorire un vincolo del giudice alla legge, regole che costruiscono un ordine e sono sanzionate: «Queste regole sono attualmente visibili solo in modo non chiaro; esse dovrebbero venire investigate sistematicamente» (Hassemer (2007), p. 106). Precisa, però lo stesso Hassemer, che la pragmatica assume connotati particolari nel diritto penale e si traduce in un uso particolarmente cauto del «diritto giudiziario […] fondamentalmente autorizzato solo là dove è favore dell'imputato» (Hassemer (2007), p. 104).

avanzato[8], il dialogo tra Corti dei diritti fissato nei suoi aspetti essenziali[9], e la crisi della legalità formale già abbastanza conclamata[10], siano tornati alla ribalta alcuni quesiti di fondo sul rapporto tra il giudice e la legge, che hanno riacceso un dibattito piuttosto serrato tra giuristi europei: sullo sfondo della scelta costituzionale del vincolo del giudice alla legge, cos'è «legge»? In cosa, effettivamente si sostanzia il «vincolo» cui soggiace il giudice? E ancora: come incide un diritto vivente *mutevole* sull'applicazione del diritto penale, cioè sullo sviluppo del sistema penale *nel tempo*? Fino a che punto l'ermeneutica – il cui obiettivo è portare ad un «*risultato decisionale vincolato alla legge*» – deve tenere in considerazione la "pragmatica giudiziaria"?[11].

Sono temi ben noti nel nostro panorama giuridico.

In Italia, la questione della supplenza giudiziaria e dell'uso alternativo del diritto è nata sul finire degli anni '60 e ha trovato manifestazione nelle elaborazioni e nei programmi delle correnti di sinistra della magistratura, che, facendo leva sul ruolo politico del giudice, suggerivano un collegamento con forze sociali e politiche per raggiungere l'obiettivo di una «trasformazione sociale»[12], all'epoca avvertita come una necessità non più eludibile[13]. I decenni successivi vennero caratterizzati da un sempre maggiore affidamento alla giurisprudenza[14], per ragioni storiche che gravitavano, essenzialmente, attorno ad un Legislatore con una visione politica piuttosto ondivaga, cui si accompagnava un pluralismo imperante che non rendeva molto praticabili soluzioni univoche sul piano legislativo e normativo[15]. All'inizio degli anni '90, nel momento in cui si è discusso di come definire la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione rispetto alla materia penale, il Codice di procedura che nasceva dal Progetto "Vassalli", ha imboccato la strada di una nomofiliachia "debole" o attenuata, piuttosto che quella della nomofiliachia "forte": questa scelta è stata vista come «una difesa dell'impalcatura giuspositivistica del sistema penale contro con uno spostamento sul potere giudiziario di interventi in conflitto con l'architettura costituzionale della nostra democrazia rappresentativa»[16].

Le questioni che gravitano attorno alla "nuova legalità", alla legittimazione costituzionale della "giurisprudenza creativa", al "creazionismo giudiziario", sono state analizzate in modo estremamente approfondito nel corso degli ultimi decenni[17].

Il primo problema da affrontare alla luce della tendenza creativa della giurisprudenza è stato l'ampliamento del novero dei comportamenti punibili: di fronte all'impossibilità di procedere per deduzione dalle disposizioni incriminatrici e di applicarle quasi meccanicamente

[8] Tra il 2004 e il 2007, con l'adesione di dodici paesi, l'Unione arriva a comprendere 27 Stati membri (gli ultimi, nel 2007, sono la Bulgaria e la Romania).

[9] L'idea di "costituzionalismo multilivello" e del dialogo tra Corti funzionale ad una tutela integrata di diritti fondamentali era già stata elaborata in modo compiuto da Häberle (2002), p. 455 ss., e, ancor prima, da Pernice (1999), p. 703 ss. Sui rapporti tra il diritto comunitario e l'ordinamento tedesco e sull'orientamento della Corte Costituzionale tedesca nei c.d. casi "Solange", si v. Bohlander (2009), p. 14, «*Even the lowest category of self-executing and binding European law takes precedence over the constitution. This had, however, been disputed by the BVerfG24 in the so-called 'Solange' ('as long as') cases where the court at first claimed the final word on the applicability of EC legislation as long as it conflicted with German constitutional law and especially the fundamental civil rights therein, but then moved on to accepting that the European law had reached a level of protection that made such control superfluous unless the complainant showed good cause that and why the degree of protection on the European level had slipped below that of the Grundgesetz. Similar problems arise when Germany has to abide by resolutions of the UN Security Council adopted under the powers of Chapter VII of the UN Charter*».

[10] Sulla differenza tra legalità *in the books* e legalità *in action*, e sui poteri di un giudice nei confronti della *law in action*, Cadoppi (2014), *passim* ma in particolare pag. 163 ss.

[11] Hassemer (2007), p. 98 ss.

[12] Cfr. Guarnieri (2003), p. 97 ss.

[13] Maugeri (2024), p. 4 ss.

[14] Cfr. Luciani (2012), p. 4 ss., in cui tra le cause di rafforzamento della "giurisdizione", vengono menzionate la crisi politica post Tangentopoli e l'accresciuto flusso di domanda verso la funzione giurisdizionale, per la diffusione di un atteggiamento culturale che vede l'essenza del diritto assai più nella giurisdizione che non nella legislazione.

[15] Scaccia (2023), p. 470, sul punto osserva: «Secondo il modello che ne offriva il pensiero razionalista di matrice illuminista, la legge, attraverso l'intervento dell'organo rappresentativo della società unita per contratto sociale, positivizzava i principi razionali di giustizia. Questa visione presupponeva, da un lato, la piena copertura da parte della rappresentanza politica di tutto lo spettro delle visioni del mondo presenti nella società; dall'altro la capacità della legge di produrre le sintesi sui valori. Nelle contemporanee società fortemente pluralizzate, tuttavia, i concetti giuridici riflettono ormai un generale, *reasonable disagreement* sui valori sostanziali, persino su quelli che ci piacerebbe considerare dotati di diffuso riconoscimento». Fiandaca, (2020), pp. 256-257, annoverava tra le cause dell'affermazione del diritto penale giurisprudenziale lo scadimento del prodotto legislativo, definendo le leggi penali come "semilavorati normativi" o "linee-guida" che spetta poi al potere giudiziario e in particolare alla Cassazione specificare e concretizzare.

[16] Così Insolera (2018), p. 735.

[17] I contributi sono numerosissimi. Tra i molti: Cadoppi (2014), *passim*. Già Fiandaca (2005), p. 1723 ss., osservava che limitarsi a ribadire le ragioni garantistiche della legalità penale equivale, in realtà, ad adottare la «politica dello struzzo»: «in nome di una ideologia pur nobilissima, piuttosto che misurarsi criticamente col dato di fatto che i giudici "creano" diritto penale applicato, si preferisce "rimuovere" questo fenomeno sgradito denunciandone la (presunta) radicale incompatibilità con i fondamenti illuministici del sistema vigente». Più di recente si v. l'analisi di Maiello (2020), *passim*, e Di Giovine (2020), p. 77 ss.

– nelle parole di Hassemer, questa è l'impossibilità di "assiomatizzare la legge"[18] – si avvertì l'esigenza di neutralizzare, a tutela dei singoli, gli effetti sfavorevoli degli arresti della giurisprudenza che, o per interpretazioni teleologiche o per interpretazioni orientate all'osservanza delle Carte dei diritti o anche solo alle conseguenze pratiche delle decisioni, finivano per estendere l'area dei comportamenti punibili.

Tra le due regole-principi-diritti che reggono il diritto penale intertemporale – il divieto di retroattività in *malam partem* e il diritto all'applicazione retroattiva in *bonam partem* – quello chiamato in causa da applicazioni *contra tempus* di norme sfavorevoli era, ovviamente, il principio di irretroattività[19]. Considerando la *ratio* garantistica – a-storica[20] – che informa il più ampio principio di legalità e con esso il corollario dell'irretroattività, si è iniziato a riflettere sull'opportunità di adattare al nostro ordinamento soluzioni sperimentate nei paesi di *common law*, come, ad esempio, il *prospective overruling*[21].

La soluzione, poi accolta dalla giurisprudenza anche in tempi estremamente recenti[22], più che esprimere un approccio al principio di irretroattività in cui la *disposizione* vive assieme alla *norma*, in cui la *law in the books* va di pari passo con la *law in action*, in cui, in definitiva, si tende ad una sorta di equiparazione tra la disposizione e il prodotto della sua interpretazione, si è sostanziata nello spostare il focus sul principio di colpevolezza, sulla prevedibilità del mutamento, sulla conoscibilità della norma che da questo scaturiva e, così, sull'*ignorantia legis* scusabile[23].

Non perché le ragioni dell'irretroattività siano interscambiabili con quelle della colpevolezza. Com'è stato osservato da chi ha sostenuto un riparto di competenza tra i due principi, irretroattività e colpevolezza, pur presiedendo l'esigenza di tutelare la sfera di libertà dell'individuo, non possono che operare su piani distinti[24]: la garanzia di conoscibilità derivata dal principio di colpevolezza viene in gioco quando l'estensione interpretativa è oggettivamente *compatibile* col dato letterale della norma (o con il corretto uso di argomenti di tipo storico, teleologico o sistematico), ma, ciononostante, per ragioni esogene alla disposizione, al momento di commissione del fatto, l'inclusione nell'ambito della norma incriminatrice non fosse *ragionevolmente prevedibile*[25]. Quando, invece, vengono violate le regole sottese ai tradizionali criteri ermeneutici – come, ad esempio, nel caso di ricorso poco meditato al criterio teleologico[26] – oppure quando, più in generale, si cerca di colmare i difetti di tipicità delle fattispecie con manipolazioni indebite del loro contenuto[27], in tutti questi casi dovrebbe entrare in gioco la riconoscibilità oggettiva della legge penale e il principio di irretroattività[28]. La conclusione è che, se nel sistema multilivello, la tutela dall'espansione per via interpretativa dell'area del penalmente rilevante trova addentellato unitario nell'art. 7 CEDU[29], a livello interno la tutela da mutamenti sfavorevoli trova fondamento in basi giuridiche distinte (art. 25 co. 2 Cost e 2 c.p., da un lato; art. 27 co. 1-3 Cost. e 5 c.p., dall'altro).

E sull'altro versante del diritto intertemporale?

Qual è la sorte dell'altro possibile prodotto del "creazionismo giudiziario", cioè del principio di diritto che riduce l'area del penalmente rilevante? La duplicità di fondamento giuridico

[18] Hassemer (2007), p. 85. Sulla discrezionalità nell'interpretazione della legge si v. G. Zagrebelsky-V. Marcenò (2012), p. 65 ss.
[19] L'esigenza primaria era questa, come risulta dall'ampia trattazione Cadoppi (2014), p. 319 ss.
[20] Grandi (2010a), p. 185-186, distingue tra aspetto "storico", attinente alla produzione delle norme penali e, dunque, alla riserva di legge, e un aspetto "universale-astorico", di impronta soggettiva, che riguarda il profilo della conoscibilità delle norme penali da parte dei suoi destinatari. A quest'ultimo sarebbe riconducibile il principio di irretroattività, così come l'esigenza di certezza e di tassatività della norma penale.
[21] Sul punto già Valentini (2012), p. 159 ss., nonché Di Giovine, (2013), p. 165.
[22] Cass., Sez. V, 26 marzo 2024, n. 28594, con osservazioni critiche di Palazzo e Bartoli, (2024), p. 7-8.
[23] Cfr. Viganò, (2016), p. 226, che, in questo, osserva l'impatto dell'art. 7 CEDU e della giurisprudenza della Corte EDU, che focalizzano l'attenzione su profili come l'accessibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie. Nella giurisprudenza della Corte EDU si considerino tra gli arresti più noti, Corte EDU, 25 maggio 1993, Kokkinakis c. Grecia, § 52, nonché Corte EDU, 21 ottobre 2013, Del Rìo Prada c. Spagna, § 91-93, e più recentemente, Corte EDU, 26 settembre 2023, Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye, § 255-271.
[24] Cfr. Donini, (2018), p. 100 ss. Per una distinzione tra legalità penale e colpevolezza si v. Micheletti, (2023), 6 ss.
[25] Cfr. Viganò (2016), pp. 228-229.
[26] Cioè fondato su nuove esigenze di tutela, magari non propriamente sussistenti, che mal di conciliano con il recinto delle parole.
[27] Cfr. Donini, (2018), p. 101, arriva ad articolare l'intreccio della «riconoscibilità oggettiva» e dell'«esigibilità soggettiva» della legge penale, secondo una triplice dimensione: «conoscenza/conoscibilità della *legge* (articolo 5 c.p, 27, co 1 e 3, Cost., 7 Cedu)»; «conoscenza/conoscibilità del *diritto* (articolo 2 cp, 25 cpv. Cost., 7 Cedu); «conoscenza/conoscibilità dei casi e dei *casi-norma* (Corte Edu)». Si consideri che l'A. per «caso-norma» intende far riferimento ad un'ipotesi di fattispecie o sottofattispecie che è innovativa rispetto al diritto consolidato, consentendo la riconducibilità di una determinata condotta nel perimetro della disposizione secondo criteri di ripetibilità (il che lo distingue dal mero "esempio applicativo" e lo avvicina alla dimensione normativa).
[28] Cfr Palazzo e Bartoli (2024), p. 8.
[29] Viganò (2016), p. 228 ss. Cfr. Scoletta (2020), pp. 222-223.

che corre sul filo dell'interpretazione consentita e di quella non consentita, può manifestarsi allo stesso modo per l'interpretazione "riduttiva", trovando addentellati, a livello interno, in una o più fonti primarie? Anzi, ancora più a monte: la retroattività del un principio di diritto più favorevole delle Sezioni Unite ha diritto di cittadinanza nel sistema vigente? Ed eventualmente in quale misura?

Va precisato che il problema della retroattività dell'arresto giurisprudenziale più favorevole delle Sezioni Unite e della sua consistenza giuridica ha ragione di porsi e, in effetti, si è posto nei soli processi definiti con sentenza di condanna passata in giudicato: per i procedimenti formalmente pendenti – e in questi vanno compresi quelli in cui non è stata *ancora* accertata l'inammissibilità dell'impugnazione per cause diverse dalla tardività del ricorso – vi sarà una parentesi processuale per discutere dell'arresto delle Sezioni Unite che ha ridotto il perimetro della punibilità e, realisticamente (qui torna l'importanza della pragmatica giudiziaria), i giudici di merito o i giudici di legittimità investiti dal ricorso terranno conto del principio di diritto enunciato dalla Sezioni Unite: per applicarlo o anche solo per discostarsene, con conseguenze processuali diverse a seconda del grado di giudizio.

Salvo quanto si dirà più avanti sulle pronunce di alcune Corti dei diritti[30], la riduzione pretoria del novero dei comportamenti punibili, allo stato attuale, non ha alcuna possibilità di giocare un ruolo nella fase esecutiva: stando al tenore letterale dell'art. 2 cpv. c.p. e, ancor di più, dell'art. 673 c.p.p., il giudicato può essere inciso solo in presenza di un *abolitio criminis*, espressa o tacita, che trovi la propria origine in un mutamento di diritto positivo.

La questione della prevalenza del mutamento giurisprudenziale favorevole sul giudicato è stata già posta, e qualcuno potrebbe dire ormai definita, dalla sentenza n. 230/2012 della Corte Costituzionale[31], recentemente richiamata, sotto il profilo di interesse, da un'altra rilevante pronuncia: la sentenza n. 25/2019[32].

La Corte, interrogata sulla mancata equiparazione tra legge e principio di diritto delle Sezioni Unite ai fini della rimozione del giudicato (oggetto della censura e della richiesta additiva era, infatti, l'art. 673 c.p.p.), aveva escluso la fondatezza del dubbio di legittimità costituzionale, evocando una pluralità di argomenti, che, in sintesi, oscillano tra il ridimensionamento degli effetti del dialogo multilivello sulla retroattività favorevole, e il timore di disarmonie e sovvertimenti di «sistema»[33].

Seguendo l'argomentazione della Corte: l'ancoraggio della retroattività favorevole all'art. 7 CEDU non avrebbe "assolutizzato" il principio di diritto intertemporale, né irrobustito il diritto fondamentale del singolo[34]; nello sfondo del principio di eguaglianza-ragionevolezza,

[30] V. *infra* par. 2.

[31] Così Fidelbo (2022), pp. 3782-3783.

[32] Nel valutare la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, la Corte ha osservato: «5. Tale predicata rilevanza effettivamente sussiste. Va innanzi tutto condivisa l'affermazione della Corte rimettente secondo cui l'*abolitio criminis* – per *ius superveniens* o a seguito di pronuncia di illegittimità costituzionale – è cosa diversa dallo sviluppo della giurisprudenza, essenzialmente di legittimità, che approdi all'esito (simile) di ritenere che una determinata condotta non costituisca reato. 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 punito come reato. L'attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì 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. Questa Corte (sentenza n. 230 del 2012) in una situazione similare che vedeva la sopravvenienza di un orientamento delle Sezioni unite penali secondo cui non costituiva reato la condotta oggetto di una sentenza di condanna passata in giudicato, di cui era chiesta la revoca ex art. 673 cod. proc. pen. per abolizione del reato ha sottolineato che, pure in presenza di un orientamento giurisprudenziale che abbia acquisito i caratteri del «diritto vivente», il giudice rimettente ha soltanto la facoltà, e non già l'obbligo di uniformarsi a esso. E ha ribadito che «[a]l pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)». In tal senso, pur con qualche distinzione, si è pronunciata anche la giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 29 ottobre 2015-23 giugno 2016, n. 26259). Inoltre, si è affermato che l'ordinamento nazionale «conosce ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato» (sentenza n. 210 del 2013). E, con riferimento al procedimento di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU, originato da una pronuncia della Grande camera della Corte EDU, ha aggiunto che «il giudicato non costituisce un ostacolo insuperabile che [...] limiti gli effetti dell'obbligo conformativo ai soli casi ancora *sub iudice*». A maggior ragione è rilevante un dubbio di legittimità costituzionale della norma incriminatrice in tutti i casi in cui il giudicato non si è ancora formato, ma sta per formarsi proprio in ragione della pronuncia di inammissibilità del ricorso per cassazione che la Corte rimettente ritiene debba essere emessa, a meno che non sia accolta la questione di costituzionalità e sia dichiarata l'illegittimità della norma incriminatrice» (Corte Cost., 24 gennaio 2019, n. 25, § 5 cons. in dir.).

[33] Corte Cost., 8 ottobre 2012, n. 230, § 10. Per una critica sulla lettura data in quell'occasione alla giurisprudenza della Corte EDU e per osservazioni sulla rigida contrapposizione tra "diritto legislativo" e "diritto giurisprudenziale" si v. Ruggeri (2012a), p. 5 ss., nonché Id. (2013), p. 23 ss.

[34] Corte Cost., 8 ottobre 2012, n. 230, § 7.

che funge da fondamento costituzionale della retroattività *in mitius* a livello interno, non sarebbe *manifestamente irragionevole* distinguere tra *novum* legislativo e principio di diritto delle Sezioni Unite se oggetto di discussione è il superamento del giudicato (il diritto del singolo a beneficiare della rimodulazione della *norma* non prevarrebbe, infatti, sulla certezza del rapporto giuridico perché la legge è certa e stabile, la giurisprudenza invece no)[35]; il principio di separazione dei poteri osterebbe a che la *consecutio* tra due orientamenti giurisprudenziali equivalga all'operazione creativa di nuovo diritto oggettivo: l'abrogazione – come la creazione – delle *norme penali* non può dipendere da «regole giurisprudenziali» ma da un atto di volontà del legislatore[36].

Sono approdi che qualcuno ritiene acquisiti, ma forse un decennio di distanza può essere utile a rivalutarli.

Il primo motivo per cui può essere utile tornare sul tema è legato al contesto: la sentenza n. 230/2012 può essere inquadrata nella "seconda fase" del dialogo multilivello sulla retroattività favorevole, che esprime una tendenza precisa: contenere l'impatto dell'*arrêt* Scoppola nel nostro ordinamento[37].

[35] Corte Cost., 8 ottobre 2012, n. 230, § 9. Ruggeri (2012b), p. 2, in riferimento alla presunta stabilità delle leggi osserva: «Per la verità, anche su questo punto non poco potrebbe dirsi, sol che si acceda all'ordine di idee (come si sa, tuttavia non incontrastato) secondo cui il legislatore presente non può mai porre vincoli al legislatore futuro (in realtà, per una tesi finemente argomentata ma non perciò persuasiva, ciò varrebbe solo ordinariamente o a certe condizioni: ad es., i disposti di legge con cui si fa divieto a legge futura della loro abrogazione o modifica se non in modo espresso, per alcuni, dovrebbero essere osservati3; si sa però che nella pratica così molte volte non è stato e non è, senza che poi si riesca a sanzionare efficacemente questa "disobbedienza"). Insomma, la dichiarata stabilità delle leggi è pur sempre tutta da verificare, l'esperienza in molti campi piuttosto avvalorando l'esito opposto. Non è, ad ogni buon conto, su dati meramente statistici che possiamo costruire una solida teoria costituzionale della funzione legislativa o, più largamente, delle fonti».

[36] Corte Cost., 8 ottobre 2012, n. 230, § 11-12.

[37] Com'è noto, l'interpretazione evolutiva fornita dalla Corte EDU nella vicenda "Scoppola" viene espressa nei §§ 105-109 e trova ragione nella gemmazione della retroattività *in mitius* tra le legislazioni e le Costituzioni degli ordinamenti: «*105. La Corte considera che è trascorso molto tempo da quando è stata pronunciata la decisione X c. Germania sopra citata e che, durante questo tempo, sono intervenuti importanti sviluppi a livello internazionale. In particolare, oltre all'entrata in vigore della Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, il cui articolo 9 sancisce la retroattività della legge prevedendo l'applicazione di una pena meno severa eventualmente decretata dopo la perpetrazione del reato (paragrafo 36 supra), è opportuno segnalare la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il testo dell'articolo 49 § 1 di quest'ultima si discosta – e ciò non può che essere deliberato (v., mutatis mutandis, Christine Goodwin, già cit., § 100 in fine) – da quello dell'articolo 7 della Convenzione in quanto precisa che «se, posteriormente a tale reato, la legge prevede una pena più lieve, quest'ultima dovrà essere applicata» (paragrafo 37 supra). Nella causa Berlusconi e altri, la Corte di giustizia delle Comunità europee, la cui giurisprudenza è stata confermata dalla Corte di cassazione francese (paragrafo 39 supra), ha ritenuto che questo principio facesse parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (paragrafo 38 supra). Infine, l'applicabilità della legge penale meno severa è stata iscritta nello statuto della Corte penale internazionale e affermata nella giurisprudenza del TPIY (paragrafi 40 e 41 supra). 106. La Corte ne deduce che, dalla decisione X c. Germania, si è progressivamente formato un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale. È altresì significativo che la legislazione dello Stato interessato riconosca questo principio dal 1930 (v. l'articolo 2 § 3 del CP, citato al paragrafo 32 supra). 107. Certo, l'articolo 7 della Convenzione non fa espressamente menzione dell'obbligo, per gli Stati contraenti, di far beneficiare l'imputato di un cambiamento legislativo intervenuto dopo la perpetrazione del reato. È proprio sulla base di questo argomento, legato al testo della Convenzione, che la Commissione ha rigettato il motivo di ricorso del ricorrente nella causa X c. Germania. Tuttavia, tenuto conto degli sviluppi sopra menzionati, la Corte non può considerare questo argomento come determinante. Del resto, essa osserva che vietando di infliggere una «pena più severa di quella che era applicabile nel momento in cui è stato commesso il reato», il paragrafo 1 in fine dell'articolo 7 non esclude che l'imputato possa beneficiare di una pena meno grave, prevista dalla legislazione posteriore al reato. 108. Agli occhi della Corte, è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'articolo 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive. La Corte osserva che l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa a un altro elemento fondamentale dell'articolo 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni. 109.Alla luce di quanto precede, la Corte ritiene che sia necessario ritornare sulla giurisprudenza stabilita dalla Commissione nella causa X c. Germania e considerare che l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norme secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato*». Per una critica dell'impostazione fatta propria dalla Consulta nel 2011, che ha dato una propria lettura del riferimento al giudicato, si v., per tutti, Ruggeri (2013), pp. 9-10: «Ora, non intendo qui nuovamente discutere circa la interna coerenza di siffatto argomentare del nostro giudice costituzionale, la solidità delle basi metodico-teoriche sulle quali esso è fatto poggiare, la sua piena rispondenza all'intera tavola dei fini-valori costituzionali, tra i quali – non si dimentichi – è da annoverare altresì quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale che, al pari dei principi fondamentali restanti, concorre esso pure a fare la nostra identità costituzionale, specie nel suo fare "sistema" coi principi di libertà ed eguaglianza e, in ultima istanza, dignità della persona umana, dov'è l'essenza dell'ordine repubblicano, una sorta – se vogliamo dire così – di nucleo duro del... nucleo duro . Mi limito, dunque, a constatare a quale sponda faccia approdare il ragionamento della Corte, una volta linearmente svolto e portato alle sue ultime, consequenziali applicazioni. Stabilire, alla luce del quadro teorico-ricostruttivo delineato dalla Consulta, quali siano i precedenti convenzionalmente "coperti" e bisognosi di osservanza e quali, di contro, quelli che, ancorché astrattamente "coperti", possano essere disattesi è – come si vede – questione assai disagevole, foriera di soluzioni incerte e di possibili, reiterati e gravi conflitti. Quel che, nondimeno, è certo è che si danno precedenti ai quali devesi prestare ossequio. Il loro numero – è mia impressione, bisognosa nondimeno di conferme che solo a mezzo di analisi a ciò specificamente mirate possono aversi – è destinato tendenzialmente a crescere, se non altro a motivo della crescita esponenziale della giurisprudenza europea».

Se, infatti, nel periodo che va dalla sentenza della Corte di Giustizia nel caso "Berlusconi" alla sentenza della Corte EDU del 2009, la retroattività favorevole si era vista riconoscere prima rilievo costituzionale[38], e poi addentellati nella stessa base giuridica convenzionale del principio di irretroattività, con la sentenza n. 236/2011 la Corte Costituzionale ha inaugurato una linea di tendenza il cui obiettivo era disinnescare gli effetti potenzialmente deflagranti, rispetto alla tenuta del giudicato, dell'ancoraggio ad una disposizione convenzionale – l'art. 7 CEDU – che è inderogabile[39]. La Consulta ravvisa infatti la "salvezza" del giudicato nel riferimento che la Corte di Strasburgo fa in un passaggio della sua decisione nel caso Scoppola alle leggi penali posteriori adottate «*prima* della pronuncia di una sentenza definitiva» (§109). In realtà, le ragioni di un tale riferimento potrebbero essere agevolmente rintracciate nelle specificità del caso di specie, essendo il processo a carico del Sig. Scoppola pendente, l'applicazione retroattiva dello *ius novum* favorevole – oggetto di giudizio – era stata invocata, per l'appunto, prima della formazione di un giudicato, cioè prima che fosse pronunciata una sentenza definitiva[40]. Una tale lettura troverebbe peraltro conforto nella giurisprudenza di poco successiva della Corte europea, da cui è possibile desumere l'assenza di una volontà della Corte di Strasburgo, nel riferirsi alle leggi penali posteriori adottate «*prima* della pronuncia di una sentenza definitiva», di prendere una posizione specifica sulla tenuta e sulla caratura convenzionale del giudicato in relazione ai fenomeni successori in materia penale[41]. Preoccupata di contenere gli effetti dirompenti dell'ancoraggio convenzionale della retroattività favorevole all'art. 7 CEDU, con la sentenza 230/2012 la Consulta ha confermato la sua precedente giurisprudenza, negando l'inderogabilità del principio e ribadendo l'ammissibilità di limiti, nel tentativo di allineare la base giuridica interna (art. 3 Cost.) e il parametro convenzionale (art. 7 CEDU)[42].

Le posizioni sullo statuto convenzionale della retroattività favorevole espresse dalla Consulta, che ovviamente incidono sul discorso sulla retroattività dell'orientamento più favorevole (e, in particolare, sull'individuazione di esigenze equipollenti in un giudizio di bilanciamento), potrebbero essere storicizzate, considerando la possibilità di *myside bias*, il cui segno più evidente lo si riscontra in un uso davvero particolare del margine di apprezzamento del giudice interno[43].

Tra le ragioni per un ripensamento della sentenza n. 230/2012 e sempre sullo sfondo delle dinamiche multilivello, sta una disposizione di diritto primario dell'Unione, l'art. 49 CDFUE, che, in quell'occasione, non venne considerata dalla Corte Costituzionale, ma che recenti sviluppi sui possibili effetti giuridici delle disposizioni della Carta di Nizza non possono rendere trascurabile: si sta consolidando l'idea che i principi fondamentali della materia penale consacrati da quella Carta, e che, da un punto di vista operazionale, sono articolati come regole sufficientemente precise e incondizionate, sarebbero direttamente applicabili da parte dei giudici nazionali, seguendo lo schema logico del "tutto o niente", piuttosto che quello, tipico dei principi, che è il bilanciamento[44]. La formulazione dell'art. 49 CDFUE, il riferimento al concetto di "*law*" e le clausole di equiparazione alla CEDU e di massimizzazione di tutela contenute nella stessa Carta[45], mostrano aperture verso una visione sull'evoluzione delle norme del tempo, in cui il mutamento della norma – *subsquent law*, per la precisione – potrebbe

[38] Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 394.
[39] Manes (2012a), pp. 849-851.
[40] Cfr. Scoletta (2010), 295, e Sotis (2012), 88.
[41] Corte EDU, 12 gennaio 2016, Gouarré Patte c. Andorra, § 32-34, ove si afferma, chiaramente, che l'arrêt del 2009 – e l'enunciazione contenuta nel § 109 – avevano una portata limitata e che non si è mai inteso affrontare, neppure implicitamente, la questione del limite del giudicato, né tantomeno quella di altri limiti all'efficacia retrospettiva di mitigazioni normative. La soluzione esposta si fonda, infatti, sulle peculiarità dell'ordinamento andorrano. Sul punto cfr., in tempi più relativamente recenti, Corte EDU, 30 novembre 2021, Artsuni c. Armenia, § 56 ss., ove, in modo invero apodittico, si distingue in funzione della specificità della regola di diritto interno che stabilisce il superamento del giudicato.
[42] Sulle ragioni dell'atteggiamento della Corte si v. Manes (2012b), pp. 3476-3477.
[43] Già Ruggeri (2012a), pp. 6-7, parlava di "doppio monologo" e ipotizzava una soluzione differente: «se avesse affermato che il giudicato non si atteggia allo stesso modo nei varî campi di esperienza in cui si afferma (oltre che nel processo penale, in quello amministrativo, tributario, in materia di lavoro, ecc.), in ciascuno di essi facendo da specchio ad esigenze diverse e, pertanto, dando luogo a movenze parimenti diverse, avrebbe potuto trarne la conseguenza che esso di norma resiste al mutamento giurisprudenziale ma, appunto, non sempre, per effetto di operazioni di bilanciamento assiologico tra i beni della vita costituzionalmente protetti. D'altro canto, anche in altri casi, in relazione ai quali lo stesso giudice delle leggi ha ammesso il carattere recessivo del giudicato (quale quello fatto oggetto della sent. n. 113 del 2011), l'esito rinviene giustificazione in una ponderazione di beni o interessi meritevoli di tutela che trae ispirazione dalla Costituzione come sistema di valori positivizzati».
[44] Dworkin (2010), p. 90 ss. e La Torre (2020), 6. Sull'efficacia diretta di alcune disposizioni della Carta di Nizza si v. CGUE, 8 marzo 2022, C-205/20, NE, § 42 ss., con osservazioni di Viganò (2022), passim.
[45] Sull'importanza del formante giurisprudenziale nell'UE si v. Viganò (2021), 12.

prescindere dal mutamento di diritto positivo[46].

Non può poi passare inosservato che lo stesso sistema nazionale ha subìto mutamenti sempre più tesi a dare centralità alla funzione nomofilattica delle Sezioni Unite e alla vincolatività dei suoi precedenti[47]: per quanto il vincolo non sia assoluto, non si può negare che oggi l'enunciazione del principio di diritto produca effetti giuridici vincolanti al di fuori del rapporto processuale dedotto in giudizio; così come non si può negare che l'affermazione di tali effetti giuridici rappresenti la "sublimazione" di controllo di legittimità svincolato dal merito e dalla concretezza dello stesso giudizio che l'ha originato. Insomma, nelle modifiche sulla disciplina del codice di rito e nel ritorno a una forma di nomofiliachia, che era stata discussa ma poi scartata dai compilatori del Progetto "Vassalli", forse si può cogliere l'attuazione di una funzione costituzionalmente attribuita alla Corte di Cassazione (in vista di quell'esigenza, di rilievo indubbiamente costituzionale e convenzionale, che è la necessità di garantire l'uniforme applicazione del diritto).

Su tutti questi aspetti si tornerà più avanti.

Per il momento vale la pena considerarli solo come con input per tornare a interrogarsi sulla questione oggetto di studio, cioè se il mutamento giurisprudenziale segnato dall'enunciazione di un principio di diritto riduttivo delle Sezioni Unite *può* o *deve* avere cittadinanza nel diritto penale intertemporale.

In sintesi, le ragioni dell'analisi sono: la storicizzazione (o contestualizzazione, se si preferisce) di quella decisione che è la sentenza n. 230/2012[48]; l'interrelazione con altri "sistemi giuridici" nel più ampio contesto del costituzionalismo multilivello[49]; il mutamento di quelle disposizioni di diritto positivo che disciplinano la funzione nomofilattica delle Sezioni Unite[50]; la dimensione in cui effettivamente vive il rapporto tra la legge primaria e il giudice che dovrebbe garantirne un'interpretazione uniforme[51].

Del resto, nello scenario attuale, negare il ruolo innovativo dell'interpretazione giurisprudenziale e, in modo particolare, del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, manifesterebbe un difetto di pragmatismo (l'innocenza metodologica di cui parlava Hassemer)[52], che merita questa patente nella misura in cui non affronta il problema di come *effettivamente* evolvano le *norme* all'interno del sistema penale, e di quali debbano essere le garanzie che il sistema offre, di rimando, a coloro che vengono interessati da questi mutamenti. Insomma, un approccio del genere finirebbe per eludere l'obiettivo stesso di quella scienza che è il diritto intertemporale: tutelare le prerogative dei singoli di fronte all'inevitabile evoluzione del sistema normativo.

Sono aspetti su cui si tornerà quando verranno analizzate e poi messe a confronto le "forze che allontanano da" e le "forze che portano verso" l'attribuzione di un'efficacia "para-legislativa" al principio di diritto delle Sezioni Unite (per ora, si consenta la forzatura connessa a questa espressione).

[46] Sul punto si tornerà *infra* §§ 4-5.

[47] Il riferimento è alla disciplina contenuta nell'art. 618 c.p.p.

[48] Maugeri (2024), p. 70 ss., vede in quella decisione l'aderenza ad una concezione "legalistica" della legalità e suggerisce un ripensamento alla luce del principio di eguaglianza e del rispetto dei diritti e delle libertà del cittadino.

[49] Di Giovine (2013), p. 175, osserva: «Speriamo inoltre di aver dimostrato come un'importante spinta verso il cambiamento di mentalità provenga oggi dallo studio di sistemi diversi per tradizione dal nostro, ed in particolare di quello europeo (che dovrebbe però essere ormai anche un po' nostro ...).». Donini (2020), pp. 490-491, ricollega al diritto europeo l'internazionalizzazione dei modelli giuridici, più di quanto cento anni di comparazione indipendente non abbiano fatto. Di recente Di Giovine (2020), p. 78 ss. Per una critica alla sent. n. 230/2012 sotto il profilo di interesse si v. Ruggeri (2013), p. 24: «ancora più urgente si rivela essere lo sforzo volto alla tipizzazione dei ruoli degli organi giudicanti, tanto nei loro reciproci rapporti quanto (e soprattutto) in quelli con gli organi della direzione politica. Una tipizzazione che tuttavia non si rifaccia a schemi ormai vetusti, dei veri e propri ferri arrugginiti, espressivi di una realtà ormai superata, e che tenga piuttosto conto degli sviluppi avutisi nei rapporti fra gli ordinamenti (e, in seno a questi ultimi, tra i loro organi) e del bisogno da essi manifestato a che siano salvaguardati gli equilibri di ordine istituzionale venutisi nel frattempo a formare, anche (e soprattutto) in ragione delle pretese crescenti di appagamento vantate dai diritti e, in genere, da interessi un tempo inavvertiti».

[50] Tra le varie ragioni che possono suggerire una rimeditazione dei propri precedenti, la stessa Corte, nella recente sentenza n. 203/2024, fa riferimento, a titolo esemplificativo, tra le altre, al mutato contesto sociale o ordinamentale nel quale si colloca la nuova decisione o – comunque – al sopravvenire di circostanze, di natura fattuale o normativa, non considerate in precedenza (Corte Cost., 29 ottobre 2024, n. 203, § 4.5).

[51] Cfr. Di Giovine (2020), p. 88, che descrive l'attuale stato dell'ermeneutica come un atteggiamento «evoluzionista» (nel senso che riesce a dimostrare come il diritto evolva in senso adattativo, dando risposta alle nuove esigenze) e certamente «anti-creazionista» (perché si sforza di guardare alla realtà dei fenomeni giuridici).

[52] Cfr. Scaccia (2023), p. 470, rispetto all'idea di un giudice-automa, applicatore asettico di *voluntates* legislative già tutte compiute e perfettamente autosufficienti, parla di un "ingenuo romanticismo giuridico".

2. Definizione dell'oggetto dell'analisi: brevi osservazioni sul principio di diritto «riduttivo» delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

L'analisi condotta nel presente lavoro non riguarderà tutte le possibili tipologie di pronunce in grado di produrre effetti 'favorevoli' sulla posizione dell'imputato e/o condannato. In particolare, non saranno oggetto di indagine alcuni tipi di pronunce giurisdizionali, come le sentenze della Corte Costituzionale che, agendo come "Legislatore negativo", *ex tunc* e, in alcuni casi, *in bonam partem*, possono determinare l'ablazione di classi di comportamenti dall'area di rilevanza penale[53].

Il sindacato di legittimità costituzionale non solleva preoccupazioni rispetto al disegno costituzionale perché, nella misura in cui non intervenga *indebitamente* nel merito delle scelte legislative[54], rappresenta diretta e corretta estrinsecazione di quel disegno: la Corte, come interprete della fonte sovraordinata alla legge statale, può legittimamente incidere su questa; anzi, nell'assetto tipico del neocostituzionalismo del secondo dopoguerra, è suo dovere istituzionale vigilare sull'operato del legislatore storico e sul prodotto della sua attività.

Non saranno indagate neanche le pronunce di altre autorità giurisdizionali, come la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la Corte EDU: sono interpreti di fonti sovraordinate alla legge nazionale, e le loro pronunce possono incidere sulla tenuta della legge primaria, senza dare adito, *solo per questo*, ad alterazioni nella separazione dei poteri, cioè di quel connotato che è alla base dell'idea stessa di *Rule of law*[55].

La manifestazione di apertura verso sistemi giuridici sovranazionali che si rinviene negli artt. 10, 11 e 117 Cost. – quindi sempre all'interno del disegno costituzionale – ha legittimato un certo potere di intervento delle Alte Corti Europee nel nostro ordinamento: l'osservanza degli obblighi sovranazionali che s'inverano nell'interpretazione della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo imporrà, a seconda dei casi, la disapplicazione delle disposizioni interne contrastanti oppure la rimessione di una questione di legittimità costituzionale[56]. Peraltro, oltre ad incidere sul nostro ordinamento per via "interpretativa", declinando i contenuti della Carta e chiarendo i contorni della funzione precettiva delle relative disposizioni, le sentenze della Corte EDU sono destinate ad incidere sul nostro ordinamento, ancor più direttamente, allorquando lo Stato convenuto è quello italiano e la decisione è una decisione di condanna (sia essa per violazione di obblighi sostanziali o procedurali)[57]: in questi casi, in ragione dello specifico obbligo per gli Stati parte sancito all'art. 46 CEDU di conformarsi alle sentenze della Corte, l'efficacia giuridica della pronuncia si ripercuoterà immediatamente sul rapporto processuale che riguarda il caso concreto da cui origina la violazione della CEDU (che potrà determinare la "riapertura del procedimento" secondo la dizione del nuovo art. 628 *bis* c.p.p.), sotto la "supervisione" della Corte di Cassazione. Le sentenze della Corte EDU potranno anche produrre effetti giuridici esterni, rispetto a tutti gli altri procedimenti, magari anche definiti, che vertono su casi analoghi: le vie sono quelle tracciate per i c.d. fratelli minori,

[53] La base giuridica la si può rinvenire negli artt. 134 ss. Cost., 673 c.p.p. 30 l. n. 87/1953. Sulla necessità di incidere la *res iudicata* anche nei casi in cui ad essere dichiarata incostituzionale sia una disposizione diversa da quella incriminatrice si segnala per il suo impatto Cass., Sez. U., 29 maggio 2014, n. 42858, ric. Gatto. Per un commento si v. Ruggeri (2015), p. 31 ss.

[54] Il limite è posto in via generale dall'art. 28 l. 87/1953, che stabilisce che: «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

[55] Del resto, affidare ad un giudice il compito di valutare se uno Stato assicura la tutela dei diritti fondamentali è coerente le concezioni "sostanziali" di *Rule of Law*; in particolare con quella già a suo tempo esposta da Tamanaha (2004), p. 91, e poi accolta dalla Commissione Europea (*European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A New EU Framework to Strengthen the Rule of Law*, COM(2014) 158 final, Brussels, 11.3.2014.). Per maggiori approfondimenti sul punto si v. Mitsilegas (2016), pp. 267-268, nonché *infra* nt. 64-65. Quanto alla Corte EDU, già segnalava la sua tendenza a porsi come giudice che va al di là delle specificità del caso concreto Ruggeri (2013), pp. 5-7.

[56] Si v. le sentenze "gemelle" sui rapporti con la CEDU (Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348-349, nonché Corte Cost., 30 novembre 2009, n. 317) e sull'immediata applicabilità delle disposizioni di diritto europeo a effetto diretto si v. la nota sentenza "Granital" (Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170) che ha fatto seguito alla sentenza "Simmenthal" della Corte di Giustizia (CG, 9 marzo 1978, C-106/77). Per recenti "accentramenti" sulla materia dei diritti fondamentali e sulle evoluzioni della "doppia pregiudizialità" si v. Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 269 § 5-5.2, e Corte Cost., 21 marzo 2019, n. 63 e Corte Cost., 30 luglio 2021, n. 182, in cui, da ultimo, si ammette la possibilità la Corte Costituzionale, interpellata nell'ambito di un giudizio incidentale, operi un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia quando vi è una concorrenza di tutele rispetto al medesimo diritto fondamentale.

[57] La forza vincolante delle sentenze della Corte è descritta, a livello convenzionale, dall'art. 46 CEDU, anzitutto, sotto forma di un obbligo conformativo.

e, secondo un orientamento, potrebbero arrivare a comprendere l'incidente di esecuzione[58], se la violazione riguarda rapporti giuridici "esauriti" dalla formazione del giudicato.

In tutti questi casi, siamo di fronte a pronunce giurisdizionali sicuramente capaci di incidere sulla struttura o sull'ampiezza delle norme incriminatrici[59], ma che non sollevano, quando si mantengono nel perimetro della fisiologia dei rapporti tra ordinamenti, conflitti immediati con il principio di separazione tra poteri, essendo, piuttosto, estrinsecazione di funzioni coerenti con il disegno costituzionale, realizzate da soggetti che non sono vincolati dalla legge parlamentare, e che cercano di definire il contenuto precettivo di disposizioni sovraordinate alla fonte primaria.

I problemi di compatibilità sorgono, come si è anticipato in premessa, quando l'autorità giurisdizionale è in grado di incidere *direttamente* sui contenuti dello *stesso ente giuridico* che dovrebbe vincolarla.

Nello scenario dei giudici penali che, nel nostro ordinamento costituzionale, sono soggetti alla legge parlamentare, si è già evocato il ruolo della Corte di Cassazione e delle Sezioni Unite.

Ma questo perché il *contesto* normativo precondiziona la direzione e i contenuti dell'analisi, e la concentra sull'attività dei giudici di legittimità e su quel particolare ente giuridico – oggi riconosciuto dal diritto positivo – che è il principio di diritto delle Sezioni Unite.

Le scelte di sistema sulla funzione nomofilattica della Corte, che si inverano in non poche disposizioni di diritto positivo, aiutano a circoscrivere l'oggetto dell'indagine, già prima che questa entri nel vivo: *de jure condito*, il "tipo" di pronuncia giurisdizionale che ha un certo grado di astrazione rispetto al rapporto dedotto in giudizio, che contribuisce allo sviluppo dei possibili significati della disposizione normativa, che presenta un certa capacità di condizionamento rispetto a coloro che sono chiamati ad applicarla, e che, allo stesso tempo, è *potenzialmente* problematica nel rapporto con il vincolo del giudice alla legge, resta l'enunciazione del principio di diritto di cui all'art. 618 c.p.p.[60].

Si concentrerà l'analisi sull'essenza e sugli effetti, non di un principio di diritto qualsiasi e, certamente, non di quello che estende l'area di punibilità, ma del principio limitativo o riduttivo, che, per via interpretativa, esclude una classe di fatti dall'area di rilevanza penale.

La giurisdizione delle Sezioni Unite, da cui nasce il principio di diritto, si fonda su una dinamica contenziosa e perlopiù oppositiva: *contenziosa* perché si colloca nell'ambito del procedimento penale e realizza il controllo di legittimità chiarendo la portata delle norme penali per definire la regiudicanda sottoposta all'attenzione della Corte; *oppositiva* perché nasce dall'esigenza di dirimere contrasti giurisprudenziali già esistenti o potenziali, che scaturiscono *anche* dal ruolo propulsivo della Sezione originariamente assegnataria del ricorso, nel momento in cui rileva o ritiene possibili contrasti sincronici o diacronici tra orientamenti interpretativi[61].

Il principio di diritto che esclude una classe di comportamenti punibili dall'area di rilevanza penale, e che lo fa a seguito di una dinamica oppositiva, potrebbe essere visto come una patente di illegittimità o anche solo di inadeguatezza di una tesi interpretativa che in certa misura è già rintracciabile nella giurisprudenza di merito o di legittimità, e che può aver già prodotto effetti giuridici: l'avvio di procedimenti penali, l'accertamento di responsabilità e il rigetto delle impugnazioni eventualmente proposte, rispetto ad una classe di comportamenti che si collocava ai confini della fattispecie, nella sua zona d'ombra.

Se tra le due interpretazioni prospettate in questa dinamica oppositiva, le Sezioni Unite censurano quella volta ad estendere l'ambito di applicazione della disposizione incriminatrice, e prediligono quella più restrittiva, lo fanno perché l'interpretazione estensiva della norma si fondava su una individuazione di criteri interpretativi non corretti[62], oppure su un uso scorret-

[58] Cass., Sez. U., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, ric. Ercolano, con nota di Viganò (2014), p. 250 ss. Per recenti sviluppi sul ricorso alla "revisione europea" anche da parte di chi è rimasto terzo rispetto al giudizio avanti alla Corte EDU, a seconda che la sentenza sia o meno una sentenza "pilota", si v. Cass., Sez. U., 24 ottobre 2019, n. 8544, ric. Genco (rispetto ai possibili "fratelli minori" della sentenza "Contrada c. Italia"). Per la disciplina della "revisione europea", prima introdotta in via pretoria dalla Corte Costituzionale (sent. n. 113/2011), si v. il vigente art. 628 *bis* c.p.p. ("Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali").

[59] Per la distinzione, dal punto di vista dell'istituto dell'errore, si v. Palazzo (1974), pp. 134-137.

[60] Viganò (2021), p. 15.

[61] Si v. il combinato disposto degli artt. 618 c.p.p. e 172 disp att c.p.p. In merito all'obbligo di rimessione Di Giovine (2020), p. 82, parla di «spintarelle gentili» per indurre i giudici di legittimità a uniformarsi ai loro precedenti, nell'intento di valorizzare la funzione nomofilattica della Cassazione». Sulla possibilità qualificare il "vincolo al precedente" come «un onere di motivazione rafforzato in capo al giudice che voglia superarlo» si v. Manes (2018), p. 2244.

[62] Si pensi, ad esempio, all'uso dell'interpretazione conforme rispetto a testi normativi non pertinenti.

to di criteri astrattamente rilevanti[63].

Insomma, la censura delle Sezioni Unite che si accompagna all'enunciazione del principio riduttivo si muove sul piano metodologico e della ragionevolezza pragmatica; e la riaffermazione di un nucleo di significati normativi più "ristretto" realizza la naturale tendenza del sistema che è quella di contenere, nella misura del possibile, l'applicazione delle norme incriminatrici.

È verosimile, dunque, che, nella maggior parte dei casi in cui le Sezioni Unite elaborano un principio di diritto «riduttivo», che è tale perché consente all'interprete di apprezzare un effetto analogo all'*abolitio criminis*, questo avvenga perché le Sezioni Unite legittimano una riaffermazione della prevalenza di criteri restrittivi, come il criterio letterale.

Ma è vero anche che il criterio letterale di fronte a lemmi polisemici, che sono poi quelli che tendenzialmente danno adito a contrasti interpretativi, non sia risolutivo: dinnanzi a due significati possibili per lo stesso significante, la direzione del mutamento interpretativo – estensiva o restrittiva – sarà decisa dal ricorso ad altri criteri (e dalla prevalenza di uno sugli altri, in base alle stesse regole di «ragionevolezza pragmatica» di cui parlava Hassemer).

Ecco allora che il restringimento verso i significati più interni[64]allo stesso termine potrebbe essere legittimato da un ritorno alla volontà del Legislatore storico obiettivata nella legge: che sia per la vicinanza temporale all'adozione dell'atto normativo o per l'inopportunità di un'interpretazione evolutiva dovuta alla mancanza di nuove esigenze di tutela[65], le Sezioni Unite, stabilendo un principio di diritto "riduttivo", tornerebbero a riconoscere prevalenza alla *voluntas legis*, al cui soddisfacimento era preordinato l'intervento normativo[66].

Per sgombrare il campo da equivoci, si può dire che il principio di diritto *riduttivo* di cui ci occuperemo è quello che determina l'esclusione di un gruppo di fatti dalla portata della norma incriminatrice, per correggere l'andamento della giurisprudenza, denunciando vizi metodologici nell'uso di altri criteri interpretativi.

Inizia ad essere chiaro che l'enunciazione di un principio di diritto di questo tipo potrebbe non porre particolari problemi rispetto al nucleo duro di significati delle singole parole e della disposizione vista nel suo complesso.

Diversamente da quanto accade per l'enunciazione del principio estensivo, non vi è il rischio che la *portata* della *norma* superi la *disposizione*, con tutto quel che ne discende in termini di esigenze di garanzia nei confronti dei singoli (conoscibilità del precetto, irretroattività dell'arresto giurisprudenziale, etc.): si assiste, in questi casi, ad un "arretramento" verso quelle sezioni più interne dell'area di punibilità che sono definite dal significato delle parole.

In altri termini, la norma non agisce eccedendo o espandendo la disposizione, ma si mantiene nel suo campo semantico valorizzando quell'area di significati che è più prossima ai significanti dell'enunciato normativo[67]: la norma va a coincidere con l'area semantica più aderente alla lettera della legge e, in quanto tale, plausibilmente più rispondente alla volontà del Legislatore storico, che viene ritenuta prevalente rispetto a letture estensive, imputabili all'uso, non corretto, di criteri teleologici-oggettivi.

Il principio di diritto "riduttivo" che segna *legittimamente* l'evoluzione delle norme penali nel tempo, che solleva interrogativi di diritto intertemporale e che considereremo in questa sede è quell'enunciato normativo che agisce all'interno della disposizione e non la travalica. Ciò implica che esula dall'oggetto della presente indagine anche l'ipotesi di un arresto delle Sezioni Unite che realizzi una forma di *interpretatio abrogans* che esorbita dalle attribuzioni costituzionalmente riconosciute al giudice di legittimità, scardinando il vincolo del giudice

[63] Ad esempio quando si ricorre al criterio teleologico oggettivo senza che vi sia un'evoluzione delle esigenze di tutela (v. *supra* nt. 6).

[64] Viganò (2021), p. 16, coerentemente con la letteratura ivi citata (L. Paladin e D. Pulitanò), definisce l'area del campo semantico più aderente alla lettera della legge come «l'ambito di significati più univoci»,

[65] Giostra (2014), passim, osserva che qualsiasi disposizione, anche la più genericamente formulata, ha un "carapace semantico" da cui non può evadere senza diventare altro da sé: «vi è sempre almeno un significato incompatibile con il senso fatto palese dalle parole. Se le si dà questo significato non la si interpreta, ma la si "abroga" e si crea un'altra norma: si passa, cioè, dallo *ius dicere* allo *ius condere*». Viganò (2021), p. 15, ove si precisa che, anche a voler ammettere che la giurisprudenza in alcuni possa assurgere al rango di fonte del diritto, sarebbe comunque una fonte subordinata alla legge parlamentare: «[…] occorre muovere da premesse teoriche che riconoscano che il testo della legge possa costituire un limite alla libertà dell'interprete, e costituire così criterio per la possibile falsificazione di una data interpretazione in quanto *incompatibile con la legge*».

[66] Tarello (1980), p. 367, evidenzia che, dopo la nascita dell'argomento fondato sulla volontà storica del legislatore e il suo frequente ricorso da parte la Scuola dell'esegesi, in tempi più recenti è stato spesso utilizzato per screditare quelle interpretazioni che manifestamente urtano «contro la volontà degli autori della legge».

[67] Bartoli (2024), p. 959, usa l'espressione "legalità interpretativa" per riferirsi all'interpretazione che è costituzionalmente orientata e resta nella lettera e/o nel tipo legale.

alla legge; sarebbe abnorme e in quanto tale esula dal campo di indagine di una analisi della *fisiologica* evoluzione del sistema normativo, in cui la " norma" quale esito dell'interpretazione dell'enunciato normativo non può prescindere o prevalere su di esso.

Il tipo di arresto di cui si discuterà d'ora in avanti è, dunque, quello che riduce l'area di significati normativi senza elidere alcun elemento della fattispecie; e una prima notazione d'ordine generale può essere la seguente: il principio di diritto che limita l'operatività della norma incriminatrice non può che assumere, come propria condizione di validità-legittimità[68], la coerenza con la disposizione che ne costituisce il fondamento, il fatto, cioè, di muoversi all'interno del recinto delle parole fissato dall' "atto di volontà" del Legislatore.

3. Gli argomenti a sostegno della distinzione tra legge e principio di diritto delle Sezioni Unite nella prospettiva del diritto penale intertemporale. Osservazioni sulla separazione dei poteri.

Le perplessità che vengono sollevate quando si discute del formante giurisprudenziale e dei suoi riflessi sul diritto penale intertemporale sono legate, perlopiù, alla separazione dei poteri e al rischio di disarmonie di sistema: secondo la giurisprudenza costituzionale, la separazione dei poteri e il vincolo del giudice alla legge parlamentare sono ancor più ineludibili nel momento in cui si entra nel vivo della materia penale, per la duplice *ratio* (ordinamentale e di garanzia) sottesa all'art. 25 co. 2 Cost.[69], che in questa prospettiva non sarebbe altro che un suggello di una scelta ordinamentale già in sé non particolarmente rivedibile[70].

La disarmonia di sistema, nell'assecondare letture orientate alle fonti sovranazionali, sarebbe data da una disparità di trattamento tra giudice di cognizione e giudice dell'esecuzione nel rapporto con le Sezioni Unite e il loro principio riduttivo: l'idea di fondo è che riconoscere al principio di diritto la possibilità di impattare sul giudicato equivarrebbe a imporre un vincolo sul giudice dell'esecuzione al di fuori del giudizio di rinvio, quando, invece, il giudice della cognizione sarebbe del tutto svincolato da un simile principio di diritto[71].

Gli argomenti a sostegno di una distinzione attengono dunque al rapporto tra legalità nazionale e fonti sovranazionali, e alla diversa manifestazione del vincolo sulla giurisdizione penale (diversità assunta come irragionevole).

Il primo argomento richiama l'interazione tra sistemi, ma la descrive in un modo che forse non è del tutto condivisibile, se si rapporta il ragionamento ad un ordinamento di *civil law* come il nostro, e lo si contestualizza nei valori fondativi dell'Unione Europea; in particolare, come vedremo, nella cornice della concezione formale e sostanziale di "Stato di diritto".

Ergere la riserva di legge a contro-limite per negare l'impatto del formante giurisprudenziale sull'evoluzione delle norme penali, così come sostenere che il principio di legalità interno offra garanzie maggiori di quello convenzionale – come fa la stessa Corte nella sent. n. 230/2012 – può essere letto come un'anticipazione della stessa posizione che la Consulta prenderà con la sentenza n. 49/2015 e nell'*affaire* "Taricco", ma senza le buone ragioni offerte, in questo secondo caso, dal principio di determinatezza.

Al di là del fatto che non è così scontato che la legalità interna offra maggior tutele di quella convenzionale (nella prospettiva di tutela dei singoli)[72], rivendicare una prevalenza della disposizione interna perché questa garantirebbe la separazione tra poteri, e sostenere che l'influsso di sistemi sovranazionali e delle loro fonti è meno tutelante quando valorizza il ruolo

[68] L'espressione è di Modugno (1993), pp. 45-46, e la categoria raggruppa quelle norme sulla produzione che riguardano il contenuto ("validità sostanziale") o la forma dell'atto legislativo ("validità formale"), e viene distinta da quella delle «condizioni di validità-esistenza», cioè quelle che rendono l'atto normativo astrattamente riconducibile al tipo di quelli che possono, in ossequio alla riserva di legge, governare la materia penale (e che, dunque, rendono l'atto normativo astrattamente "riconoscibile" come tale).

[69] Grandi (2010a), pp. 185-186. Corte Cost., 8 ottobre 2012, n. 230, § 7 ss.

[70] Peraltro l'art. 101 Cost., come base giuridica dell'indipendenza "esterna dei giudici" trova rispondenza in numerosi strumenti di diritto sovranazionale, tra cui l'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 14, 1° co., Patto internazionale sui diritti civili e politici e, tra i documenti «continentali», art. 6, 1° co., CEDU, l'art. 47, 2° co., Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea 2, art. 8, 1° co., Convenzione americana sui diritti umani.

[71] Corte Cost., 8 ottobre 2012, n. 230, § 10.

[72] Viganò (2016), p. 227 ss. Evidenzia la prospettiva "individualistica" della riserva di legge, qualificandola come la *ratio* vera e propria, Grandi (2010b), p. 11, e la distingue dalla "democraticità", che viene vista come uno strumento operativo attraverso il quale la riserva di legge persegue la sua funzione di garanzia.

del formante giurisprudenziale, non tiene conto di almeno tre approdi piuttosto consolidati nella vasta comunità degli operatori e degli interpreti del diritto europeo: la separazione dei poteri, nei sistemi di *civil law*, rientra tra gli aspetti essenziali della *Rule of Law*[73]; la *Rule of Law* è un valore fondativo dell'Unione Europea[74]; il suo riconoscimento, in quel sistema, non ha solo un valore politico-programmatico, ma anche normativo, e, a livello nazionale, può essere richiamato per rinforzare eventuali presidi interni, nel nome di un'effettiva condivisione di valori fondamentali[75].

Bisogna, dunque, sgomberare il campo da un equivoco, che forse, dopotutto, non è neppure un "argomento", ma sicuramente vale come "forza di resistenza" che rende l'interprete quantomeno "ostile" all'equiparazione del principio di diritto *riduttivo* alla legge: le fonti sovranazionali non possono da sole compromettere la separazione tra poteri nei sistemi penali di *civil law* dal momento che, soprattutto quelle eurounitarie, valorizzano la coessenzialità del riparto tra poteri rispetto all'idea di "Stato di diritto"; per cui, tacciare l'apertura al dialogo multilivello come la possibile fonte di pericoli per la divisione tra poteri dello Stato *per il solo fatto che questi sistemi manifestano una maggiore sensibilità alla congiunzione tra disposizione e norme*, è il frutto di una semplificazione che, forse, non ha troppa ragione di esistere.

L'argomento che fa leva su presunte disparità di trattamento tra giudici di cognizione e giudici dell'esecuzione[76] chiama in causa qualche considerazione di pragmatica giudiziaria su come s'invera oggi il vincolo dei giudici alla legge.

La natura del vincolo dovrebbe essere inquadrata sotto un duplice profilo, perché, se l'assunto è che un arresto giurisprudenziale che impatta sul giudicato finisce per imporre un vincolo irragionevole sul giudice dell'esecuzione, è quasi naturale che la riflessione vada a focalizzarsi sia sul rapporto tra potere giudiziario e potere legislativo, sia sull'indipendenza interna al potere giudiziario (quanto ai rapporti tra giudice di legittimità e giudice dell'esecuzione).

Si manifesta così l'esigenza di stabilire il significato del concetto di "vincolo"; e, nella prospettiva dell'analisi che si sta conducendo, diventa particolarmente rilevante capire, sulla base del diritto positivo e alla luce dell'esperienza giudiziaria, quali siano le funzioni che le Sezioni Unite sono chiamate a svolgere; quali siano, effettivamente, le conseguenze dell'esercizio di questa funzione; e se l'equiparazione di queste conseguenze alla legge sul piano del diritto intertemporale sia costituzionalmente ammissibile.

Il problema che il principio giurisprudenziale "iperretroattivo" solleverebbe rispetto al vin-

[73] Mitsilegas (2016), p. 268 ss. La «grande regola» dello Stato di diritto (la definisce così Corte Cost., 2 novembre 1996, n. 379, § 7 considerato in diritto) ha avuto talmente tante declinazioni che il rischio è stato fargli perdere anche la pur minima capacità euristica (cfr. Shklar (1987), p. 1 ss.). Però, pur nella classica distinzione tra concezioni "formali" e concezioni "sostanziali" della *Rule of law*, in cui le prime si distinguono dalle seconde perché sono più focalizzate su questioni che attengono alle fonti del diritto e alle "forme" della legge senza alcun interesse per l'oggetto della legge e per la tutela dei diritti fondamentali o per tutti gli aspetti "valoriali" implicati nell'attività di normazione, vi è, tra gli altri, un dato che le accomuna e che, perciò, può essere riferito al nucleo essenziale della *Rule of Law*, ed è proprio l'esigenza di separazione tra i poteri (cui si accompagna l'indipendenza della magistratura). Questi due profili sono stati valorizzati, sul piano sovranazionale e dunque nonostante alla diversità di significato tra i concetti nazionali di *Rule of Law*, Stato di diritto, *État de droit*, *Rechtstaat* e *Estado de derecho*, dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo in numerose occasioni: Corte EDU, 16 aprile 2013, Siegle c. Romania, § 32; Corte EDU, 3 dicembre 2015, Amirkhanyan v. Armenia, § 33, per la parte in cui afferma: «*The Court reiterates that the right to a fair hearing before a tribunal as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which declares, among other things, the rule of law to be part of the common heritage of the Contracting States*».

[74] Per quanto vi possano incertezze sui contenuti – che, però, non riguardano quel profilo del nucleo "sostanziale" che è la separazione dei poteri – è indiscutibile che nella versione consolidata dopo il Trattato di Lisbona lo Stato di diritto sia assunto come valore e che la Corte di Giustizia abbia superato la distinzione, sul piano della normatività, tra "principi" e "valori" acquisendo anche i primi all'ordinamento giuridico dell'Unione, come parametri per la procedura di infrazione e per il rinvio pregiudiziale (per una panoramica sul punto si v. Circolo (2023), p. 85 ss.).

[75] Si veda in merito al regolamento condizionalità, CG, Plenaria, 16 febbraio 2022, C-156/21, Ungheria c. Parlamento e Consiglio, e, nella stessa data, C-157/21, Polonia c. Parlamento e Consiglio. Già la Commissione aveva individuato in via non tassativa i contenuti della *Rule of Law* a livello europeo, annoverando tra questi, ancora una volta, la separazione tra i poteri e l'indipendenza della magistratura: «*The rule of law requires that all public powers act within the constraints set out by law, in accordance with the values of democracy and the respect for fundamental rights as stipulated in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the "Charter") and other applicable instruments, and under the control of independent and impartial courts. It requires, in particular, that the principles of legality [(judgment of 29 April 2004, Commission v CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, paragraph 63)] implying a transparent, accountable, democratic and pluralistic law-making process; legal certainty [(judgment of 12 November 1981, Meridionale Industria Salumi and Others, 212/80 to 217/80, EU:C:1981:270, paragraph 10)]; prohibition of arbitrariness of the executive powers [(judgment of 21 September 1989, Hoechst v Commission, 46/87 and 227/88, EU:C:1989:337, paragraph 19)]; effective judicial protection, including access to justice, by independent and impartial courts [(judgments of 27 February 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, paragraphs 31, 40 and 41, and of 25 July 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, paragraphs 63 to 67)]; and separation of powers, [(judgments of 22 December 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, paragraph 58; of 10 November 2016, Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, paragraph 35; and of 10 November 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, paragraph 36)] be respected*» (*Communication from the Commission entitled "A new EU Framework to strengthen the Rule of Law", COM(2014) 158 final, Annex I*)».

[76] Su cui ci soffermerà *infra* par. 4.

colo del giudice alla legge parlamentare è stato riassunto dalla Corte Costituzionale nei seguenti termini (con corsivi nostri)[77]: «Ad una simile equazione [n.d.r. quella tra la consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali e l'atto di produzione normativa] […] si oppone anche, e prima ancora – in uno alla già più volte evocata riserva di legge in materia penale, di cui allo stesso art. 25, secondo comma, Cost. – il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge. Né la conclusione perde di validità per il solo fatto che la nuova decisione dell'organo della nomofilachia sia nel segno della configurabilità di una *abolitio criminis*. *Al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore* (eius est abrogare cuius est condere). 12. Le residue censure di violazione degli artt. 13 e 27, terzo comma, Cost., sono prive di autonomia. Esse cadono, del pari, con la premessa concettuale su cui poggiano: ossia la pretesa che la *consecutio* tra diversi orientamenti giurisprudenziali equivalga ad una operazione creativa di nuovo diritto (oggettivo), così da giustificare il richiesto intervento dilatativo del perimetro di applicazione dell'istituto delineato dall'art. 673 cod. proc. pen. *Siffatta erronea esegesi comporterebbe la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale*»[78].

Riassumendo il percorso argomentativo della Corte, la creazione e l'abrogazione delle *norme* sono appannaggio esclusivo del Legislatore perché sono fenomeni che dipendono dalla sola volontà legislativa e, in questo senso, la *consecutio* tra orientamenti giurisprudenziali non può essere equiparata al concetto di "abrogazione", che è fatto proprio dall'art. 673 c.p.p.

L'impostazione in sé, per i suoi contenuti e come statuizione di principio, non presta il fianco a critiche: non è possibile manipolare il diritto positivo fino a riconoscere alle statuizioni di un giudice il potere di creare o abolire la *legge parlamentare* che incrimina un tipo di fatti. Le norme costituzionali – l'art. 25 co. 2, l'art. 101, l'art. 107 Cost., come quelle che disciplinano le attribuzioni del Parlamento, distinguendole da quelle della magistratura – non lo consentirebbero.

Ciononostante, ci potrebbero essere dei margini per chiedersi se la ristrettezza del *petitum* a suo tempo formulato abbia distolto l'attenzione dalla distinzione tra disposizioni e norme, e se il mancato focus sui presupposti sostanziali della disciplina processuale abbia precluso una riflessione più approfondita intorno all'evoluzione delle *norme* per effetto del formante giurisprudenziale.

Il dubbio di legittimità costituzionale, all'epoca, venne sollevato rispetto alla sola disposizione processuale, tenendo ferma la disciplina contenuta nei capoversi dell'art. 2 c.p.: per quanto il giudice *a quo* si fosse interrogato sul fenomeno alla base della modifica chiesta alla Corte, ritenendolo non totalmente sovrapponibile all'*abolitio criminis*[79], resta il fatto che, nella formulazione della questione di legittimità costituzionale, venne data per assunta la correttezza della disciplina sostanziale, e quindi venne tenuta ferma la premessa per cui i fenomeni successori devono essere distinti in base all'impatto sul giudicato, traendo origine da una modifica degli enunciati legislativi, per differenziarsi solo in sede processuale con l'apertura a nuove ipotesi di incidente di esecuzione (anzi, a nuove ipotesi di incidente di esecuzione ricondotte sotto la rubrica, non poco significativa, della «revoca della sentenza per *abolizione* del reato»).

Forse, ma è solo una supposizione, estendere il *petitum* al presupposto sostanziale della disciplina processuale (l'art. 2 co. 2 c.p.) e prospettare una modifica consequenziale della disciplina dell'esecuzione, avrebbe reso più articolato e fruttuoso il dibattito.

Se si fosse messa in discussione prima la premessa sostanziale e, solo dopo, il *pendant* processuale, sarebbero diventati meno eludibili gli interrogativi sullo sviluppo delle *norme* nel tempo, che manifestano maggiore sensibilità alla pragmatica e alla dimensione effettiva, concreta, della *law in action*: i fenomeni successori di diritto penale sostanziale possono scaturire dall'enunciazione di un principio riduttivo "a enunciati legislativi invariati"? È ancora legitti-

[77] Il dubbio del giudice a quo riguardava l'art. 673 c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti) in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato».
[78] Corte Cost., 8 ottobre 2012, n. 230, § 11-12 considerato in diritto.
[79] Corte Cost., 8 ottobre 2012, n. 230, § 1 ritenuto in fatto.

mo distinguere tra *leggi* e *norme* nell'evoluzione del sistema penale, o, meglio, nell'individuazione di fenomeni successori di natura normativa, quando l'applicazione è mediata dall'interpretazione dei giudici, e, dunque, quando è la norma, e non la disposizione, che va ad impattare sulle posizioni dei singoli, e che legittima l'esecuzione della pena e l'esistenza di effetti penali?

Questi interrogativi vennero agevolmente evitati attraverso l'opposizione del vincolo del giudice alla legge e la consequenziale levata di scudi sul principio di legalità in materia penale (il principio più espressivo della tradizione giuridica penalistica e, probabilmente, quello dotato del maggior grado di resistenza, sul nostro piano costituzionale). Tuttavia, ad una più attenta analisi, emerge chiaramente un problema di inquadramento, che si va sommare al problema di ristrettezza del *petitum*: il principio di diritto riduttivo non sembra porsi in tensione con la riserva di legge parlamentare, con la separazione dei poteri e, in definitiva, con tutti quei principi che definiscono il volto del nostro assetto costituzionale, dal momento che non supera e non travolge la legge parlamentare che veicola la disposizione incriminatrice.

Non la supera perché riduce (e non estende) il novero di sottofattispecie; non la travolge perché, non trattandosi di *interpretatio abrogans*, non costituisce l'esito di un'attività interpretativa che elide un elemento della *disposizione* posta dal Legislatore: con l'enunciazione del principio riduttivo, la struttura dell'enunciato legislativo rimane la stessa, ma la sua portata sul piano semantico viene limitata ai *significati che appartengono al «nucleo duro» espresso* dalla lettera della legge[80]; in particolare, a quelli che, sul piano letterale, assumono i singoli elementi costitutivi della disposizione incriminatrice, che nel dibattito e contrasto tra orientamenti devono essere privilegiati.

Se, dunque, ha senso discutere di un principio riduttivo che possa anche solo ambire a muoversi nel quadro costituzionale, e non al di fuori o in contrasto con esso, e se, nel fare questo, il carattere imprescindibile di un siffatto principio di diritto è *ridurre il novero di possibili significati senza arrivare alla soppressione per via interpretativa di un elemento di fattispecie*, cioè al *totale disconoscimento* di una parte dell'enunciato legislativo, allora le tensioni che l'interpretazione giurisprudenziale restrittiva può avere con il principio di riserva di legge e con il riparto tra poteri dello Stato ne escono fortemente ridimensionate: l'ermeneutica si muove all'interno e nei limiti dell'enunciato legislativo, e, per questo, lo assume come sua condizione di legittimità-validità.

Guardando, poi, alle possibili ragioni del restringimento, l'opposizione tra interpretazione delle Sezioni Unite cristallizzata nel principio di diritto e atti legislativi potrebbe persino arrivare ad annullarsi del tutto.

La riduzione stabilita dalle Sezioni Unite della Cassazione, sia che scaturisca da dinamiche oppositive (cioè dall'obbligo di rimessione delle Sezioni semplici), sia che scaturisca dalla decisione discrezionale del Presidente[81], per essere tale – cioè per potere essere apprezzata come *restringimento* dell'area di rilevanza penale, che lascia fuori una classe di comportamenti – deve passare da una patente di "illegittimità" dell'interpretazione estensiva che fino a quel momento era stata praticata. Tra due opzioni interpretative, che non necessariamente assurgono già a orientamenti contrastanti, deve prevalere quella restrittiva, che per poter essere apprezzata come tale deve determinare una riduzione dell'area del penalmente rilevante, una riduzione del novero di fatti punibili.

Le Sezioni Unite ridurranno la portata della norma incriminatrice, in modo così netto da produrre effetti analoghi ad un avvicendamento di enunciati legislativi, ogniqualvolta non riterranno che l'inclusione di una o più sottofattispecie fosse possibile; e l'inclusione non sarà possibile ogniqualvolta ci si avvedrà che l'estensione fino a quel momento praticata non rispondeva alle regole di ragionevolezza pragmatica che informavano l'uso dei criteri di interpretazione della legge: ad esempio, si dovrà restringere l'area della *norma* incriminatrice quando ci si renderà conto che la via dell'interpretazione conforme alla Costituzione o alle fonti sovranazionali non era percorribile perché gli enunciati sovraordinati alla legge, per loro carenza lessicale, per loro *ratio* o per effetto dell'interazione con altre disposizioni della stessa natura, non consentivano una simile estensione[82]; oppure quando, sempre a titolo esemplifi-

[80] Sulla distinzione, tipica del pensiero di Hart, tra «nocciolo di certezza» e «penombra del dubbio» cfr. MacCormick (1981), p. 126 ss.

[81] Il riferimento è all'ipotesi di rimessione prevista dall'art. 610, co. 2, c.p.p. («Il presidente, su richiesta del procuratore generale, dei difensori delle parti o anche di ufficio, assegna il ricorso alle sezioni unite quando le questioni proposte sono di speciale importanza o quando occorre dirimere contrasti insorti tra le decisioni delle singole sezioni»).

[82] Per osservazioni sul metodo con cui è stata interpretata la Costituzione (soprattutto a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso) si v. Donini (2011), pp. 12-14, che a tale riguardo usa l'espressione di «positivismo giuridico applicato alla Costituzione».

cativo, la nuova esigenza di tutela, che legittimava l'estensione dell'area di rilevanza penale, in realtà non è empiricamente riscontrabile o non poteva essere soddisfatta per via dell'interpretazione teleologica, ma piuttosto con un intervento normativo *ad hoc*.

Sono soltanto esempi, ma servono a focalizzare l'attenzione su un dato: una riduzione delle sottofattispecie penalmente rilevanti, soprattutto ove nasca da una dinamica oppositiva («il contrasto tra decisioni di singole sezioni», per usare il lessico legislativo), non può evitare di passare da una correzione di rotta sul piano metodologico, denunciando l'utilizzo non corretto di criteri di interpretazione; e di fronte all'errato utilizzo di criteri tendenzialmente estensivi – come quelli che fanno leva sull'esistenza di obblighi di tutela penale non ancora soddisfatti – le Sezioni Unite non potranno fare altro che richiamare quei criteri che, per loro caratteri strutturali si oppongono alle estensioni del tipo, cioè la *littera legis* e la volontà obiettiva del legislatore storico, possibilmente letti nel comune denominatore di un'interpretazione tassativizzante in materia penale; dunque, criteri che tendenzialmente trovano la ragione della loro prevalenza nella perdurante attualità delle esigenze che, stando ai lavori preparatori e al contesto in cui va inserito l'intervento normativo, legittimarono l'introduzione della disposizione incriminatrice[83].

In questo senso, il principio riduttivo di matrice giurisprudenziale, che passa da una censura metodologica dell'orientamento più estensivo, sancisce, anche con il solo fatto di negare la validità dell'impostazione precedente, il *ritorno* alle funzioni originarie della norma incriminatrice: l'enunciazione di un simile principio di diritto implica che, sugli input che legittimarono un'indebita estensione, sia prevalsa la constatazione di un più limitato oggetto di tutela originario, più aderente alla volontà del Legislatore storico obiettivata nella legge, e che veniva espresso da significati semanticamente più vicini ai lemmi che compongono l'enunciato normativo (anche perché, altrimenti, non si potrebbe neppure apprezzare una riduzione sul piano prima semantico e poi normativo)[84].

Riassumendo: non sembra del tutto azzardato affermare che l'enunciazione di un principio di diritto che riduce l'area di operatività della *norma* incriminatrice debba passare da una correzione "metodologica" dell'interpretazione della disposizione e della sua portata applicativa; le Sezioni Unite, di fronte ad un'interpretazione estensiva non praticabile (per le ragioni più svariate), non potranno fare altro che richiamare, argomentandole, le ragioni per cui debba ancora essere ritenuta prevalente un'interpretazione restrittiva improntata a quella funzione originaria che, nell'intenzione del Legislatore storico, la disciplina era chiamata a svolgere e che poi è stata stravolta dall'interpretazione estensiva censurata dal Giudice di legittimità.

Da questa prospettiva, il problema del vincolo del giudice alla legge e della separazione tra i poteri dello Stato, che era già ridimensionato dalla considerazione dell'oggetto di quest'analisi (ossia dal fatto che il principio di diritto «riduttivo» costituzionalmente ammissibile deve operare nei margini della disposizione), perde ulteriormente terreno: se la riduzione avviene tenendo conto della *ratio legis* ricostruita secondo la volontà del Legislatore storico, non sembra che vi possa essere un contrasto tra poteri dello Stato, e tra esercizio della giurisdizione e quegli che la stessa Corte Costituzionale qualifica come «atti di volontà» del soggetto democraticamente legittimato.

Il ripristino di significati della legge che erano più ristretti, perché più aderenti alla *ratio* originaria della norma e che definiscono l'atto volontaristico del Legislatore (da un punto di vista oggettivo e non psicologico), sembra sufficiente per escludere l'eccesso di potere, cioè il superamento da parte del giudice del vincolo posto dallo stesso «atto di volontà» del Legislatore; assicura la convergenza tra risultati della funzione interpretativa riconosciuta alla Cassazione a Sezioni Unite e la disposizione incriminatrice, e potrebbe, persino, colmare il deficit di legittimazione democratica insito nella ridefinizione della portata della *norma* ad opera del giudice di legittimità, proprio perché, con l'enunciazione del principio riduttivo, il Giudice di legittimità non fa altro che (ri)portare alla ribalta i significati che la disposizione era chiamata ad esprimere *secondo la funzione che è stata impressa dal Legislatore* quando l'enunciato legislativo è venuto ad esistenza[85].

[83] Torna in questo l'importanza della motivazione delle leggi, già evidenziata Donini (2011), p. 149, in relazione all'implementazione di un modello che consenta di valutare l'impatto, non soltanto economico, delle leggi per controllare l'osservanza del principio di sussidiarietà (l'obiettivo, già auspicato all'epoca, era di individuare strumenti che rendono «*operativa* una scienza della sussidiarietà in sede di controllo costituzionale sui giudizi di fatto del legislatore».

[84] Su criteri di utilizzo dell'argomento storico, in generale, si v. Tarello (1980), p. 366 ss.

[85] Grandi (2010b), p. 11, qualifica, come già si accennava, la funzione di garanzia della riserva di legge come sua *ratio* identificatrice. Da

Il "recupero" dell'*imprimatur* volontaristico che è stato dato alla disposizione, al momento della sua creazione e che le assegna un fine, potrebbe derivare anche dal ricorso al criterio sistematico: se si determina la riduzione normativa in funzione di altre previsioni, cioè in funzione del fatto che la norma incriminatrice la cui portata è in discussione va a inserirsi in un sistema e con esso deve condividere, si assume, come metro per la riduzione del significato, un altro «atto di volontà» del Legislatore, cioè l'altra disposizione incriminatrice che compone il sistema.

Questo non vuol dire assegnare alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione il ruolo di interprete *ultimo* e *incontrollabile* della volontà del Legislatore storico, facendole assurgere ad unico soggetto in grado di stabilire *a propria discrezione* l'obiettivo sottostante all'introduzione di una norma incriminatrice. Al di là delle regole di ragionevolezza interpretativa che la Corte per prima sarebbe chiamata a preservare e osservare, e che dovrebbero guidare e contenere gli esiti della sua attività interpretativa, l'assunto da cui è partita l'analisi è che un'interpretazione che ambisce a muoversi nel quadro di legittimità costituzionale, quand'anche vada a ridurre (e non espandere) l'ambito dei significati possibili della norma, deve, comunque, rispettare i limiti testuali dell'enunciato creato dal Legislatore (il «recinto delle parole»): la disposizione, che in effetti *ha* dei significati minimi che non possono essere obliterati per via interpretativa, non fa altro che contenere la riduzione dei significati possibili a quelli più vicini ai singoli elementi costitutivi della fattispecie, ponendo un limite a forme più o meno occulte di *interpretatio abrogans* (parziali o totali che siano). Come detto in precedenza, la disposizione è condizione di legittimità dell'interpretazione, così come la fonte costituzionale è condizione di legittimità della fonte primaria.

Per stemperare il timore che le Sezioni Unite possano sostituirsi al Legislatore, si potrebbe far presente, senza neppure avventurarsi in proposte *de iure condendo*, che la contrazione per via interpretativa della portata della norma incriminatrice non esautora il Legislatore, non lo rende muto di fronte ad un interprete particolarmente loquace che si spinge ad individuare la *voluntas legis*, e, sicuramente, non lo priva del monopolio sulle scelte di incriminazione e sull'espressione di scelte valoriali[86], nel ricorso a determinati prototipi punitivi.

L'ultima parola sulla ricostruzione della volontà storica oggettivata nella legge, sul ridimensionamento della portata della norma incriminatrice, e sull'impatto che la norma potrà avere nei confronti della collettività, resta nella mani dello stesso soggetto democraticamente legittimato, il quale ha strumenti per censurare eventuali errori metodologici delle Sezioni Unite che portano ad un arretramento dell'area di rilevanza penale non dovuto o non coerente con le esigenze di tutela penale: il principale tra questi strumenti di controllo sulle scelte di incriminazione e sui loro ridimensionamenti è la legge d'interpretazione autentica, che può

un approccio che tende a far prevalere la dimensione individualistica della riserva di legge ed a vedere la democraticità sottostante come strumento per la realizzazione di quel risultato, dovrebbe derivare che la retroattività *in mitius*, non ponendo per sua natura problemi di garanzia, non dovrebbe neppure necessitare dello "strumento democratico".

[86] Scaccia (2023), pp. 472-473, distingue tra naturale mediazione del giudice ed esautoramento del Legislatore: «Il primo e più immediato sta in ciò: che il potere del giudice, ancorché nomopoietico, opera con un raggio assai più ridotto rispetto a quello autentica- mente creativo del legislatore. Quest'ultimo, nel rispetto delle procedure costituzionali e nella traccia valoriale segnata dalla Costituzione, agisce nell'ordinamento e sull'ordinamento con la più ampia libertà di apprezzamento, mediando, selezionando e ponderando interessi contrapposti, trasformando in legge le posizioni comunitarie sul bene comune, così come individuato in un dato momento storico e in rapporto a una data maggioranza. Al contrario l'esercizio della discrezionalità giudiziale non si traduce, né mai può tradursi, nella scelta capricciosa di una volontà soggettiva. L'onere di motivare impone al giudice di confrontarsi con le diverse concezioni e interpretazioni accreditate nel dibattito teorico e giurisprudenziale e gli prescrive di fornire argomenti coerenti, pertinenti, idonei a sorreggere la valutazione alla quale egli giunge. La sua discrezionalità soggettiva è in tal modo contenuta dall'esigenza di oggettivizzarsi in un percorso motivazionale basato sulla coerenza tra le parti del discorso, la plausibilità rispetto ai paradigmi interpretativi e applicativi preminenti, la corrispondenza delle conclusioni raggiunte a una complessiva ragionevolezza. Con sintesi felice Omar Chessa afferma che «la discrezionalità chiamata in causa dai concetti valutativi incorporati nel diritto deve essere esercizio di *ratio* e non di *voluntas*» (Chessa 2019, 3). Altro e diverso è il discorso quando il legislatore non riesce a ricomporre sintesi culturali su temi divisivi; quando omette di prendere posizione su temi etici che frammentano nel profondo la società. In questi casi, che attualmente attengono soprattutto alla bioetica, il giudice, non potendo proclamare il *non liquet*, è tenuto a dare risposta a istanze di protezione che non hanno ricevuto alcun principio di regolazione in sede legislativa. Lungi dall'essere anticipazione o previsione del futuro (Vorgriff zur Zukunft) (Husserl 1955, 55 ss.), la legislazione viene strutturandosi in più di un caso come un processo formativo, rispetto al quale la posizione del precetto rappresenta solo il momento attivatorio di un più articolato circuito regolativo. Non esiste perciò un unitario «luogo della legge» (Denninger 1997, 15 ss.); piuttosto, per rimediare a quella che nel lessico kelseniano potrebbe definirsi «indeterminatezza intenzionale del grado inferiore» (Kelsen 1934, trad. it. 2000, 118), il legislatore ricorre alla delega al giudice, apertamente riconoscendogli un potere di sistemazione e di mediazione di interessi non mediati dai circuiti della rappresentanza politico-parlamentare. Quando però si passa dalla sfera del dover essere costituzionale a quella del dover fare38 senza la neutralizzante mediazione legislativa, che disponga i valori secondo un ordine di priorità, sul giudice si scarica l'onere di prendere posizione in un confronto che non è più tra opzioni ermeneutiche, ragioni di opportunità, esigenze funzionali, ma, letteralmente, tra visioni del mondo. Ciò può condurre a rendere drammatica la contrapposizione fra *lex* e *ius*, fra l'ideale regolativo generale e astratto e l'ideale di equità ritagliato sulla giustizia del caso singolo».

giocare un ruolo di non secondaria importanza nel garantire, ove di fenomeni successori tra disposizione e norme si possa parlare, che questi si realizzino rispettando il vincolo costituzionale del giudice alla legge. Ma su questo profilo si tornerà più avanti, dopo che si tenterà di sciogliere il nodo sul presupposto, cioè sull'ammissibilità di fenomeni successori tra disposizioni e norme, "a enunciati legislativi invariati"[87].

4. (*segue*) Osservazioni sull'indipendenza interna dei giudici.

Le considerazioni sul rapporto tra Sezioni Unite e Legislatore nel diritto penale vigente portano l'analisi verso l'altra questione potenzialmente problematica (l'altra più rilevante forza di resistenza), che è l'indipendenza interna dei giudici: si è sostenuto che ammettendo l'iperretroattività del principio riduttivo delle Sezioni Unite si sacrificherebbe l'indipendenza dei giudici dell'esecuzione, creando, peraltro, una disparità interna al sistema, per il fatto che il vincolo non si avrebbe nei confronti dei giudici di cognizione.

È su questo versante – quello del rapporto tra giudici di merito e di legittimità – che entra in gioco l'importanza della pragmatica giudiziaria, accanto a qualche doverosa considerazione di sistema.

Il primo nodo sull'indipendenza dei giudici di merito riguarda il ruolo della nomofiliachia nel nostro sistema costituzionale: l'indipendenza interna è d'ostacolo al riconoscimento di effetti giuridici esterni imputabili all'arresto riduttivo delle Sezioni Unite? L'efficacia *esterna* di questo tipo di precedente, manifestazione di nomofiliachia forte, è costituzionalmente vietata o è costituzionalmente ammissibile?

Voci autorevoli in letteratura davano risposta negativa al primo quesito già prima della riforma dell'art. 618 c.p.p.

Secondo questa impostazione, l'indipendenza dei giudici di merito, rispetto alla Corte di Cassazione e alle sue pronunce che hanno una portata generalizzante, non sarebbe coperta da particolari addentellati costituzionali e, comunque, non sarebbe intaccata dall'ammettere un certo grado di vincolatività al precedente delle Sezioni Unite[88].

In effetti, se si guarda alla Costituzione in modo sistematico e non atomistico, il fatto che statuizioni della Corte di Cassazione producano *effetti giuridici* nei confronti di giudici di merito diversi dal giudice del rinvio (e che questi effetti siano processualmente spendibili nelle forme dell'impugnazione), sembra avere una sua ragion d'essere: si può certamente assumere che l'indipendenza interna rappresenti un interesse costituzionalmente rilevante meritevole di considerazione, ma è altrettanto vero che la stessa Costituzione ammette, al terzo comma dell'art. 107 Cost., una distinzione per diversità di funzioni, nella quale rientra, non a caso, la distinzione tra magistrati giudicanti di Tribunale, di Corte d'Appello e di Cassazione[89]. Nella materia penale poi, è la stessa Costituzione che riconosce alla Cassazione la legittimazione a verificare la corretta applicazione della legge: non a caso si tende a vedere nel settimo comma dell'art. 111 Cost. la consacrazione costituzionale della funzione nomofilattica, che determina l'attribuzione, anch'essa dunque costituzionale, del potere di garantire l'uniforme applicazione della legge *in criminalibus*. Ed è evidente che quell'esigenza di uniformità, unita ad un controllo di legittimità che sia il più ampio possibile, non può essere perseguita, se non attribuendo una certa vincolatività alle decisioni della Cassazione e, in particolare, a quella delle Sezioni Unite: il che da ancora più rilievo alla distinzione funzionale tra giudici.

La questione del vincolo e dell'ammissibilità di compressioni all'indipendenza interna alla magistratura deve essere letta considerando l'importanza che per la Costituzione assume il controllo di legittimità, l'esercizio della funzione nomofilattica e tutte le esigenze che sono salvaguardate da un'applicazione uniforme della legge.

Nel tentativo di bilanciare tutti questi interessi con l'indipendenza dei magistrati, si deve provare a rintracciare una differenza tra "vincolo" ed "effetti giuridici esterni", e questa differenza non è altro che una differenza di *grado*: l'enunciazione del principio di diritto delle Sezioni Unite non promana da un rapporto gerarchico tra magistrati e non produce sicuramente

[87] V. *infra* § 5.
[88] Nella letteratura penalistica, per tutti, Cadoppi (2014), p. 288 ss., mentre in quella costituzionalistica, Bifulco (2008), *passim*.
[89] Cfr. già Grossi (1985), p. 489 ss., nonché Cadoppi (2014), p. 288 ss. Sulla necessità di un organo che eserciti funzioni nomofilattiche, per evitare violazioni dell'art. 6 CEDU si v. Dinacci (2019), pp. 877 ss.

tutti gli effetti che sono tipici di un provvedimento insindacabile di un superiore gerarchico, nell'ambito di un rapporto di diritto pubblico[90]; però è pur vero che quel principio di diritto si colloca nella distinzione tra funzioni che è costituzionalmente prevista, nell'ambito di un controllo di legittimità dotato di copertura costituzionale proprio per i provvedimenti che in materia penale hanno un contenuto decisorio, e, al tempo stesso, è un potere che trova legittimazione nel perseguimento di quella più ampia esigenza di rilievo costituzionale che è l'uniforme applicazione della legge. Per fare questo, il principio di diritto deve necessariamente produrre effetti *giuridici* al di fuori del rapporto processuale che ha dato occasione alla ridefinizione della portata della norma incriminatrice per via interpretativa: il primo tra questi vale nei confronti delle Sezioni della stessa Corte di Cassazione, ed è ovviamente l'obbligo di rimessione previsto dal comma 1 *bis* dell'art. 618 c.p.p.

Si può dire che la riforma Orlando (l. n. 103/2017) ha dato maggiore importanza agli effetti giuridici "esterni", allineando la posizione delle Sezioni Unite Penali a quella delle Sezioni Unite Civili. E, se in letteratura l'art. 364 c.p.c. era visto come il segno di una "*giurisprudenza-fonte*", lo stesso, a rigore, dovrebbe valere, dopo la riforma del 2017 ,per l'art. 618 c.p.p. e per la funzione che le Sezioni Unite Penali, ora come quelle Civili, sono chiamate a svolgere a tutela dell'uniforme applicazione del diritto[91]: con il passaggio ad una forma di nomofiliachia "forte" che è, allo stesso tempo, la fonte di un «vincolo relativo»[92], le singole Sezioni si vedono parzialmente private del loro potere giurisdizionale, in favore delle Sezioni Unite, quando si ponga il rischio di un'applicazione non uniforme del diritto, per l'esistenza o la possibilità di un contrasto giurisprudenziale.

Il vincolo è relativo perché vale nei confronti delle Sezioni semplici e non è tutelato da una sanzione processuale espressa[93], ma, anche a voler tralasciare il possibile ricorso alle categorie dell'abnormità o dell'inesistenza in caso di sua violazione[94], è indubitabile che un effetto giuridico ci sia, e sia proprio quell'obbligo di rimessione che sottende l'avocazione di una competenza funzionale (la competenza a pronunciare il principio di diritto in caso di contrasto interpretativo).

L'effetto giuridico esterno nei confronti delle Sezioni semplici della Corte riguarda, evidentemente, la definizione della portata delle norme, che viene avocata in favore delle Sezioni Unite nei casi particolari di un contrasto effettivo o potenziale; è cogente, costituzionalmente rilevante – per le esigenze di certezza e uguaglianza che cerca di realizzare – e si muove nel solco di una distinzione funzionale che è prevista dalla stessa Costituzione.

Viene da chiedersi se a questo effetto giuridico (l'avocazione parziale di una competenza funzionale)[95] che si realizza rispetto alle Sezioni semplici della Cassazione e che sembra dotato di copertura costituzionale, corrisponda un effetto giuridico anche nei confronti dei giudici

[90] Si pensi alla responsabilità disciplinare del soggetto subordinato. Il rilievo ne acquisisce in fondatezza se si considerano gli effetti della riforma del 2006 (ad opera della l. 269/2006) sulla responsabilità disciplinare dei magistrati: l'art. l'art. 1, 3° co., lett. b), l. 269/2006 ha abrogato la disposizione che sanzionava quale illecito disciplinare «l'adozione di atti e provvedimenti che costituiscono esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero ad altri organi costituzionali». L'art. 2, 1° co., lett. ff), d.lg. 109/2006 oggi prevede come fonte di responsabilità disciplinare, per effetto della riforma: «l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza». È poi il caso, ancora, della modifica della c.d. "clausola di salvaguardia", in merito alla quale è stato eliminato il riferimento all'art. 12 disp. prel. c.c., al quale l'attività interpretativa del giudice, per non dare luogo ad alcuna responsabilità disciplinare, si sarebbe dovuta conformare (art. 2, 2° co., d.lg. 109/2006 nella versione originaria). In generale sui contenuti della riforma, Zanon-Biondi (2024), p. 319 ss.

[91] L'espressione era di Donini (2011), pp. 52-53.

[92] Nei lavori preparatori si osserva: « Con le modifiche all'articolo 618 del codice di procedura penale si è inteso rafforzare, conformemente a quanto già stabilito nella bozza di delega per la riforma del codice di rito della Commissione ministeriale presieduta dal professor Riccio, l'uniformità e la stabilità nomofilattica dei princìpi di diritto espressi dal giudice di legittimità; tanto l'enunciazione del principio di diritto « nell'interesse della legge » da parte delle sezioni unite, quanto il raccordo fra sezioni semplici e sezioni unite vengono disciplinati in conformità alle analoghe previsioni per il giudizio civile di cassazione di cui, rispettivamente, al terzo comma dell'articolo 363 e al terzo comma dell'articolo 374 del codice di procedura civile, come sostituiti dagli articoli 4 e 8 del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40». Sul punto si v. Gialuz e Della Torre (2018), passim, nonché Dinacci (2019), p. 875 ss. Nella giurisprudenza della Cassazione anche Cass., Sez. U., 19 aprile 2018, n. 36072, rv. 273549, ric. Botticelli. Evidenzia il consolidamento del diritto giurisprudenziale Amarelli (2018), p. 1406.

[93] Di recente cfr. Fidelbo (2022), p. 3780 ss. Per osservazioni critiche sulle modifiche e per le differenze rispetto al modello britannico dello *stare decisis* si v. Mazza (2018), p. 724 ss.

[94] Iasevoli (2017), p. 2301, osserva che il modulo procedurale di rimessione obbligatoria priva la sezione semplice del potere di espletare la funzione decisoria [...] – ne consegue che – un provvedimento emesso in difformità dallo schema comportamentale prescritto sarebbe emesso in difetto di potere. Secondo un altro orientamento la sanzione potrebbe essere l'inesistenza dell'atto, la più problematica nullità assoluta o, più ragionevolmente, la "revisione europea" che diventa accessibile dopo l'accertamento della violazione dell'art. 6 CEDU (cfr. Dinacci (2019), pp. 885-887, ove si fa riferimento alla giurisprudenza europea in punto di violazione dell'art. 6 CEDU per "mancata tutela" della nomofiliachia).

[95] Dinacci (2019), p. 879, parla di "inibitoria" alle sezioni semplici a decidere in modo difforme da quanto stabilito sul medesimo tema di diritto dalle Sezioni Unite.

di cognizione diversi dal giudice competente per un eventuale rinvio.

La risposta che si tende a dare a questa domanda è che i precedenti delle Sezioni Unite hanno solo efficacia persuasiva e non prescrittiva, per cui i giudici di merito non sarebbero vincolati da alcun principio di diritto del giudice di legittimità[96].

Il problema però è che, nel dare questa risposta, forse si torna a equivocare il concetto di "vincolo" con quello, più accurato, di "efficacia giuridica esterna": il giudice di merito che ritenga di non aderire alla soluzione interpretativa individuata dalle Sezioni Unite, perché non la condivide per le più svariate ragioni, ovviamente, non andrà incontro *per ciò solo* a responsabilità (questo sì denoterebbe l'esistenza di un vincolo di subordinazione pubblicistica esteso all'attività interpretativa)[97]; ma è pur vero che la sua decisione, cioè la sentenza o l'ordinanza che non osserva un principio di diritto delle Sezioni Unite, nella dialettica delle parti su cui si fonda il processo penale[98], verrà impugnata dinnanzi al giudice di grado superiore e verosimilmente riformata per un *error in iudicando*, dal momento che, nella denuncia e nella valutazione di un vizio come quello descritto dall'art. 606, co. 1, lett. b) c.p.p., l'interpretazione giurisprudenziale oggi occupa un ruolo determinante: per stabilire l'esistenza del vizio oggi si guarda alla norma che vive nell'interpretazione (più o meno consolidata) della Corte di Cassazione.

Non è dunque solo una questione di persuasività; e dal piano della pragmatica ci si sposta a quello più propriamente giuridico.

L'argomento puramente pragmatico secondo cui è probabile che il giudice di merito tenderà ad allinearsi al principio di diritto stabilito dalle Sezioni Unite per la loro autorevolezza, viene affiancato da un argomento più stringente, che fa leva su come oggi s'invera quella violazione della legge sostanziale per cui è ammesso il ricorso per Cassazione: nell'interpretazione della stessa Corte, l'*error in iudicando* che legittima l'impugnazione di qualsiasi provvedimento a contenuto decisorio, e che costituisce un vizio di legittimità, è dato anche dall'errata interpretazione della legge penale che concretizza il concetto di "inosservanza" utilizzato dall'art. 606 c.p.p.[99]; e il parametro sulla base del quale stabilire la correttezza dell'interpretazione, ove vi sia un arresto della Cassazione a Sezioni Unite, non può che essere la portata della norma che è stata *ri-definita* tramite il principio di diritto[100].

L'importanza degli arresti delle Sezioni Unite può cogliersi sotto altri profili.

Ad esempio, l'interpretazione delle Sezioni Unite gioca un ruolo essenziale nella definizione della portata del divieto o del comando per l'incidente di costituzionalità, anche secondo un'impostazione della Corte Costituzionale che si era manifestata prima della sentenza del 2012, e che è tornata ad irrobustirsi nella giurisprudenza costituzionale più recente: i vizi di legittimità costituzionale e, ancor prima, la stessa rilevanza della questione sono stati valutati tenendo in considerazione gli arresti della giurisprudenza di legittimità, eventualmente consolidati fino ad assurgere a "diritto vivente"[101].

In buona sostanza è all'interpretazione delle disposizioni che nello scenario attuale si

[96]Così Corte Cost, 12 ottobre 2012, n. 230. In senso analogo Marinucci e Dolcini e Gatta (2020), p. 96 ss. Non sembra di questo avviso Viganò (2021), p. 3.

[97] Tant'è vero che l'attuale disciplina sulla responsabilità disciplinare rende insindacabile, sotto tale profilo, l'attività di interpretazione della legge (art. 2 co. 2 d.lgs. 109/2006). Sull'abbandono del rinvio, contenuto nella previgente disciplina, all'art. 12 prel. c.c., e sul perimetro della responsabilità funzionale si v. Zanon-Biondi (2024), p. 328 ss.

[98] O anche solo considerando il dovere del Pubblico Ministero di agire a tutela dell'applicazione della legge penale.

[99] Già Cass., Sez. V, 26 maggio 1993, in *Giust. pen*., 1993, III, 57, nel distinguere tra le categorie di vizi per cui è ammesso il ricorso per cassazione, osservava che le ragioni che sorreggono l'interpretazione della legge non costituiscono elementi rilevanti della motivazione e, pertanto, la sua errata applicazione è deducibile col ricorso per cassazione solo come tale e non anche come vizio della motivazione. In seguito, nel solco di questa distinzione, si è consolidato l'orientamento secondo cui «Il vizio di cui all'art. 606, comma 1, lett. b) c.p.p. riguarda *l'erronea interpretazione della legge penale sostanziale (ossia la sua inosservanza)*, ovvero l'erronea applicazione della stessa al caso concreto (e, dunque, l'erronea qualificazione giuridica del fatto o la sussunzione del caso concreto sotto fattispecie astratta)» (Cass., Sez. III, 23 ottobre 2014, n. 6174; Cass., Sez. V, 7 ottobre 2016, n. 47575; Cass., Sez. VI, 3 marzo 2020, n. 17017; Cass. Sez. V, 13 gennaio 2022, n. 20516). In letteratura cfr. Cadoppi (2014), p. 288 ss.

[100] A titolo puramente esemplificativo, restando alle sole pronunce che hanno evocato l'errata interpretazione nei termini della violazione di legge, si segnala la già menzionata Cass. Sez. V, 13 gennaio 2022, n. 20516, n. 20516, nonché, riguardo il mutamento sfavorevole, Cass., Sez. VI, 26 marzo 2024 n. 28594. Di Giovine (2013), p. 173, in merito una decisione della Cassazione (Cass. II, 6 maggio 2010, Merlo), che ha individuato nella pronuncia delle Sezioni Unite il momento in cui si realizza il *revirement* di giurisprudenza che integriaun "nuovo elemento" idoneo a legittimare la riproposizione della richiesta di revoca di sequestro preventivo già rigettata con provvedimento non più suscettibile di gravame, ha osservato che simili pronunce «hanno […] proposto una poco problematica (e molto lodevole) c.d. interpretazione conforme che, nei casi di specie, ha accresciuto le garanzie "a costo zero", senza cioè incidere sul dato normativo testuale e senza nemmeno produrre conseguenze negative in termini di ricadute sul sistema».

[101] Tengono in considerazione la portata della norma, per come definita dall'interpretazione predominante nella giurisprudenza di legittimità, tra le tante: Corte Cost., 14 giugno 2007, n. 199; Corte Cost., 23 gennaio 2019, n. 25; Corte Cost., 5 aprile 2022, n. 111; Corte Cost., 9 maggio 2022, n. 116; Corte Cost., 25 maggio 2023, n. 103. In letteratura, sul fatto che è dalla norma (e non dalla disposizione) che dipende l'esito del giudizio di costituzionalità, cfr. Zagrebelsky-Marcenò (2012), p. 202 ss., nonché più di recente Amoroso e Parodi (2020), p. 199.

guarda per stabilire se un provvedimento del giudice di merito può essere impugnato o se l'incidente di costituzionalità può essere sollevato dal giudice *a quo* o se, addirittura, merita accoglimento la questione di costituzionalità[102].

Ancora: la nomofiliachia "occulta" si manifesta, testimoniando effetti esterni piuttosto pregnanti, anche verso altri attori processuali, in punto di ammissibilità dell'impugnazione che fa propria una tesi che è smentita da un principio di diritto enunciato dalla Cassazione: l'effetto *giuridico* sarà in questo caso l'inammissibilità del gravame[103].

Tutte queste circostanze – l'impugnabilità e la riforma della sentenza per violazione di legge, l'inammissibilità dell'impugnazione, l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale e l'eventuale declaratoria di incostituzionalità – non sono altro che *conseguenze giuridiche* dell'enunciazione di un determinato principio di diritto da parte del giudice di legittimità e, in particolare, da parte delle Sezioni Unite, che vanno a definire, in base alla dialettica tipica del dialogo tra giudici di diverse funzioni[104], la portata del divieto o del comando penalmente rilevante.

Queste conseguenze giuridiche – effetti giuridici "esterni", che sono tali perché si producono nei confronti della generalità dei giudici o anche di altri attori processuali – acquistano in cogenza normativa nel momento in cui si associano ad un principio di diritto riduttivo come quello che stiamo considerando, cioè un principio di diritto che si muove nell'ambito dei significati *possibili* e *già conoscibili* della disposizione: non essendoci il problema tipico dell'interpretazione estensiva, in cui abbiamo un superamento della norma rispetto alla lettera della disposizione (interpretazione non consentita) o rispetto ai contenuti che prima le erano attribuiti (interpretazione estensiva consentita), non c'è un deficit di legittimazione della norma rispetto alla disposizione; la norma ridefinita in via giurisprudenziale, alla luce della ricostruzione logica, teleologica, sistematica condotta dalle Sezioni Unite, risulta coerente con l'atto di volontà del Legislatore e, dunque, si avvantaggia pienamente della sua forza normativa.

Si realizza, in questo modo, non un ritorno al testualismo o all'originalismo, ma quell'auspicio sul confronto con la *voluntas legislatoris*, che, in via più generale, potrebbe consentire di approcciare i problemi interpretativi in modo più coerente e con maggiore imparzialità intersoggettiva, cioè senza il ricorso alle logiche del senso comune o all'etica del giudice[105].

Nel sistema che abbiamo cercato di tratteggiare in cui è costituzionalmente previsto e implementato un controllo di legittimità sostanziale dei provvedimenti a contenuto decisorio, e in cui l'inosservanza di legge si può determinare in base all'eventuale contrasto con il "diritto vivente" o con i principi di diritto delle Sezioni Unite, sembra azzardato affermare che il giudice di cognizione e il prodotto della sua attività siano del tutto insensibili, sul piano giuridico, all'enunciazione di principi di diritto (e, in particolar modo, di quelli riduttivi).

O si nega l'impatto del formante giurisprudenziale nella definizione della portata dei precetti attraverso un cambio di paradigma, un'inversione di tendenza, che, però, deve passare da una "sanzione" – per via legislativa o di giustizia costituzionale – con cui si stabilisce che la tendenza della stessa Corte di Cassazione a risolvere parte dell'*error in iudicando* nell'errata interpretazione della legge, è sbagliata e costituzionalmente inaccettabile. Oppure, come sembra più auspicabile e in linea con la maggiore sensibilità con cui si guarda oggi al momento interpretativo e applicativo, si deve riconoscere che un principio di diritto giurisprudenziale che trova riconoscimento della sua (parziale) cogenza nel dettato normativo come il principio di diritto delle Sezioni Unite, a ben vedere, produce *effetti giuridici* anche nei confronti di giudici di cognizione diversi dal giudice del rinvio: se il giudice di cognizione non si conforma al principio di diritto, incorrerà nell'inosservanza della legge e la sua decisione potrà essere impugnata (se del caso anche direttamente, davanti alla Corte di Cassazione, tramite il ricorso *per saltum*).

Più che di "vincolo" nei confronti del giudice dell'esecuzione, è corretto discutere di "effetti giuridici esterni" analoghi a quelli che oggi si producono verso il giudice della cognizione.

Ipotizzare, come effetto giuridico esterno, la possibilità di attivare l'incidente di esecuzione, nelle forme e secondo le scansioni procedurali previste dal codice, non sembra essere fonte di particolari disarmonie: se per il giudice della cognizione il "vincolo" (*rectius* "effetto giuridico esterno") è dato dalla possibilità che il provvedimento adottato o da adottare venga im-

[102] Viganò (2021), p. 3.
[103] Colucci (2018), pp. 217-218.
[104] Cfr. Donini (2011), p. 73 ss.
[105] Scaccia (2023), p. 477.

pugnato per inosservanza della legge penale sostanziale, il giudice dell'esecuzione che diventa destinatario di una richiesta di incidente – questa sarebbe la *possibilità giuridica* data dalla postulata iperretroattività del principio di diritto "riduttivo" – non perde per questo il potere e la discrezionalità che il sistema oggi gli riconosce[106], nel verificare se il caso concreto, per come accertato e cristallizzato nel processo di cognizione, rientri in quella classe di comportamenti che le Sezioni Unite, per via riduttiva e facendo leva sulle correzioni metodologiche di cui abbiamo parlato in precedenza, hanno escluso dall'area di rilevanza penale.

In un simile scenario, il giudice dell'esecuzione non verrebbe relegato a mero esecutore del *dictum* delle Sezioni Unite: manterrebbe, alla pari del giudice di cognizione, un margine di apprezzamento sul principio di diritto e sulla sua riferibilità al caso di specie[107]. Inutile aggiungere che le scansioni procedurali descritte dal vigente art. 666 c.p.p. già prevedono un possibile "*canale comunicativo*" attraverso cui i giudici dell'esecuzione, in un sistema di razionalità discorsiva, possono suggerire una precisazione o anche un ripensamento sul principio di diritto "riduttivo": il canale è dato dalla possibilità di proporre ricorso contro l'ordinanza che non dovesse conformarsi al principio di diritto o ritenerlo pertinente alla regiudicanda oggetto di incidente di esecuzione[108]. Attraverso la ricorribilità per Cassazione, le ragioni per cui il giudice dell'esecuzione ritiene "inapplicabile" il principio di diritto «riduttivo» tornerebbero all'attenzione del giudice legittimità, che potrà accogliere o rigettare la sua prospettazione; con l'ulteriore vantaggio, in termini di nomofiliachia e, allo stesso tempo, di tutela dei diritti fondamentali, che, in caso di rinvio, il principio di diritto, ulteriormente precisato o ridefinito per effetto di questo meccanismo discorsivo, produrrebbe un obbligo di conformazione più intenso nei confronti del giudice che si trova a decidere della perdurante legittimità del titolo esecutivo e dell'esecuzione stessa della pena.

In fin dei conti, se vi sono buone ragioni per ammettere la premessa, cioè l'iperretroattività del principio di diritto riduttivo, piuttosto che un "vincolo" asimmetrico sui giudici dell'esecuzione, si avrebbero nel giudizio di cognizione e nel giudizio di esecuzione effetti giuridici che lasciano a entrambi i giudici un margine di discrezionalità nell'applicazione del principio di diritto. Per cui, anche la resistenza dovuta a possibili effetti disarmonici sembra essere il frutto di una valutazione "orientata alle conseguenze", in cui però, a ben vedere, sulle conseguenze non si è riflettuto in maniera compiuta.

A questo punto, non resta che valutare se ci sono buoni argomenti per ammettere la premessa.

5. Gli argomenti a favore dell'equipollenza tra legge e principio di diritto delle Sezioni Unite nella prospettiva dell'incidente di esecuzione.

Un argomento a favore della prevalenza del principio di diritto riduttivo sul giudicato è già emerso in parte: ignorare che è il mutamento della *norma* penale che incide sulle posizioni dei singoli tradisce una sorta di ingenuità sull'esperienza comune. A prescindere dalla facilità del caso[109], l'attività di interpretazione del giudice o è indispensabile per la qualità del linguaggio legislativo, o comunque si rende tale per l'affastellamento di disposizioni che impone continue ridefinizioni dell'ambito di operatività delle norme, al fine di evitare sovrapposizioni o forme di *interpretatio abrogans*[110]. Quale che sia la causa, sta di fatto che oggi l'interpretazione giudi-

[106] Da ultimo Cass., Sez. I, 10 gennaio 2022, n. 22215, rv. 283122, secondo cui « in tema di rideterminazione della pena inflitta con sentenza irrevocabile di condanna per il reato di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 1, il giudice dell'esecuzione, in applicazione della disciplina più favorevole determinatasi per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 2019, è vincolato alle statuizioni del giudice della cognizione relative al riconoscimento delle circostanze, al giudizio di comparazione e alla riduzione della pena per il rito, ma non rispetto a quelle concernenti la determinazione della pena base e l'entità della diminuzione per le attenuanti generiche, trattandosi di aspetti che attengono alla commisurazione in concreto della pena rispetto al mutato parametro legale».

[107] Cfr. Epidendio (2012), pp. 3-4.

[108] Secondo quanto previsto dall'art. 666, co. 6, c.p.p.: «6. Il giudice decide con ordinanza. Questa è comunicata o notificata senza ritardo alle parti e ai difensori, che possono proporre ricorso per cassazione. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni sulle impugnazioni e quelle sul procedimento in camera di consiglio davanti alla corte di cassazione».

[109] Cfr. Donini (2011), p. 73 ss., e Viganò (2021), p. 4 ss.

[110] Già Corte Cost., 364/1988 § 17, osservava che «L'assoluta, illuministica certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di letture ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di entrate in vigore di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviano, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori

ziale rappresenta un momento essenziale dell'iter che conduce alla concretizzazione del diritto penale. La risposta punitiva è filtrata dalla norma di matrice giurisprudenziale: è la norma, e la disamina dei suoi elementi costitutivi, che viene applicata al caso concreto e che influisce sull'esito del procedimento penale[111].

Nella definizione della portata della norma, le Sezioni Unite giocano un ruolo essenziale. D'altronde la nomofiliachia forte oggi trova un riscontro più netto nel dettato normativo (nei commi 1 *bis* e 1 *ter* dell'art. 618 c.p.p., in particolare).

La portata normativa del principio di diritto «riduttivo» è facilmente individuabile: oltre all'obbligo di rimessione (primo effetto giuridico esterno), il principio di diritto può dare adito, nel caso in cui non venga rispettato, a quel vizio di legittimità della decisione che è l'inosservanza di legge (secondo effetto giuridico esterno).

Quindi, per come si invera nell'esperienza di tutti i giorni il controllo di legittimità delle decisioni, l'inosservanza del principio di diritto riduttivo potrebbe essere già equiparata all'errata applicazione della legge.

L'enunciazione del principio di diritto potrebbe persino rivendicare caratteristiche approssimabili, nella prospettiva del diritto intertemporale, a quelle della disposizione di legge.

Il principio di diritto delle Sezioni Unite presenta profili di generalità e astrattezza: questo carattere non dipende dalla maggiore o minore inclinazione del giudice di legittimità a dare prevalenza alla definizione delle norme incriminatrici piuttosto che alle specificità del giudizio *a quo*, ma lo si può ricavare, come carattere puramente normativo, dal comma 1 *ter* dell'art. 618 c.p.p.: posto che «*il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta*», non si può negare che è lo stesso sistema ad ammettere una certa indipendenza dello *ius constitutionis* dalle sorti che può subire il giudizio da cui scaturisce o può scaturire il contrasto giurisprudenziale[112].

Il principio di diritto viene reso conoscibile attraverso la pubblicazione della decisione delle Sezioni Unite. Fa seguito ad un percorso logico-argomentativo, che può essere condivisibile o meno, ma che viene espresso e articolato individuando la *ratio decidendi*; in questo parrebbe fornire garanzie maggiori sul piano della valutazione della sua razionalità discorsiva rispetto alla disposizione di legge, la cui ragion d'essere non è sempre esplicitata in modo chiaro e univoco.

L'enunciazione del principio di diritto non può essere elusa: stando a quanto previsto dall'art. 173 co. 3 disp. att. c.p.p.[113], rappresenta la conseguenza ineluttabile dell'intervento delle Sezioni Unite.

Il principio di diritto riduttivo, restringendo la portata della disposizione incriminatrice in linea con la *volontà* originaria del Legislatore, diventa immediatamente precettivo nei confronti della generalità dei destinatari del precetto penale: non vi sarebbe ragione per distinguere tra chi ha commesso il fatto prima della ridefinizione della portata della norma e chi l'ha commesso dopo, perché – trattandosi di un restringimento, e non di un'espansione – non si frappongono esigenze di garanzia connesse alla conoscibilità del precetto e alla sua incidenza sulle libere scelte d'azione dei consociati. Si potrebbe dire che quel principio di diritto manifesta una capacità normativa, obbligatorietà o cogenza che dir si voglia, piena e immediata, nel senso che non deve risentire, per ragioni di garanzia dei singoli, di una distinzione temporale tra categorie di soggetti (per l'appunto tra chi ha commesso il fatto prima della sua enunciazione e chi l'ha commesso dopo).

Questi sono i principali punti di contatto tra principio di diritto delle Sezioni Unite e modifica legislativa, ma il tema è se una loro equiparazione è *necessaria* per il diritto intertemporale: dall'ammissibilità dell'equiparazione bisogna passare alla necessità, sul piano costituzionale.

Alcune forze di attrazione sono evidenti: molte voci autorevoli, prima della decisione delle Sezioni Unite "Bezzi" del 2010 e della sentenza della Corte Costituzionale del 2012, già vedevano nel dialogo con sistemi sovranazionali la ragione di una presa di coscienza sull'evoluzione

seconde mediazioni. La completa, in tutte le sue forme, sicura interpretazione delle leggi penali ha, oggi, spesso bisogno di seconde, ulteriori mediazioni: quelle ad es. di tecnici, quanto più possibile qualificati, di organi dello Stato (soprattutto di quelli istituzionalmente destinati ad applicare le sanzioni per le violazioni delle norme, ecc.)».

[111] V. *infra* nt. 117.

[112] Cfr. Colucci (2018), p. 216. Dinacci (2019), p. 888, riconduce questa disposizione ai casi di rinuncia al ricorso e di intervenuta carenza di interesse ad impugnare anche con riferimento alla legittimazione soggettiva all'impugnazione.

[113] La disposizione stabilisce: «Quando il ricorso è stato rimesso alle sezioni unite, la sentenza enuncia *sempre* il principio di diritto sul quale si basa la decisione».

dell'interpretazione e delle norme, e non soltanto sull'evoluzione delle disposizioni[114]: com'è noto, il concetto di "*law*" fatto proprio dalla CEDU abbraccia sia diritto positivo che il "diritto giurisprudenziale" perché quel sistema comprende anche ordinamenti di *common law* fondati, pur non in maniera incondizionata, sullo *stare decisis*[115]. Merita peraltro di essere sottolineato come la centralità che assume nel sistema CEDU la "qualità della legge", declinata in termini di accessibilità e prevedibilità della norma, nell'ottica di un approccio sostanzialistico e realistico, risulta evidentemente funzionale alle esigenze di un sistema di tutela dei diritti fondamentali naturalmente teso ad assicurare una effettiva e concreta tutela dei diritti dell'individuo, che guarda logicamente alla *regula iuris,* cioè alla norma quale effettivamente interpretata e applicata nel caso concreto[116]. Guardando poi al recente passato, non si può negare che l'ampia accezione di *law* fatta propria dal diritto convenzionale ha rivitalizzato il dibattito sulla conoscibilità del precetto che era stato acceso dalla nostra giurisprudenza costituzionale con la storica sentenza n. 364/1988: l'attenzione intorno ai problemi di ermeneutica giurisprudenziale si è spostata dai contrasti sincronici che rendono oscuro il senso della disposizione, agli sviluppi dell'interpretazione e al loro impatto sulle posizioni dei destinatari delle norme[117]; e, dunque, agli sviluppi e ai possibili contrasti diacronici.

D'altro canto, dopo aver constatato che l'interpretazione è ineludibile per l'applicazione del diritto penale, e che il diritto penale è un sistema giuridico in continua evoluzione, è inevitabile che l'interpretazione giurisprudenziale, come *medium* necessario tra diritto positivo e caso concreto, resa in una forma, quella del principio di diritto «riduttivo», che, per generalità, astrattezza e cogenza, più si approssima all'obbligatorietà dell'enunciato legislativo, venga guardata come un fattore di sviluppo del sistema. Più chiaramente: se l'applicazione del diritto penale passa per l'interpretazione giurisprudenziale e se questa, nella forma del principio di diritto riduttivo, incide sulla portata delle *norme* creando l'ente giuridico che va ad impattare sulla posizione dei singoli, allora il principio di diritto delle Sezioni Unite *dovrebbe* vedersi riconosciuta un'efficacia giuridica esterna nei termini che il diritto intertemporale prevede per i mutamenti di diritto positivo.

Il principio di retroattività *in mitius* è il canone di diritto intertemporale che verrebbe chiamato in causa, dato che il principio di diritto di cui stiamo discutendo riduce e non espande l'area della punibilità. E, forse, un ulteriore input verso il riconoscimento di efficacia iperretroattiva al principio di diritto delle Sezioni Unite, oltre che dalla considerazione del ruolo giocato dall'interpretazione nomofilattica, potrebbe provenire da alcune *rationes* sottostanti alla retroattività *in mitius*.

Non è questa la sede per ripercorrere tutte le ricostruzioni che, prima e dopo l'avvio del dialogo multilivello sulla retroattività *in mitius*, si sono avvicendate o hanno convissuto nel tentativo di definirne il fondamento costituzionale[118]: basti ricordare che a livello interno, una volta che si è preso coscienza della duplice veste della retroattività *in mitius* (di principio di diritto oggettivo e di diritto fondamentale del singolo), la sua cogenza è stata spiegata facendo leva sul principio di eguaglianza "ibridato" dall'oggettivismo del diritto penale[119]. A questa

[114] V. *supra nt*. 17. Sul tema Cfr. Di Giovine (2013), p. 172 ss.

[115] Di recente Grasso e Giuffrida (2020), p. 272 ss.

[116] Già a partire da Corte EDU, Grande Camera, 22 marzo, 2001, Streletz e altri c. Germania, § 57 e Corte EDU, Grande Camera, 29 marzo 2006, Achour c. Francia, § 42, fino ad arrivare a Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro, § 145, in cui si precisa che «*The Court must, in particular, ascertain whether the text of the law, read in the light of the accompanying interpretative case-law, satisfied the requirements of accessibility and foreseeability. In doing so it must have regard to the* domestic law as a whole *and the way it was applied at the material time*».

[117] Viganò (20169, p. 226, nonché, più in generale, *supra* § 1.

[118] Per il periodo antecedente alla sentenza della Corte di Giustizia nel caso "Berlusconi" si può fare riferimento a: Siniscalco (1965), 231 ss.; Pagliaro (1973), 1064, nonché Id. (1991), p. 1 ss.; Palazzo (1993), pp. 365-366; Padovani (1975), p. 30 ss.; Bricola (1997), p. 1341; Fiorella (1980), p. 492 ss.

[119] Nella giurisprudenza costituzionale a partire da Corte Cost. n. 393-394/2006 fino a Corte Cost. n. 43/2017 e Corte Cost. n. 63/2019. L'idea di fondo è che «Ciò non significa, tuttavia, che esso sia privo di un fondamento costituzionale: tale fondamento va individuato, invece, nel principio di eguaglianza, che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice. Va, tuttavia, precisato che i fatti commessi prima e dopo l'entrata in vigore della norma penale favorevole sono identici nella loro materialità, ma non sul piano della "rimproverabilità". Altro, infatti, è il porre in essere una condotta che in quel momento è penalmente lecita o punita in modo mite; altro è porre in essere la stessa condotta in contrasto con la norma che in quel momento la vieta o la punisce in modo più severo. Il principio della retroattività *in mitius* è legato, dunque, ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali: a fronte di essa, la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena. Se la valutazione del legislatore in ordine al disvalore del fatto muta – nel senso di ritenere che quel

lettura, che sconta problemi di copertura perché lascia fuori dalla tutela costituzionale alcuni fenomeni successori previsti dal codice[120], nel tempo se sono affiancate altre più ancorate alle specificità della materia penale e, in particolare, al nesso di consequenzialità necessaria tra reato e pena.

Così, si è iniziato a far riferimento alla proporzionalità della pena, al finalismo rieducativo e a tutti quei principi che identificano il volto costituzionale dell'illecito penale, e che verrebbero frustrati ove si mantenesse l'esecuzione di una pena per un fatto che ha perso rilevanza penale[121].

Le ragioni per cui la *norma* più favorevole *deve* trovare applicazione retroattiva potrebbero essere ulteriormente arricchite in una prospettiva assiologica, sempre legata alle specificità della materia penale e, al suo carattere più consustanziale che è l'afflittività.

La *matière pénale* e il concetto stesso di pena sono identificati dalla sua capacità afflittiva[122], dalla capacità di limitare le prerogative dei singoli al di fuori della prospettiva risarcitoria/restitutoria tipica del diritto civile. L'inflizione di sofferenza determinata dal contenimento di una serie di diritti costituzionali, primo tra tutti quello a godere della libertà personale[123], qualifica il diritto penale come l'*extrema ratio*[124]: la sussidiarietà della risposta punitiva è il *pendant* dell'afflittività e, in un sistema fondato su un'impostazione liberale, è il valore costituzionale che più lo identifica[125].

Questo non vale o, comunque, non dovrebbe valere soltanto per la fase "ascendente", cioè per la fase di incriminazione o di estensione dell'area di rilevanza penale, ma anche per quella "discendente". Anzi, in una prospettiva assiologica-costituzionale, la cogenza della retroattività *in mitius* potrebbe essere imputata alla realizzazione del carattere più identificativo del sistema: la norma più favorevole *deve* trovare applicazione retrospettivamente, quindi *contra tempus*, perché realizza il carattere costituzionale più identificativo del sistema penale, il suo essere l'*extrema ratio*; e non si può ammettere che il sistema si realizzi solo in parte (per i fatti ancora da commettere), e non anche per l'interezza della sua dimensione temporale (che comprende i fatti già commessi).

Spiegare la forza retroattiva o iperretroattiva in una prospettiva assiologica che trova riscontro nel dettato costituzionale, e che, in questo caso, opera in funzione della realizzazione di quello specifico carattere impresso dalla Costituzione all'intero sistema penale (il dover essere sussidiario, *l'extrema ratio*), presenta il vantaggio che può dare qualsiasi approccio funzionalistico: *la copertura costituzionale e il riconoscimento della forza giuridica del mutamento normativo vengono a dipendere più dall'effetto che dalla causa, ossia da quanto l'evoluzione della norma rende sussidiaria la risposta punitiva.*

Quanto più significativamente la nuova *norma* scinde il nesso tra fatto e pena, tanto più netta e immediata sarà la riduzione del sistema, e tanto più sarà impellente l'esigenza che questa riduzione lo coinvolga nella sua intera dimensione temporale, attraverso il riconoscimento di un coefficiente maggiore di forza retroattiva alla norma che veicola questa riduzione.

Spostandoci dalla giustificazione della retroattività *in mitius* come principio a quello della retroattività come diritto fondamentale del singolo, l'approccio funzionalistico si può riproporre offrendo spazi di tutela più ampi, che tengono conto di questa duplice dimensione costituzionale (il suo essere "principio di diritto oggettivo" e, allo stesso tempo, "diritto fondamentale del singolo"): se la realizzazione del sistema sul piano assiologico è del massimo grado perché, con l'esclusione di una classe di fatti dal novero di quelli penalmente rilevanti, viene scisso direttamente il rapporto di consequenzialità tra reato e pena (versante del principio di diritto oggettivo), allora tanto più tutelata giuridicamente dovrà essere l'aspettativa del singolo a beneficiarne (versante del diritto soggettivo).

Addentrandoci nella tutela del diritto fondamentale e nei suoi contenuti, dall'evoluzio-

presidio non sia più necessario od opportuno; o che sia sufficiente un presidio meno energico – tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore» (così, in particolare, Corte Cost. n. 394/2006, § 6.4 del considerato in diritto).

[120] Come ad esempio la *lex intermedia* più favorevole, che esula da quel giudizio di attualità sottostante alla spiegazione "costituzionale" del fondamento della retroattività favorevole (sul punto si v. C. Pecorella (2006), p. 630, nonché De Vero (2008), p. 311).

[121] Maiello (2008), p. 1628 ss. Nonché C. Sotis (2012), p. 95, Cadoppi (2006), pp. 190-193, e Micheletti (2006), p. 333 ss.

[122] Per una ricostruzione sull'importanza del criterio della severità della sanzione (anche nella giurisprudenza europea) si v. Mazzacuva (2017), p. 19 ss.

[123] Elemento centrale nella ricerca del bene giuridico a livello costituzionale (Bricola (1974), p. 16 ss.).

[124] Demuro (2013), p. 1655 ss., nonché Gallo (2018), p. 1385 e Paliero (2018), p. 1451 ss.

[125] Cfr. *supra* nt. 123, nonché già Donini (2004), p. 85 ss.

ne della realtà empirica e dalle sempre più frequenti definizioni e ridefinizioni della portata delle norme penali, si può ricavare che l'estensione temporale della modifica non potrà essere limitata a causa di fattori che il singolo non può controllare: ancora una volta, tanto più nette sono la riduzione del sistema e la sua realizzazione in una prospettiva assiologica per effetto del mutamento normativo, tanto più incomprimibile sarà il diritto del singolo a godere di quel mutamento normativo; il che, in negativo, implica che, in presenza delle modifiche che determinano l'esclusione di una classe di fatti dal novero di quelli punibili, dovranno essere neutralizzati – e non considerati dal diritto intertemporale – tutti i fattori che il singolo non può controllare (come l'eventualità dell'instaurazione di un procedimento penale, le sue cadenze, l'eventuale formazione di un giudicato, etc.).

Nella prospettiva funzionalistica che dà una spiegazione della retroattività in termini di realizzazione dell'*extrema ratio*, si potrebbe ritenere che il mutamento normativo determinato dal principio «riduttivo» delle Sezioni Unite *deve* essere equiparato al mutamento dell'enunciato legislativo perché, operando in modo similare verso il ripristino di una ratio che è quella imputabile alla volontà del Legislatore storico obiettivata nella legge, determina lo stesso effetto dell'atto di volontà legislativo, cioè il restringimento dell'area di rilevanza penale.

Si potrebbero raggiungere conclusioni analoghe anche richiamando quelle ricostruzioni della retroattività *in mitius* che spiegano la cogenza del principio e la fondamentalità del diritto in materia penale tramite il nesso tra offensività del fatto e finalità della pena[126]: il mutamento normativo che esclude la perdurante offensività di una categoria di fatti deve operare senza limitazioni temporali, perché continuare a punire per un fatto che non assurge a quel gradiente di lesività tale da legittimare la pena, renderebbe la pena "ingiusta", il trattamento da eseguire o già in corso di esecuzione manifestamente sproporzionato in quanto privo, per fatti sopravvenuti, di una finalità legittima; e ne precluderebbe *ab origine* la finalità rieducativa.

Insomma, tutte le giustificazioni offerte alla retroattività favorevole da principi endopenalistici di natura costituzionale, se impostate in una prospettiva funzionalistica, potrebbero rendere conto del perché l'enunciazione del principio riduttivo *deve* avere un rilievo nel diritto intertemporale, e lo deve avere negli stessi termini delle modifiche di diritto positivo che rientrano nell'ambito di applicazione del primo capoverso dell'art. 2 c.p.: la riduzione *normativa* che esclude la concreta punibilità di un fatto, a prescindere dalle sue cause, se opera nel quadro costituzionale[127] e con cadenze simili a quelle dell'enunciato legislativo, *deve* godere della iperretroattività, e non essere sensibile ad elementi accidentali, come l'instaurazione e la progressione del giudizio[128].

Un giudizio ipotetico potrebbe portare maggiore consapevolezza sulla posta degli interessi in gioco: potrebbero essere almeno due le diseguaglianze non giustificabili, le asimmetrie di "sistema", che si avrebbero, nel continuare a disconoscere un ruolo, nell'evoluzione del sistema, al principio di diritto riduttivo delle Sezioni Unite.

La prima deriva dal confronto tra processo di cognizione e processo di esecuzione che tanto ha preoccupato la Corte Costituzionale nel 2012; ed è data dalla possibilità giuridica che, nella pendenza del procedimento o del giudizio o della fase di gravame, i giudici di cognizione si uniformino al principio di diritto delle Sezioni Unite, adottando i provvedimenti che il codice di rito riconduce alle loro attribuzioni; *possibilità giuridica* che, invece, ad oggi è preclusa al giudice dell'esecuzione.

L'effetto di questa asimmetria è che la pena e la sua concreta esecuzione viene a dipendere da circostanze congiunturali, come i diversi tempi di iscrizione di notizie di reato e via dicendo; il che è incompatibile con la giustificazione costituzionale del "diritto fondamentale" alla retroattività favorevole, e con l'idea stessa di uno Stato di diritto in cui la certezza del diritto deve essere certezza di un quadro giuridico chiaro e definito, ma in cui i diritti fondamentali sono riconosciuti e garantiti[129].

[126] V. *supra* nt. 120.
[127] Riteniamo che lo faccia alla luce delle considerazioni espresse *supra* § 2.
[128] Critica l'impostazione adottata dalla Consulta con la sentenza n. 230/2012 Bartoli (2024), p. 956, considerando il radicamento della retroattività favorevole nel principio di eguaglianza "ibridato" dall'oggettivismo in materia penale, e facendo leva su considerazioni analoghe, cioè sull'assenza di differenze sostanziali tra chi ha commesso il fatto prima della sentenza delle Sezioni Unite e chi l'ha commesso dopo.
[129] Recentemente le stesse Sezioni Unite della Cassazione hanno osservato, in merito al rapporto tra giudicato e diritti fondamentali: « nell'attuale fase di sviluppo dell'ordinamento giuridico, la questione centrale non è se la regola della intangibilità del giudicato trovi deroghe, perché ciò è ormai un dato acquisito; bensì "quello di verificare se si sia verificata una lesione di un diritto o di una garanzia fondamentale della persona che giustifichi una limitazione della sua intangibilità pur formalmente prevista» (Cass., Sez. U., 31 marzo 2022, n. 38809, ric. Miraglia, § 7.6).

La seconda asimmetria che dovrebbe suggerire un approccio diverso al principio di diritto riduttivo potrebbe venire dal confronto con il diritto penale dell'Unione Europea e, in particolare, dalla formulazione del principio di retroattività favorevole che trova consacrazione nell'art. 49 CDFUE.

L'ultimo periodo del primo paragrafo dell'art. 49 nella versione italiana stabilisce «Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima»[130], senza aggiungere nulla su eventuali sbarramenti temporali come il passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia sullo statuto europeo della retroattività *in mitius* è ancora in stato embrionale [131], ma un moto evolutivo che estenda l'ambito di operatività del principio a detrimento del giudicato, oltre che compatibile con il dato letterale e auspicabile, potrebbe essere facilmente supportato da una considerazione storica e da una sistematica.

Da un punto di vista storico, le *explanations* dell'art. 49 CDFUE giustificano l'inserimento dell'alinea sulla retroattività in materia penale, richiamando quel modello "storico" in tema di tutela internazionale dei diritti umani che è l'art. 15 del Patto sui diritti civili e politici del 1966. Vale la pena segnalare che l'unico paese europeo che ha posto una riserva in sede di adesione a quel Patto è l'Italia, e ciò è stato fatto con il dichiarato proposito di tutelare la posizione del nostro ordinamento rispetto al limite del giudicato nel diritto penale intertemporale[132]. Va da sé che la portata di quella previsione, che può essere assunta come referente dall'art. 49 CDFUE, e che potrebbe fungere da parametro per l'interpretazione, è più ampia e se, presa nella sua assolutezza, potrebbe travolgere il limite del giudicato[133].

La considerazione di ordine sistematico poggia sull'interazione tra il primo paragrafo dell'art. 49 CDFUE, il terzo paragrafo dell'art. 49 CDFUE, l'art. 52 § 3-4 CDFUE, e l'art. 6 TUE: la clausola di massimizzazione di tutela a livello eurounitario, che supera eventuali più ristretti riconoscimenti in ambito CEDU, potrebbe giovarsi degli input derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni[134], che da tempo hanno portato alla commistione tra "principi" e "diritti" nella gestione della penalità a livello europeo[135].

È il caso della retroattività favorevole perché la sua affermazione come principio generale di diritto dell'Unione proviene proprio dall'effetto promotore delle tradizioni costituzionali comuni, che, a torto o ragione, è stato consacrato più di quindici anni fa dalla sentenza della Corte di Giustizia nella vicenda "Berlusconi"[136].

[130] Non diversamente da quella inglese («*If, subsequent to the commission of a criminal offence, the law provides for a lighter penalty, that shall be applicable*»), da quella francese («*Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée*») o da quella spagnola («*Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta*»).

[131] Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona nella causa C-107/23, § 3.

[132] Sul punto si v. Schabas (2019), pp. 443 e 447.

[133] Si v. la decisione del *UN Human Rights Committee* nel caso "*Cochet v. France*", 1760/2008, § 7.3: « *7.3 As regards the scope of the application of article 15, paragraph 1, of the Covenant, the Committee finds that the article should not be interpreted narrowly: since the article refers to the principle of the retroactive effect of a lighter penalty, it should be understood to refer a fortiori to a law abolishing a penalty for an act that no longer constitutes an offence. Moreover, reference is made to article 112-4 of the French Criminal Code, which provides that execution of a penalty ceases where it was imposed for an act that ceases to be a criminal offence under legislation that post-dates the judgement. 7.4 The Committee finds that the principle of the retroactive effect of the lighter penalty and, in this case, the non-existence of a penalty, is applicable in this case and that, consequently, article 110 of the Act of 17 July 1992 violates the principle of the retroactive effect of the less severe criminal statute under article 15 of the Covenant*». In senso adesivo Schabas (2019), p. 444, in cui si osserva che, a seguito delle coordinate interpretative fissate dal Committee, la disposizione verrebbe ad applicarsi «*to any substantive change in penal legislation that is favourable to the individual*». Il fatto che si siano rese necessarie reservations dell'Italia (come degli USA e di Trinidad e Tobago) in sede di adesione testimonia la percezione sulla maggiore apertura di quella disposizione.

[134] Dalle *explanations* dell'art. 52 § 4 CDFUE si evince chiaramente l'esistenza di input evolutivi che possono scaturire dalle tradizioni costituzionali comuni: «La regola d'interpretazione contenuta nel paragrafo 4 è stata basata sulla formulazione dell'articolo 6, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea e tiene nel debito conto l'approccio alle tradizioni costituzionali comuni seguito dalla Corte di giustizia (ad es., sentenza del 13 dicembre 1979, causa 44/79 Hauer, Racc. 1979, pag. 3727; sentenza del 18 maggio 1982, causa 155/79, AM&S, Racc. 1982, pag. 1575). Secondo tale regola, piuttosto che in un'impostazione rigida basata sul `minimo comun denominatore`, i diritti in questione sanciti dalla Carta dovrebbero essere interpretati in modo da offrire un elevato livello di tutela che sia consono al diritto dell'Unione e in armonia con le tradizioni costituzionali comuni». Sul punto, da ultimo, si v. R. Sicurella (2023), pp. 686-687.

[135] Lord Goldsmith (2003), p. 388, richiama «Case C29/69 Stauder v City of Ulm [1969] ECR 419 and Case 4/73 Nold KG v Commission [1974] 2 CMLR 338». Nello stesso senso, CG CE, 22 ottobre 2002, n. 94, in Foro Amm. CDS, 2002, f. 10, secondo cui «I diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali dei quali la Corte garantisce l'osservanza. Essi derivano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalle indicazioni fornite dai trattati internazionali sui diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La CEDU riveste in tal senso un particolare significato. La Corte può fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi necessari per la valutazione della conformità con i l diritto comunitario della disciplina nazionale utilizzando, eventualmente, i diritti sanciti dalla CEDU quali principi generali del diritto di cui la Corte assicura il rispetto».

[136] In maniera critica già l'Avvocato Generale Kokott: «In Italia, ad esempio, tale principio è contenuto nell'art. 2, terzo comma, del codice penale, in Germania nell'art. 2, n. 3, dello Strafgesetzbuch (codice penale tedesco). Tale principio non viene invece riconosciuto, a quanto risulta, solo in Irlanda e nel Regno Unito». L'Avvocato Generale, comunque, argomenta la gemmazione e rilevanza del principio facendo leva sulla "proclamata" Carta di Nizza, sull'art. 15 dei Patti sui diritti civili e politici e su alcuna previsione del diritto derivato dell'unione. Sul punto

Anche in ragione di un tale sviluppo dell'ordinamento dell'Unione il principio di retroattività *in mitius* in materia penale sembra aver trovato maggiore riconoscimento a livello costituzionale[137]: a sistemi storicamente improntati ad una rivalutazione della pena per effetto di mutamenti normativi[138], si sono aggiunti ordinamenti le cui previsioni costituzionali derivano la portata del principio in modo ampio e indiretto dalle previsioni di accordi internazionali come il Patto sui diritti civili e politici[139], o riconoscono la retroattività *in mitius* senza porre alcun limite temporale[140].

Una tale constatazione potrebbe allora ulteriormente confortare la conclusione prima prospettata circa il riconoscimento nella Carta UE della retroattività *in mitius* in termini che non ammettono lo sbarramento del giudicato in relazione a tutti i fenomeni successori che determinano una scissione tra il fatto e la pena. Laddove, come avvenuto proprio nel caso della retroattività favorevole, le tradizioni costituzionali comuni (che possono fondare principi regolatori del diritto europeo) mutano o si arricchiscono, è inevitabile che ciò si ripercuota, a livello eurounitario, e ciò in ragione, tra l'altro, dell'esplicita conferma contenuta all'art. 6 TUE del ruolo delle tradizioni costituzionali comuni quali "fonti" (complementari alla Carta) di diritti fondamentali dell'ordinamento UE: al di là della portata del principio immaginata (e immaginabile) al momento della sua prima affermazione pretoria nella sentenza Berlusconi, la constatazione di un *trend attualmente prevalente* delle tradizioni costituzionali nel senso di un suo riconoscimento anche "oltre il giudicato", sarebbe in grado di legittimare una analoga lettura della portata della retroattività *in mitius* quale sancita all'art. 49 CDFUE in relazione ad alcuni "tipi" di evoluzioni normative, anche nella prospettiva dello sviluppo armonico del sistema europeo con le tradizioni comuni, quale prospettato anche dall'art. 52 § 4 CDFUE.

Cercando di sintetizzare il ragionamento, si potrebbe dire che le potenzialità di una previsione come quella contenuta nell'art. 49 CDFUE, da leggere in chiave sistematica con altre disposizioni di diritto primario dell'Unione, sono tali da portare all'affermazione di un diritto alla retroattività favorevole che rende in alcuni casi, per i fenomeni successori "forti", per cui si determina una scissione del rapporto necessario tra fatto e pena, inaccettabile il limite del giudicato.

Il ragionamento opera sul piano interpretativo, ambisce a sostenere evoluzioni nell'interpretazione della disposizione europea, e vale in modo particolare nel "caso" di nostro interesse, dato lo stretto collegamento tra il tipo di mutamento di cui stiamo discutendo e la proporzionalità della pena: l'esclusione di una classe di comportamenti dall'area di rilevanza penale *delegittima* in modo radicale la risposta punitiva, che, a quel punto, sarà *ab origine* sproporzionata[141].

Per mutamenti di questo tipo, la retroattività favorevole e la proporzione della pena operano in sinergia; e se si tiene conto dell'ampiezza del concetto di "*law*" fatto proprio da quella disposizione che li riconosce entrambi[142], le conseguenze sugli ordinamenti nazionali potrebbero essere almeno tre: la retroattività *in mitius europea in materia penale* potrebbe imporre di tenere in considerazione, come per il principio di irretroattività sancito dalla stessa disposizio-

cfr. Insolera (2006), pp. 225-226, nonché L. Picotti (2006), pp. 312-313.

[137] La retroattività favorevole viene annoverata espressamente tra i diritti costituzionalmente garantiti dall'art. 23 della Costituzione estone, dall'art. 28 della Costituzione slovena, dal combinato disposto degli artt. 3 e 40 § 6 della Costituzione della Repubblica Ceca, dall'art. 31 della Costituzione croata e dall'art. 15 § 2 della Costituzione rumena.

[138] Il principio della retroattività *in mitius* trovava già espresso riconoscimento costituzionale nell'art. 29 n. 4 della Costituzione portoghese. Sulle spinte evolutive che hanno interessato l'ordinamento portoghese e che sono poi culminate con la riforma del 2007 si v. Palma (1998), pp. 420-421, nonché Taipa de Carvalho (2008), p. 43 ss. Nell'ordinamento spagnolo trova fondamento nel principio di proporzionalità della pena: sul punto già Frigols I Brines (2004), pp. 429-434, e nella giurisprudenza spagnola, da ultimo, STS 569/2023, de 7 de julio, che nella valutazione in concreto tra le leggi a confronto richiede un giudizio informato al principio di proporzionalità della pena.

[139] Si v. gli artt. 9 e 91.2 della Costituzione polacca, gli artt. 89, 91 e 94 della Costituzione lettone, l'art. 7.5 della Costituzione slovacca e gli artt. Q.3 e 24.2, lett. b) e 24.3, lett. c).

[140] V., oltre a *supra* nt. 137-138-139, a titolo puramente esemplificativo: la storica decisione del *Conseil Constitutionnel* francese, sulle cui considerazioni, nel giudizio di connessione tra necessità della pena e retroattività *in mitius*, si innesterà la riforma del 1994, e la previsione di cui all'art. 112-4, al. 2, ove viene stabilita l'iperretroattività dell'*abolitio criminis* Cons. Constit., 19 e 20 déc. 1981, G.P., 25-27 janv. 1981; l'art. 1, co. 2, StGB olandese, che va contestualizzato in un sistema monista, in cui i trattati, come i Patti ONU e la Carta di Nizza, hanno un'efficacia diretta e sono gerarchicamente sovraordinati alla fonte primaria; la formulazione del ch. 3 § 2 del codice penale finlandese, adottato in un momento di "internalizzazione" ed "europeizzazione" del diritto penale (LAHTI (2021), p. 205).

[141] Cfr. Sotis (2012), p. 113. Di recente, sulla stessa linea argomentativa, Maugeri (2024), p.73.

[142] Cfr. Palazzo (2023), pp. 580-581. Sul punto Sicurella (2023), p. 710 ss., evidenzia, da un lato, che la vincolatività dell'art. 11 Cost. dovrebbe implicare che l'identità costituzionale italiana non possa non includere un'interpretazione evolutiva anche del principio di legalità che per questo va letto nella prospettiva del processo di integrazione europea; e dall'altro lato, rispetto alla saga "Taricco", mette in luce come la Corte di Giustizia (nella sentenza "MAS e MB") abbia cercato di smorzare il conflitto tra *identity clause* e primato del diritto dell'Unione facendo convivere le due *diverse* dimensioni della legalità europea (*ex* artt. 7 CEDU e 49 CDFUE) e italiana (ex art. 25 co. 2 Cost.).

ne, del formante giurisprudenziale e dei mutamenti che contraddistinguono l'interpretazione delle disposizioni penali e segnano l'evoluzione delle *norme* incriminatrici; la retroattività *in mitius* europea è sì ricondotta ai *principi* in tema di giustizia, ma è articolata come *diritto soggettivo del singolo* e opera come *regola*, nel senso che è una previsione sufficientemente precisa e incondizionata da poter essere applicata direttamente dal giudice *a quo*; la retroattività *in mitius* europea potrebbe legittimare, assieme al divieto di pene sproporzionate, la prevalenza del principio di diritto «riduttivo» sul giudicato nelle materie di competenza europea per le *materie di competenze europea* e stimolare un effetto analogo, per il ruolo "conformativo" in tema di tutela dei diritti fondamentali, *per le materie che esulano dalle competenze europee*.

Si è detto che l'asimmetria deriverebbe dal confronto con il diritto penale europeo, per la sua intrinseca settorialità, per il suo funzionare per competenze: in buona sostanza, l'asimmetria sarebbe data dal fatto che, nelle materie di competenza europea, si potrebbe forzare il giudicato di fronte all'enunciazione un principio di diritto riduttivo delle Sezioni Unite invocando un'applicazione diretta dell'art. 49 CDFUE[143], mentre questa possibilità sarebbe preclusa per settori che esulano dalle competenze europee. Per evitare un'ingiustificata disparità di trattamento di fronte alle evoluzioni della *norme* incriminatrici, si potrebbe vedere nel diritto penale europeo e nelle sue disposizioni, un input verso un cambio paradigma, al quale non sfugge l'importanza dei mutamenti nell'interpretazione della legge, anche laddove la disposizione incriminatrice riguardi materie non unionali: il *dover essere* della iperretroattività del principio di diritto riduttivo nascerebbe, sotto questo profilo, dall'esigenza di porre rimedio ad un disallineamento che si creerebbe a livello nazionale per effetto delle dinamiche multilivello; nascerebbe, cioè, dall'esistenza e dal confronto con modelli di tutela più ampi e più efficienti, per quanto non immediatamente applicabili alle materie che esulano dalle competenze dell'Unione (qui starebbe il rilievo "conformativo" delle disposizioni in tema di diritti fondamentali).

Non sfugge che, nello scenario che stiamo descrivendo in cui si tengono in considerazione gli input del diritto europeo, il cambio di approccio al formante giurisprudenziale e la presa di consapevolezza sull'impatto che questo ha nell'esperienza giudiziaria devono passare prima da un cambio di approccio alla Carta di Nizza e da una presa di consapevolezza sulle potenzialità dell'art. 49 CDFUE.

Questo non vuol dire che è necessario attendere una presa di posizione della Corte di Giustizia: il cambio di approccio agli strumenti di tutela internazionale, in una logica discorsiva che punta anche solo a *cercare* di soddisfare le clausole di massimizzazione di tutela[144], potrebbe essere sollecitato dal giudice nazionale attraverso la formulazione di questioni pregiudiziali di natura interpretativa, che possono essere utili anche per capire fino a che punto possa farsi applicazione diretta delle disposizioni contenute nell'art. 49 CDFUE, che oggi vivono nella triplice forma di "principi", "diritti fondamentali" e "regole".

6. Una possibile sintesi tra "forze in opposizione". Conclusioni.

L'analisi sul ruolo del principio di diritto «riduttivo» delle Sezioni Unite è partita da una precisa definizione dell'oggetto e da un esame, sicuramente non esaustivo, di cosa oggi, nel diritto penale vigente, è "legge", "disposizione", "norma", "inosservanza della legge", "vincolo del giudice alla legge".

Vale la pena riepilogare alcune osservazioni preliminari alla sintesi: l'applicazione concreta delle norme incriminatrici passa dall'interpretazione dei giudici (in particolare, da quelli cui viene riconosciuto un preciso ruolo ordinamentale a riguardo); l'interpretazione giurisprudenziale può essere più o meno impattante sulla porta delle norme incriminatrici, a seconda del margine lasciato all'interprete e, più in generale, a seconda della facilità del caso[145]; gli orientamenti consolidati nella giurisprudenza di legittimità e, soprattutto, i principi di diritto delle Sezioni Unite sono quelli cui la stessa Corte Costituzionale guarda per stabilire la portata

[143] Sollecitata anche dalla necessità di che la pena venga eseguita per fatti che siano ancora penalmente rilevanti. Sull'effetto diretto del principio di proporzionalità della pena si v. CGUE, 8 marzo 2022, C-205/20, NE, § 42 ss, con osservazioni di Viganò (2022), *passim* (pp. 18-19 sull'opportunità di sollevare questione di legittimità costituzionale in luogo della disapplicazione "diretta" da parte del giudice nazionale).
[144] Cfr. Scaccia (2023), p. 481, ove si distingue tra massimizzazione di tutela e massimizzazione di tutela costituzionale, che implica, secondo l'A., non solo una valutazione dal punto di vista dell'interesse oggetto di incremento di protezione giuridica, ma anche una considerazione sistemica sugli altri diritti fondamentali.
[145] Cfr. *supra* nt. 108.

della norma; i principi di diritto delle Sezioni Unite, *de iure condito*, producono effetti giuridici "esterni" che vanno al di là della mera efficacia persuasiva: i giudici di legittimità riuniti delle singole Sezioni sono destinatari di un obbligo di rimessione, mentre i giudici di merito, a fronte del cambiamento sulla portata delle norme incriminatrici determinato dal principio di diritto «riduttivo», potrebbero vedere riformata o annullata la loro decisione, per quell'errata definizione degli elementi costitutivi del reato che è data dall'inosservanza del principio di diritto, che oggi è spendibile come inosservanza della legge penale ai sensi dell'art. 606 co. 1 lett. b) c.p.p.

Gli obiettivi dell'analisi, che dovrebbero essere comuni a qualsiasi discussione sull'interpretazione della legge in ordinamenti di *civil law* fondati su una netta separazione tra poteri[146], è stabilire se e in che misura l'enunciazione di un principio di diritto riduttivo si *potrebbe* muovere nel quadro costituzionale, e, in seconda battuta, se il principio di diritto riduttivo *deve* giocare un ruolo nel diritto intertemporale, vedendosi riconosciuta efficacia "paralegislativa".

Le forze di opposizione si muovono sul primo versante (l'*ammissibilità* costituzionale), mentre quelle di attrazione sul secondo (il necessario riconoscimento di quell'ente giuridico all'interno del diritto penale intertemporale); utilizzando categorie utili al confronto, lo si potrebbe giustapporre al primo dicendo che questo riguarda la *necessità* costituzionale di un'equiparazione.

Nel confronto con l'oggetto dell'analisi, le forze di opposizione perdono terreno: se il principio «riduttivo» che può ambire all'ammissibilità costituzionale è quello che si muove all'interno dei significati possibili della disposizione, ripristinando quelli più interni a livello semantico perché coerenti con la volontà del Legislatore storico, il problema del vincolo del giudice agli «atti di volontà» del Legislatore ne esce fortemente ridimensionato, per non dire risolto completamente: la riduzione per via interpretativa si muove in linea con gli obiettivi di tutela perseguiti dal legislatore storico, e, soprattutto, nel rispetto dei limiti fissati dal significato dei singoli termini contenuti nell'enunciato legislativo (d'altra parte, il principio è riduttivo e non espansivo).

Dal confronto con l'esperienza giudiziaria e con la dimensione *in action* del sistema penale vigente, si riduce drasticamente anche l'altra forza di opposizione, cioè la disarmonia che deriverebbe tra giudici della cognizione e giudici dell'esecuzione nell'osservanza del principio di diritto riduttivo: come i primi, anche i secondi si vedrebbero riconosciuto un margine di discrezionalità sull'applicabilità del principio di diritto riduttivo al caso sottoposto alla loro attenzione; del resto, la *possibilità* di attivare l'incidente di esecuzione (che sarebbe l'unica conseguenza giuridica dell'iperretroattività del principio di diritto), non equivarrebbe *necessariamente* al buon esito del giudizio incidentale. Come i giudici di cognizione anche i giudici dell'esecuzione che non dovessero osservare il principio di diritto riduttivo, in quel sistema di razionalità discorsiva fondata sull'argomentazione che si estrinseca nella ricorribilità per violazione di legge, vedrebbero la propria decisione impugnata per *error in iudicando* davanti la Corte di Cassazione; magari, in questo, i giudici dell'esecuzione potrebbero fornire gli argomenti per una ulteriore ridefinizione dello stesso principio di diritto (implementando così il sistema di razionalità discorsiva di cui dicevamo prima).

L'*ammissibilità* costituzionale cede il passo alla *necessità* costituzionale nel momento in cui si considerano le forze attrattive: la presa d'atto del ruolo delle Sezioni Unite penali nella creazione delle norme (per interpretazione delle disposizioni) eleva il principio di diritto riduttivo a fattore di evoluzione del sistema, che, al pari delle disposizioni di legge (gli atti di volontà del Legislatore) determina effetti giuridici non meno impattanti.

Il principio di diritto riduttivo *deve* essere considerato come fattore di evoluzione del sistema a maggior ragione quando la retroattività favorevole viene giustificata attraverso un approccio *funzionalistico*, che si concentra sull'effetto rispetto alle posizioni dei singoli destinatari delle norme penali; che, cioè, guarda a *fino a che punto* il principio riduttivo realizza l'esigenza costituzionale che giustifica, in termini di doverosità, la retroattività *in mitius* delle norme penali.

A prescindere da quale sia l'esigenza costituzionale prevalente (la sussidiarietà del sistema penale o l'esigenza di applicare pene proporzionate e tendenti alla rieducazione del condannato), l'approccio funzionalistico non può che portare ad un'equiparazione tra principio di diritto delle Sezioni Unite e nuova disposizione: se la retroattività – in termini di necessaria

[146] V. *supra* § 1.

applicazione *contra tempus* – della norma più favorevole viene articolata, come nel nostro ordinamento, con una certa scalarità, ed è tanto più forte (iperretroattività) quanto più realizza l'esigenza costituzionale di volta in volta considerata (l'orientamento assiologico del sistema, il suo essere l'*extrema ratio*; la necessità di applicare pene a fatti ritenuti particolarmente offensivi, etc.), allora dello stesso grado di forza retroattiva dovrebbero beneficiare quei fattori di evoluzione del sistema che determinano lo stesso effetto, che realizzano *allo stesso modo* il valore che sta dietro la giustificazione costituzionale del principio-diritto. Il principio di diritto riduttivo delle Sezioni Unite, con tutte le caratteristiche che sono state via via evidenziate, nel suo essere compatibile con le funzioni costituzionalmente assegnate alla Corte di Cassazione, si atteggia in maniera analoga alla disposizione (è generale; è astratto; ha un regime di pubblicità; produce effetti giuridici obbligatori nei confronti dei giudici di merito; etc.) e, soprattutto, determina il medesimo effetto: la contrazione dell'area di rilevanza penale.

Se poi si giustifica assiologicamente la retroattività *in mitius* in funzione del carattere più consustanziale del sistema (afflittività-sussidiarietà), e si privilegia la dimensione del "diritto fondamentale" a godere del trattamento più favorevole, la necessità di equiparare il principio di diritto «riduttivo» alla legge, consentendogli di superare la preclusione del giudicato, diventa ancora più stringente: il diritto alla retroattività *in mitius* e la sua tutela come diritto fondamentale nasce proprio dalla necessità di evitare che circostanze che il singolo non può controllare possano impedire l'applicazione della norma riduttiva, frapponendosi alla realizzazione assiologica del sistema (verso quel suo carattere che è appunto l'*extrema ratio*).

Si potrebbe dire che la dimensione del diritto fondamentale è *votata* a prevenire ingiustificate disparità di trattamento, come quella che si troverebbe a fronteggiare il destinatario di una sentenza di condanna irrevocabile, quando il fatto per cui deve essere eseguita o è in corso di esecuzione la pena rientra tra quelli che hanno perso rilevanza penale per effetto del principio di diritto riduttivo, e che pertanto non determinerebbero alcuna condanna per altri che si troveranno a commetterlo, o che lo abbiano commesso senza essere sottoposti a procedimenti penali, o che siano stati sottoposti a procedimenti con tempi diversi, compatibili con la rivendicazione dell'arresto delle Sezioni Unite.

La sintesi potrebbe essere che le forze di attrazione del principio di «riduttivo» verso il diritto penale intertemporale devono prevalere se la cornice, per un sistema penale nazionale integrato da quelli sovranazionali, è quella data da una concezione sostanziale e non puramente formale di Stato di diritto[147].

Dando prevalenza alla dimensione individualizzante del diritto fondamentale alla retroattività *in mitius*, la *necessità costituzionale* di riconoscere valore successorio al principio di diritto riduttivo si può ancorare all'art. 2 Cost., oltre che a tutte quelle previsioni che tengono conto delle specificità di un sistema imperniato sulla dimensione costituzionale della pena (l'art. 27 co. 3 Cost, l'art. 11, 117 Cost., e l'art. 49 CDFUE). Questo sulla base del doveroso riconoscimento del principio di diritto riduttivo delle Sezioni Unite come fattore evolutivo del sistema penale, come fonte di un fenomeno successorio tra *norme*, come strumento di realizzazione assiologica del sistema e, dunque, come ente giuridico che deve avere la più alta forza retroattiva che viene riconosciuta nel sistema penale.

Il punto di caduta, in cui questa esigenza può emergere e manifestarsi, è la declaratoria di illegittimità costituzionale della "premessa sostanziale" dell'incidente di esecuzione, cioè l'art. 2 c.p.

La via di un'interpretazione conforme, che cerca di ampliare il concetto di "legge" della disposizione di diritto nazionale attribuendogli i contenuti del "*law*" sovranazionale e del diritto giurisprudenziale, non sembra percorribile perché le regole di diritto intertemporale penale contenute in quella disposizione sono troppo ancorate ai meccanismi di formazione dell'enunciato legislativo: nell'identificazione dei fenomeni successori l'art. 2 c.p. sottende la distinzione tra approvazione, promulgazione, pubblicazione e vigenza dell'atto parlamentare; e così l'efficacia retroattiva viene fatta dipendere, in forma più o meno variabile, da queste "condizioni di efficacia" della legge parlamentare[148].

[147] V. *supra* nt. 73-74.

[148] Di recente si è registrato un dibattito sulla possibilità di dare corso all'applicazione retroattiva di una disposizione più favorevole nonostante non fosse ancora decorso il periodo di *vacatio legis*: ad una decisione che ha escluso questa eventualità (Cass., Sez. V, 5 maggio 2023 (dep. 1 agosto 2023), n. 33788), si contrappone l'orientamento recentemente ribadito da Cass., Sez. II, 19 gennaio 2023, n. 2100: «Questa Corte ha già avuto modo di affermare, con principio che qui si condivide, che in tema di successione delle leggi nel tempo, gli effetti di uno "ius novum" più favorevole al reo sono applicabili, in pendenza di giudizio, anche durante il periodo della "vacatio legis", in quanto la funzione di

L'intervento manipolativo dovrebbe essere puntuale e, considerato il tipo di contrazione che stiamo analizzando, si tradurrebbe nell'aggiunta di un inciso nel primo capoverso dell'art. 2 c.p. che rinvia alla disposizione di legge che già reca il riconoscimento legislativo degli effetti del principio di diritto delle Sezioni Unite. Il risultato sarebbe: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore *o per effetto dell'enunciazione del principio di diritto di cui all'art. 618 c.p.p.* non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali».

È auspicabile una presa di consapevolezza sul ruolo delle norme e sul ruolo del momento interpretativo del giudice di legittimità, garante dell'unità del diritto, nell'evoluzione del sistema penale, senza che ci si nasconda dietro al paravento dell'art. 101 Cost.[149].

La preoccupazione potrebbe essere quella di vedere spostato il baricentro sulle scelte di penalizzazione e depenalizzazione dal Legislatore al giudice di legittimità nella successione tra disposizioni e norme; ma, come si è accennato in precedenza, è una preoccupazione che non ha ragione di porsi se si considera che l'enunciazione del principio di diritto «riduttivo» assume come propria condizione di legittimità l'enunciato legislativo, e che pertanto la sua rilevanza come fattore di mutamento nel diritto intertemporale può essere sempre esclusa attraverso un intervento del Legislatore che ri-afferma la correttezza dell'interpretazione estensiva indebitamente ridotta dalla Sezioni Unite (con legge d'interpretazione autentica), attraverso una nuova definizione dello *ius constitutionis* (che non entri nel merito dello *ius litigatoris*)[150]. Nell'articolazione del diritto intertemporale, in un caso del genere, si assisterebbe ad una perdita di efficacia *ex tunc* del principio di diritto riduttivo, proprio perché a venire meno è una sua condizione di legittimità-esistenza, cioè il suo muoversi *entro i confini della disposizione*, regredendo verso i significati più interni dei significanti che la compongono, che sono posti dalla volontà originaria del Legislatore obiettivata nella legge.

Il diritto intertemporale, con l'intervento ipotizzato, acquista in complessità[151], che non vuol dire complicatezza, ma maggiore aderenza ai momenti normativi e ai mutamenti che possono comportare, anche in via sopravvenuta, l'applicazione di pene sproporzionate.

Un'attenzione maggiore a come il sistema evolve e impatta sui singoli è ragione, ad avviso di scrive, più che sufficiente per articolare le regole della sua evoluzione tenendo conto di due livelli: quello della legge parlamentare e quello delle norme penali che derivano da una forma di nomofiliachia, costituzionalmente rilevante, che trova riconoscimento nello stesso diritto positivo che compone il sistema.

---

garanzia per i consociati, perseguita dagli art. 73, comma 3, Cost. e art. 10 preleggi, prevedendo un termine per consentire la conoscenza della nuova norma, non preclude al giudice di tener conto di quella che è già una novazione legislativa (Sez. 1, n. 39977 del 14/05/2019, Addis, Rv. 276949-01)».

[149] In questi termini già O. Di Giovine, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, cit., 175.

[150] Con la consapevolezza, che da questa distinzione deriva, che l'attività "interpretativa" del Legislatore è ammissibile nella misura in cui essa non dia luogo a "leggi-provvedimento", che abbiano quale unico obiettivo quello di incidere su un *determinato* provvedimento giurisdizionale: secondo la Consulta, la legge interpretativa non lede la funzione giurisdizionale quando risulti «che l'intento legislativo non è la "correzione" concreta dell'attività giurisdizionale, ma piuttosto la creazione di una regola astratta» (Corte Cost. n. 374/2000, che rispetto al giudicato precisa che non lo si può assumere come limite all'adozione di leggi di interpretazione autentica quando «vi è un rapporto di consequenzialità necessaria tra la creazione della norma e incidenza sui giudicati»; in precedenza già Corte Cost. n. 155/1990 e 15/1995). Sul punto cfr. N. Zanon-F. Biondi, *Il sistema costituzionale*, cit., 144: «La Corte costituzionale ha accolto cioè la posizione di quella dottrina che aveva ritenuto ammissibili le leggi di interpretazione autentica, purché non disponessero *direttamente* la caducazione di sentenze passate in giudicato, senza la contestuale modifica della legge sul cui *dictum* queste si basavano. Detto ancora altrimenti: da ammettersi sarebbe la legge di modifica astratta della legge anteriore, che disponga conseguentemente la caducazione delle sentenze o una modificazione al regime delle sentenze»). Peraltro F. Dinacci, *Il difficile rapporto tra giudice-legge*, cit., 888, riconosce nelle tensioni nomofilattiche che caratterizzarono la Riforma "Orlando" lo spostamento della funzione delle Sezioni Unite verso lo *ius constitutionis*. Una notazione a questo punto è possibile: proprio perché si tratta di un possibile conflitto sulla definizione della portata delle norme astratte, che non coinvolge lo *ius litigatoris*, non sembra che il possibile utilizzo correttivo delle leggi di interpretazioni autentica possa rappresentare un esautoramento illegittimo nei confronti del potere giudiziario o, comunque, possa ritenersi irragionevole perché realizzato nel perseguimento di interessi non meritevoli tutela: qui l'interesse meritevole di tutela – e costituzionalmente riconosciuto – è rappresentato dalla "ri-appropriazione" del potere di stabilire ciò che costituisce reato, in linea, peraltro, con quanto previsto dall'art. 25 co. 2 Cost. (nell'accezione della riserva di *lex parlamentaria*).

[151] Evidenziava la crescente complessità del sistema delle fonti, dall'angolo prospettico della riserva di legge in materia penale Di Giovine (2013), p. 164.

Bibliografia

Amarelli, Giuseppe (2018): "Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1406-1446

Amoroso, Giovanni, Parodi, Giampaolo (2020): *Il giudizio costituzionale* (Milano, Giuffrè)

Bartoli, Roberto (2024): "I vincoli del giudice alla legalità e i principi a governo delle dinamiche interpretative", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 923-959

Bifulco, Daniela (2008): *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"* (Milano, Jovene Editore)

Bohlander, Michael (2009): *Principles of German Criminal Law* (London, Hart Publishing)

Bricola, Franco (1997): "*Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione italiana alla fine degli anni '70*", in *Scritti di diritto penale*, 1997, vol. I, I, pp. 1273-1380

Bricola, Franco (1974): *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano* (Torino, Utet), pp. 8-93

Cadoppi, Alberto (2006): "Il principio di irretroattività", in AA. VV. (eds.), *Introduzione al sistema penale*, (Torino, Giappichelli), pp. 174-213.

Cadoppi, Alberto (2014): *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità* (Torino, Giappichelli)

Circolo, Andrea (2023)*: Il valore dello Stato di diritto nell'Unione Europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela* (Napoli, Editoriale Scientifica)

Colucci, Clementina (2017): "Nomofiliachia "espressa" e nomofiliachia "occulta": meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano", *Criminalia*, pp. 209-232.

De Vero G., Giancarlo (2008): "Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela", in Grasso, Giovanni e Sicurella, Rosaria (eds.): *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale* (Milano, Giuffrè) 2008, pp. 285-314

Demuro, Gian Paolo (2013): "Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1654-1694

Di Giovine, Ombretta (2013): "Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione", in *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale,* 1, pp. 159-181.

Di Giovine, Ombretta (2020): "L'attuale, il frainteso e il superato dell'ermeneutica penale nel contesto italiano", *Ars Interpretandi*, 67-91

Dinacci, Filippo Raffaele (2019): "Il difficile rapporto tra giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito", *Cassazione penale*, 2019, pp. 874-893

Donini, Massimo (2004): *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà* (Milano, Giuffrè)

Donini, Massimo (2011): *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte* (Milano, Giuffrè)

Donini, Massimo (2018): "Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza", *Questione Giust*izia, 4, pp. 79-101

Donini, Massimo (2020): "I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 465-502

Dworkin, Ronald (2010): *I diritti presi sul serio* (Bologna, Il Mulino)

Epidendio, Tomaso (2012): "Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito su mutamento giurisprudenziale in "bonam partem" e giudicato", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-7

Fiandaca, Giovanni (2005): "Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione", *Cassazione penale*, pp. 1722-1738

Fiandaca, Giovanni (2020): "Ancora sul diritto penale giurisprudenziale e sul ruolo della Cassazione", in V. Plantamura, Vito, Salcuni, Giandomenico (eds.), *Liber Amicorum Adelmo Manna* (Pisa, Pisa University Press), pp. 253-268

Fidelbo, Giorgio (2022): "Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche", *Cassazione penale*, pp. 3776-3789.

Fiorella, Antonio (1980): "L'efficacia retroattiva della lex mitior sull'estensione dell'amnistia", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 492-504

Frigols I Brines, Eliseu (2004): *Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales* (Barcellona, J.M. Bosch Editor)

Gallo, Marcello (2018): "I principi di diritto penale nella postmodernità", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1375-1386

Gialuz, Mitja, Della Torre, Jacopo (2018): "Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica: sezioni unite e nomofilachia dopo la "riforma Orlando"", *Processo penale e giustizia*, 5, pp. 970-994

Giostra, Glauco (2014): "Intervento alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del distretto di Ancona", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-5

Grandi, Ciro (2010a): "«Nullum crimen sine lege» parlamentaria y derecho penal europeo", in Diez-Picazo, Luis, Nieto Martín, Adan (eds.), *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo* (Pamplona, Thomson Reuters), pp. 183-250

Grandi, Ciro (2010b): *Riserva di legge e legalità penale europea* (Milano, Giuffrè)

Grasso, Giovanni, Giuffrida, Fabio (2020): "Gli effetti della giurisprudenza della Corte EDU sull'ordinamento italiano", in Grasso, Giovanni, Maugeri, Anna Maria, Sicurella, Rosaria (eds.), *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale. La crescente influenza della giurisprudenza delle Corti europee sull'ordinamento penale italiano* (Pisa, Pisa University Press), pp. 261-336

Grossi, Pierfrancesco (1985): "Orientamenti attuali di giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione degli artt. 105, 107 comma 3° e 104 comma 4° Cost.", in AA.VV. (eds.), *Scritti in onore di Crisafulli* (Padova, Cedam), I, pp. 467-492.

Guarnieri, Carlo (2003): *Giustizia e politica. I nodi della seconda Repubblica* (Bologna, Il Mulino)

Häberle, Peter (2002): "Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, pp. 455-462

Hassemer, Winfried (2007): "*Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*", *Criminalia*, pp. 73-106

Hirsch, Günther (2007): "Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico", *Criminalia*, pp. 107-120

Iasevoli, Clelia (2017): "Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia della Costituzione?", *Giurisprudenza italiana*, pp. 2297-2302

Insolera, Gaetano (2006): "Una sentenza a più facce", in Bin, Roberto et al., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia* (Torino, Giappichelli), pp. 223-231

Insolera, Gaetano (2018): "Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere", *Archivio penale*, pp. 733-744

La Torre, Massimo (2020): "La custodia della Costituzione. Di giudici, diritti e principi", in Di Carlo, Leonardo(editor), *Bilanciamento e sistema delle fonti* (Torino, Giappichelli), pp. 1-18

Lathi, Raimo (2021): "Towards and Efficient, Just and Humane Criminal Justice", in Lathi, Raimo, *Towards an Efficient, Just and Humane Criminal Justice* (Helsinki, Oy Nord Print Ab), pp. 197-212

Lord Goldsmith (2003): "A Charter of Rights, Freedoms and Principles", in M. Adenas, Mads, Usher, John, *The Treaty of Nice and Beyond: Enlargement and Constitutional Reform* (London, Bloomsbury), pp. 387-398

Luciani, Massimo (2012): "*Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*", *Rivista AIC*, 3, pp. 1-22

MacCormick, Neil (1981): *H.L.A. Hart* (London, Stanford Law & Politics)

Maiello, Vincenzo (2008): "Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitarie e costituzionale italiana", *Rivista italiana diritto e procedura penale,* pp. 1614-1633

Maiello, Vincenzo (2020): *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici* (Napoli, Editoriale Scientifica)

Manes, Vittorio (2012a): "I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization", *Rivista italiana diritto e procedura penale*, pp. 839-874.

Manes, Vittorio (2012b): "Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»", *Giurisprudenza costituzionale*, 3474-3482

Manes, Vittorio (2018): "Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"", *Cassazione penale*, 2018, pp. 2222-2249.

Marinucci, Giorgio, Dolcini, Emilio, Gatta, Gianluigi, (2020): *Manuale di diritto penale*. *Parte generale* (Milano, Giuffrè)

Maugeri, Anna Maria (2024): "Uso alternativo del diritto" quale lettura costituzionalmente orientata del diritto penale e il ruolo della giurisprudenza", *Legislazione penale*, pp. 1-96.

Mazza, Oliviero (2018): "Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)", *Archivio penale*, pp. 723-732

Mazzacuva, Francesco (2017): *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico* (Torino, Giappichelli)

Micheletti, Dario (2006): *Legge penale e successione di norme integratrici* (Torino, Giappichelli)

Micheletti, Dario (2023): "Il principio di irretroattività della legge: funzione, meccanica e rapporti con la colpevolezza", *Criminalia*, pp. 1-40

Mitsilegas, Valsamis (2016): *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe* (Oxford, Bloomsbury)

Modugno, Franco (1993): voce "Validità (teoria generale)", *Enciclopedia del diritto*, 1993, pp. 1-84.

Padovani, Tullio (1975): "La cd. ultrattività delle leggi penali finanziarie ed il principio costituzionale di eguaglianza", *Il Foro Italiano,* I, pp. 28-32

Pagliaro, Antonio (1973): voce "Legge penale nel tempo", *Enciclopedia del diritto.*, pp. 1063-1077

Pagliaro, Antonio (1991): "La legge penale tra irretroattività e retroattività", *La Giustizia Penale*, 1991, II, pp. 1-8

Palazzo, Francesco, Bartoli, Roberto (2024): "Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza e irretroattività", *Sistema penale*, pp. 1-8

Palazzo, Francesco (1974): *L'errore sulla legge extrapenale* (Milano, Giuffrè)

Palazzo, Francesco (1993): voce "*Legge penale*", in *Digesto discipline penalistiche*, 1993, pp. 338-370

Palazzo, Francesco (2023): "Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)", in Maugeri Anna Maria, Sicurella Rosaria et al. (eds.), *Diritto penale dell'Unione Europea e nell'Unione Europea: studi in onore di Giovanni Grasso* (Pisa, Pisa University Press), pp. 579-594

Paliero, Carlo Enrico (2018): "Extrema ratio: una favola raccontata a veglia? Pragmatica e paradigmatica della clausola di "Extrema Ratio"", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1447-1487

Palma, Maria Fernanda (1998): "A aplicação da lei no tempo: a proibição de retroactividade in pejus", in Palma Maria Fernanda, Pizarro Beleza, Teresa (eds.), *Journadas sobre a revisão do Código penal*, pp. 413-430

Pecorella, Claudia (2006): "Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive *de lege ferenda*", in Dolcini, Emilio, Paliero, Carlo Enrico, *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (Milano, Giuffrè), pp. 611-646

Pernice, Ingolf (1999): "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited", *Common Market Law Review*, pp. 703-750

Picotti L., Lorenzo (2006): "Ragioni politiche e "principi generali" nel sindacato di adeguatezza della lex mitior a tutela di precetti comunitari", in Bin, Roberto et al., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia* (Torino, Giappichelli), pp. 311-318

Sicurella, Rosaria (2023): "*Integrazione europea in materia penale e rispetto dell'identità nazionale: un "nuovo" banco di prova nel dialogo tra le Corti*, in Maugeri Anna Maria, Sicurella Rosaria et al. (eds.), *Diritto penale dell'Unione Europea e nell'Unione Europea: studi in onore di Giovanni Grasso* (Pisa, Pisa University Press), pp. 685-722

Ruggeri, Antonio (2012a): "Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012)", *Consulta online*, 2012a, pp. 1-8

Ruggeri, Antonio (2012b): "Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum", *Consulta online*, pp. 1-5

Ruggeri, Antonio (2013): "L'"intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"", *Consulta online*, pp. 1-26

Ruggeri, Stefano (2015): "Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona", *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 2015, pp. 31-50

Ruthers, Bernd (2007): "Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione", *Criminalia*, 2007, pp. 121-134

Scaccia, Gino (2023): "L'etica della funzione giudiziaria. Fra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri", *Quaderni costituzionali*, pp. 459-490

Schabas, William A. (2019): *Nowak's CCPR Commentary* (Kehl, N.P. Engel Verlag)

Scoletta, Marco (2010): "El principio de legalidad penal europeo", in Diez-Picazo, Luis, Nieto Martín, Adan (eds.), *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo* (Pamplona, Thomson Reuters), pp. 251-304

Scoletta, Marco (2023): "L'impatto sostanziale della CEDU sui principi fondamentali della materia penale nell'ordinamento interno: resistenze, desistenze, prospettive", in Grasso, Giovanni, Maugeri, Anna Maria, Sicurella, Rosaria (eds.), *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale. La crescente influenza della giurisprudenza delle Corti europee sull'ordinamento penale italiano* (Pisa, Pisa University Press), pp. 203-260

Shklar, Judith N. (1987): "Political Theory and the Rule of Law", in A.C. Hutcheson, Allan C., Monahan, Patrick J. (eds.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology* (Toronto, Carswell), pp. 1-16

Siniscalco, Marco (1965): "*Tempus commissi delicti*", in *Studi in onore di Francesco Antolisei* (Milano, Giuffrè), III, pp. 231-269

Sotis, Carlo (2012): *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale,* (Roma, Aracne)

Taipa de Carvalho, Americo A. (2008): *Succesão de lei penais* (Coimbra, Coimbra Editora)

Tamanaha, Brian Z. (2004): *On the Rule of Law. History, Politics, Theory* (Cambridge, Cambridge University Press)

Tarello, Giovanni (1980): *L'interpretazione della legge* (Milano, Giuffrè)

Valentini, Vico (2012): *Diritto penale intertemporale* (Milano, Giuffrè)

Viganò, Francesco (2014): "Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola", *Diritto penale contemporaneo–Rivista trimestrale*, 1, pp. 250-259

Viganò, Francesco (2016): "Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale", in Paliero, Carlo Enrico et al (eds.), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), pp. 213-268

Viganò, Francesco (2021): "Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte Costituzionale", *Sistema penale,* pp. 1-19

Viganò, Francesco (2022): "La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione Europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia", *Sistema penale,* pp. 1-19

Zagrebelsky, Gustavo, Marcenò, Valeria (2012): *Giustizia costituzionale* (Bologna, Il Mulino)

Zanon, Nicolò, Biondi, Francesca (2024): *Il sistema costituzionale della magistratura* (Bologna, Zanichelli)



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu