

Cassazione penale

direttore scientifico
condirettore
LXIII - Marzo 2023, n. 03

Domenico Carcano
Mario D'Andria

03

20
23

| **estratto**

TENTAZIONI E CONTRADDIZIONI DEL
SISTEMA PENALE CONTEMPORANEO:
CREAZIONISMO GIUDIZIARIO,
PANPENALISMO LEGISLATIVO
E *CACCIA AL COLPEVOLE*

di **Cristiano Cupelli**

95.2 TENTAZIONI E CONTRADDIZIONI DEL SISTEMA PENALE CONTEMPORANEO: CREAZIONISMO GIUDIZIARIO, PANPENALISMO LEGISLATIVO E *CACCIA AL COLPEVOLE*

Temptations and contradictions of the contemporary criminal system: judicial law, legislative pancriminalism and guilty hunt

Il contributo, prendendo spunto da taluni recenti interventi normativi e giurisprudenziali, analizza le contraddittorie linee di tendenza della contemporaneità penalistica, provando a cogliere, alle porte di una nuova stagione della politica e forse anche di politica penale, segnali incoraggianti e scorci di razionalità applicativa.

The paper, inspired by some recent regulatory and jurisprudential interventions, analyzes the contradictory trends of contemporary criminal law, trying to grasp encouraging signs and glimpses of application rationality, at the gates of a new season of politics and perhaps also of criminal policy.

di **Cristiano Cupelli**

Professore ordinario di diritto penale - Università di Roma Tor Vergata

Sommario Premessa. — **1.** Creazionismo e divieto di analogia. Un antidoto al *panpenalismo giudiziario*. — **1.1.** Un affresco paradigmatico. — **1.2.** I segnali della Corte costituzionale. — **2.** Le modifiche al decreto *rave* e la virtù del dialogo parlamentare. — **3.** Come nasce il *panpenalismo legislativo*. Un esempio. — **4.** *Trovare un colpevole*.

PREMESSA

Segnali contraddittori aleggiano sul sistema penale: tentazioni e scivolamenti semplificatori, ricerca del consenso e uso simbolico delle fattispecie incriminatrici, intrecci politici e mediatici sulle opzioni politico-criminali, furia giustizialista e pulsioni palingenetiche, *panpenalismo giudiziario e legislativo*; ma anche sentenze costituzionali e di legittimità incoraggianti e scorci di razionalità applicativa, in una salutare riscoperta di principi di garanzia.

Proviamo allora a cogliere – senza pretese di esaustività – alcuni fra gli spunti e le linee di tendenza (e *controtendenza*) della contemporaneità penalistica, alle porte di una nuova stagione della politica e forse anche di politica penale.

1. CREAZIONISMO E DIVIETO DI ANALOGIA. UN ANTIDOTO AL PANPENALISMO GIUDIZIARIO

Muovendo dai principi costituzionali, l'attenzione va alla non ortodossa applicazione del divieto di analogia e del vincolo di tassatività della norma penale e al ruolo «sacerdotale» assunto, per tale via, dal potere giudiziario.

Come è ben noto, determinatezza/tassatività/precisione e divieto di analogia, corollari del più ampio principio di legalità penale di cui al secondo comma dell'articolo 25 Cost., impongono – quale argine a possibili invasioni di campo tra poteri – al legislatore un onere di

formulazione della norma e al giudice un vincolo di applicazione della stessa; il testo della legge, insomma, quale fondamento e limite della responsabilità penale, presidio di «lacune» da intendersi non come vuoti di tutela ma quali spazi di libertà. È facile notare come questo approccio tradizionale abbia perso consistenza a favore di una visione 'tirannica' del diritto giurisprudenziale, patrocinata da chi reputa la legalità violata non solo quando il legislatore sia venuto meno al dovere di precisione e determinatezza nella formulazione della fattispecie, ma soprattutto allorché il potere legislativo sia stato esercitato in maniera, per così dire, inadeguata o maldestra, lasciando impunte (o non adeguatamente punite) condotte ritenute invece meritevoli di sanzione e quindi bisognose di una 'ripenalizzazione' per via interpretativa; è la ravvisata esigenza politico-criminale di colmare – per via giudiziaria – asseriti vuoti di tutela ad alimentare dunque un *panpenalismo giudiziario*.

1.1. Un affresco paradigmatico

Solo per fare qualche esempio, va richiamato lo scivoloso terreno della responsabilità colposa degli operatori sanitari.

La l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) ha introdotto, nel codice penale, il nuovo articolo 590-*sexies*, concernente la responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, la cui non felice formulazione ha da subito suscitato interpretazioni difformi nella giurisprudenza di legittimità. In sostanza, le Sezioni unite, di fronte a una scelta esplicita posta in essere dal legislatore (l'obliterazione della gradazione della colpa), hanno ritenuto – evocando un'interpretazione costituzionalmente conforme resa attraverso un'attività ermeneutica spintasi dichiaratamente «oltre» la letteralità del testo, reinterprestando il canone dell'art. 12 delle preleggi – che la nozione di colpa lieve, ad onta di una «mancata evocazione esplicita da parte del legislatore del 2017», fosse comunque da ritenere sottesa o meglio «intrinseca alla formulazione del nuovo precetto», così di fatto recuperandola quale elemento implicito nel dato normativo ⁽¹⁾ e introducendo nel corpo di una fattispecie dal tenore letterale inequivoco, come l'art. 590-*sexies* c.p., un elemento nuovo e ulteriore (la distinzione tra gradi di imperizia) e per di più *in malam partem*, con effetti limitativi della non punibilità ⁽²⁾.

Altre non meno significative esemplificazioni si rinvengono fra i delitti contro il patrimonio.

Paradigmatiche talune pronunce che hanno ampliato la nozione di *cosa mobile*, riconoscendo la sussistenza del delitto di appropriazione indebita nel caso di impossessamento di *file* informatico (copiato e successivamente cancellato dal computer del proprietario), evidentemente privo del requisito della materialità ⁽³⁾, ovvero qualificando come rapina, anziché violenza privata, l'asportazione di ovociti in assenza di consenso della donna ⁽⁴⁾, ritenendo una parte del corpo, peraltro dotata di propria potenziale vitalità successiva, *cosa mobilizzabile*. Poche incertezze, al di là del *travestimento* da interpretazioni estensive, sulla natura paralogica delle soluzioni prospettate: per quanto ampio (e autonomo), il concetto penalistico di cosa mobile non autorizza la sussunzione al suo interno – a meno di travalicare i confini della

⁽¹⁾ Sez. un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, in *questa rivista*, 2018, p. 1452 ss.

⁽²⁾ Sul punto, per ulteriori considerazioni, si rinvia a C. CUPELLI, *L'anamorfose dell'art. 590-*sexies* c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 1969 ss.

⁽³⁾ Cfr. Sez. II, 7 novembre 2019 (dep. 10 aprile 2020), n. 11959, in *Sist. pen.*, 4 marzo 2021.

⁽⁴⁾ Cfr. Sez. II, 25 novembre 2020 (dep. 30 dicembre 2020), n. 37818, in *Giur. it.*, 2021, p. 1732 ss., con nota di A. VALLINI, *La sottrazione violenta di ovociti e le torsioni del «tipo criminoso»*.

littera legis – di files informatici od ovociti. Nella medesima prospettiva, e sempre nell’ambito patrimoniale, si segnalano i tentativi di «rimodulazione» del concetto di *sottrazione* nel delitto di rapina impropria; da ultimo, quello diretto a riconoscere, quale presupposto del reato di cui all’art. 628, comma 2, c.p., non necessariamente un furto seguito da violenza o minaccia, ma un qualsiasi reato nel quale vi sia stata una sottrazione della cosa da parte dell’autore del reato, intendendo per l’appunto tale sottrazione come qualsiasi atto in base al quale la cosa sia passata dalla vittima all’autore⁽⁵⁾.

Si potrebbe proseguire, ricordando fra l’altro il costante ampliamento del perimetro applicativo dell’abuso d’ufficio (nonostante gli svariati interventi legislativi in senso opposto), le evanescenti condotte di traffico di influenze illecite e l’ineffabile corruzione per l’esercizio della funzione o il grande classico del concorso esterno in associazione mafiosa.

1.2. I segnali della Corte costituzionale

Il quadro è senza dubbio sconcertante, ma non tutto è perduto. Un cambio di passo lo si può cogliere nell’atteggiamento della Corte costituzionale, che in alcune recenti sentenze (in particolare, la numero 98 del 2021⁽⁶⁾) ha ribadito il peso del divieto di applicare la legge penale *oltre* i casi da essa espressamente stabiliti: divieto che impedisce di riferire la norma a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei significati letterali delle espressioni utilizzate dal legislatore, «a garanzia sia del principio della separazione dei poteri, che assegna al legislatore – e non al giudice – l’individuazione dei confini delle figure di reato; sia della prevedibilità per il cittadino dell’applicazione della legge penale, che sarebbe frustrata laddove al giudice fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello desumibile dalla sua immediata lettura».

Il rilievo della sentenza appena richiamata (invero trascurata dai commentatori) si ricollega all’argomentazione posta a sostegno del ravvisato difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*, e cioè la violazione del divieto di analogia *in malam partem* dell’indirizzo ermeneutico accolto in sede di modifica peggiorativa dell’imputazione, e al segnale lanciato nei rapporti tra potere legislativo e giudiziario in un momento storico nel quale viene messa in discussione, da più parti e con varietà di argomenti, l’attualità di alcuni principi fondamentali di garanzia⁽⁷⁾.

Le argomentazioni addotte – sulla scia di altre recenti decisioni, rese in relazione al c.d. mutamento giurisprudenziale favorevole, a chiusura della c.d. saga Taricco e in materia di

⁽⁵⁾ Sez. II, 28 aprile 2021 (dep. 16 giugno 2021), n. 23779, in *Giur. it.*, 2021, p. 2764 ss., con nota critica di E. MEZZETTI, *Una singolare pronuncia sul concetto di «sottrazione» nel delitto di rapina impropria*.

⁽⁶⁾ C. cost., 14 maggio 2021, n. 98, in *Giur. cost.*, 2021, p. 1797 ss., con osservazioni di C. CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell’interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*; sulla pronuncia, tra i primi commenti, L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *disCrimen*, 16 luglio 2021; F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1218 ss.; M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 5/2021, p. 196 ss.; A. BONOMI, *Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un unicum*, in *Consulta on line*, 10 novembre 2021.

⁽⁷⁾ Nella vastissima bibliografia sulla progressiva erosione del principio di legalità penale, si vedano, per tutti e senza pretesa di esaustività, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, Giuffrè, 2007, p. 1247 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, *ivi*, p. 1279 ss.; *Id.*, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, p. 1249 ss.; *Id.*, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, *ivi*, 2022, p. 975 ss.; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 14 ss.; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 181 ss.; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità*:

misure di prevenzione (segnatamente le sentenze n. 230 del 2012⁽⁸⁾, n. 115 del 2018⁽⁹⁾ e n. 25 del 2019⁽¹⁰⁾) – celebrano proprio l'imprescindibilità degli argini sostanziali di garanzia offerti dal *nullum crimen*. Sono, quelle ricordate, pronunce che muovono tutte dal presupposto che la legalità penale – in ogni suo corollario – rappresenta un tratto identitario del nostro ordinamento costituzionale, non rinunciabile o sostituibile da interpretazioni giurisprudenziali dirette a rimediare a (vere o presunte) carenze originarie del tipo legislativo.

In particolare, nella sentenza n. 115 del 2018 (il referente più immediato della n. 98), la Corte, riconoscendo alla legalità penale il rango di *principio fondamentale dell'ordinamento*, in grado di arginare financo la primazia del diritto europeo, ha insistito sul deficit di determinatezza delle espressioni contenute nella c.d. *regola Taricco* per bloccarne in via definitiva l'ingresso nel nostro ordinamento, esaltandone il ruolo a garanzia della separazione dei poteri; se è vero, infatti, che la precisione linguistica s'impone, a un tempo, come vincolo di produzione di regole chiare e garanzia di una percezione sufficientemente determinata delle stesse da parte dei consociati, è altrettanto evidente – e consequenziale – che finisce per ridurre anche lo spazio di manovra riconosciuto all'interprete, spettando (solo) al legislatore il compito di stabilire, per il tramite della legge scritta, quali fatti punire, con quale pena ed entro quale limite temporale, residuando al giudice una funzione ausiliaria, quella di interpretare la disposizione, tranne il suo significato proprio e scrutare nelle eventuali zone d'ombra⁽¹¹⁾.

eclissi o rinnovamento di un principio?, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 1406 ss.; V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Editoriale Scientifica, 2020.

⁽⁸⁾ C. cost., 8 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, con osservazioni di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, p. 3474 ss.; in tale pronuncia sono stati superati i dubbi di legittimità sulla mancata ricompressione, all'art. 673 c.p.p., fra le cause di revoca della sentenza di condanna, del mutamento interpretativo favorevole operato dalle Sezioni unite. È stata questa l'occasione per ribadire l'esclusione di ogni equiparazione fra diritto legislativo e formante giurisprudenziale, anche in riferimento alle pronunce delle stesse Sezioni unite; in particolare, si è osservato come l'*overruling* favorevole non possa mai parificarsi agli altri due casi di revoca contemplati dalla disposizione del codice – l'abrogazione legislativa e la dichiaratoria d'illegittimità costituzionale – proprio per le peculiarità del nostro ordinamento, nel quale spettano al solo legislatore le scelte di politica criminale, anche di segno favorevole, secondo il principio *eius est abrogare cuius est condere*.

⁽⁹⁾ C. cost., 31 maggio 2018, n. 115, in *Giur. cost.*, 2018, con nota di F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero "rivoluzionaria"*, p. 1311 ss.; sulle prospettive aperte da tale decisione, cfr. in particolare M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controllimiti alla regola Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018 e M. LUCIANI, *La dura realtà e il "caso Taricco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1284 ss.

⁽¹⁰⁾ C. cost., 24 gennaio 2019, n. 25, in *Dir. pen. proc.*, 2020, con nota di V. MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione 'ante delictum' nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, p. 107 ss.

Alle tre pronunce menzionate nel testo possono aggiungersene altre, più risalenti e altrettanto note, pure richiamate nelle pieghe della motivazione della sentenza in esame, quali la n. 96 del 1981, la n. 364 del 1988 e la n. 327 del 2008. Una completa e aggiornata rassegna degli itinerari della giurisprudenza costituzionale in materia penale in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, 2019 e O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Cedam, 2021.

⁽¹¹⁾ Osserva come la sentenza n. 115 del 2018 abbia riaffermato «i cardini culturali della nostra tradizione giuridica» ed evitato «l'introduzione, per mano eurogiudiziaria, di una lettura palindroma dell'art. 101, comma 2, Cost., secondo la quale, all'occorrenza, è la legge (compresa quella penale) che andrebbe assoggettata alla volontà del giudice ete(u)rodiretto», F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale*, cit., p. 1311. Sull'intento perseguito dalla Corte costituzionale nella vicenda Taricco – quello di impedire, cioè, la trasformazione del giudice comune in un 'giudice di scopo', cui possano rimettersi obiettivi di politica criminale da perseguire –, cfr. anche D. PULITANO, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv.*

Tornando alla sentenza n. 98, le va riconosciuto il merito di avere rivendicato il peso della *testualità* della legge e riaffermato la pluralità di funzioni garantiste ascrivibili al divieto di analogia e al correlato principio di tassatività, e cioè: *i*) limitare gli spazi di azione del potere giudiziario, ribadendo il monopolio del legislatore nella materia penale e la concentrazione della potestà punitiva nelle mani dell'unico soggetto legittimato a compiere – nella garanzia procedimentale della dialettica parlamentare – scelte politico criminali idonee a incidere sulla libertà personale dei consociati; *ii*) assicurare l'accessibilità e la conoscibilità delle norme incriminatrici e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie e dunque la libertà delle scelte d'azione, la capacità di autodeterminarsi e la motivabilità dei consociati attraverso le norme penali; *iii*) tutelare l'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge penale, evitando che casi identici siano valutati difformemente da parte dei singoli giudici che li scrutinano; *iv*) salvaguardare la funzione rieducativa della pena, che rischierebbe di essere frustrata laddove si legittimasse l'applicazione di una pena per un fatto non espressamente previsto dalla legge come reato, ma valutato penalmente rilevante dal giudice sulla base di una *eadem ratio*; *v*) garantire la frammentarietà del diritto penale, che si traduce non solo nel delimitare in maniera selettiva e chiara i fatti di rilievo penale ma anche (come nel caso di specie) nel rispettare i confini punitivi tra le diverse ipotesi criminose e la relativa gradualità offensiva indicata dalla legge.

Gli effetti che ne possono discendere, sul piano dei rapporti istituzionali, paiono tutt'altro che irrilevanti e sono calibrati sui diversi destinatari della sentenza: nei confronti dei *giudici*, di merito e di legittimità ⁽¹²⁾, si coglie un monito affinché, quand'anche riscontrino lacune normative o esigenze di tutela che il legislatore pare non avere colto, non si cimentino in interpretazioni sganciate dal tipo criminoso predeterminato nella fattispecie (monito raccolto, ad esempio, dalla sesta sezione della Cassazione nella sentenza n. 5536 del 2022 con riferimento alla fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente) ⁽¹³⁾; al *legislatore*, poi, è rivolto l'invito a formulare incriminazioni chiare e precise, che riducano ambiguità e pluralità di significati a disposizione della giurisprudenza.

trim., 1/2016, p. 228 ss. nonché, volendo, C. CUPELLI, *La pareidolia del caso Taricco. La reale posta in gioco, l'attivazione 'indiretta' dei controlimiti e i possibili scenari 'costituzionali' del diritto penale europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, p. 1821 ss.

⁽¹²⁾ Ritene che il monito sia rivolto *ai soli giudici di merito*, affinché non omettano di vagliare la correttezza dei pur stabili orientamenti ermeneutici della Cassazione, F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1222.

⁽¹³⁾ Sez. VI, 28 ottobre 2021 (dep. 16 febbraio 2022), n. 5536, in *Giur. it.*, 2022, p. 2487 ss., con nota adesiva di V. MAIELLO, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*. Si tratta di una pronuncia significativa (in grado, auspicabilmente, di segnare un punto di svolta nei futuri orientamenti ermeneutici in materia) che, valorizzando proprio il vincolo del divieto di analogia *in malam partem* nella dimensione di rilevanza celebrata dalla sentenza costituzionale n. 98 del 2021, ha escluso la percorribilità di quelle opzioni interpretative, invero assai diffuse in giurisprudenza, tendenti a dilatare l'ambito applicativo dell'art. 353-bis c.p., interpretando il riferimento al «contenuto del bando o di altro atto equipollente» nel senso che per «ogni altro atto equipollente» debba intendersi «ogni atto che abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente, venendo così in considerazione, sulla scorta di un'interpretazione di segno ampio, pienamente conforme alla *ratio legis*, anche la deliberazione a contrarre qualora la stessa, per effetto della illecita turbativa, non preveda l'espletamento di alcuna gara, bensì l'affidamento diretto ad un determinato soggetto economico»; ebbene, in senso condivisibilmente contrario, la richiamata sentenza della sesta sezione ha ritenuto una lettura siffatta, mossa dalla ritenuta (e impropria) esigenza di colmare – in nome di una supposta *eadem ratio* – un vuoto di tutela e di «attribuire rilevanza penale a condotte "sostanzialmente" sovrapponibili a quelle disciplinate dalla norma incriminatrice attraverso una interpretazione extratestuale – considerata meramente estensiva – della stessa», in patente e insanabile conflitto col principio di stretta legalità, così come limpidamente *ridelineato* dalla Corte costituzionale.

Letta in filigrana, e con una buona dose di ottimismo, vi è spazio per una virtuosa ricaduta sul sindacato stesso della Corte costituzionale, ricavando dalle parole, nette e inequivoche, sul principio di tassatività una sorta di *auto-monito*, al quale ricollegare risvolti, *pro futuro*, in termini di rinnovato vigore nel vaglio di costituzionalità sulle norme penali: controllare in maniera più rigida che siano prodotte regole non solo adeguatamente definite *a priori* per essere applicate da parte del giudice, ma anche realmente idonee ad assicurare a ciascuno una percezione chiara e immediata dei risvolti penalistici della propria condotta e una interpretazione coerente con il tenore letterale.

A ben vedere, si può anche rintracciare un segnale in relazione alla giustiziabilità dello stesso divieto di analogia, il quale – non va dimenticato – ha scontato a lungo i limiti processuali di azionabilità di sue eventuali violazioni⁽¹⁴⁾; trattandosi di un principio rivolto al giudice in sede di interpretazione e applicazione delle norme incriminatrici, questi, come è stato messo in luce, «dinanzi ad un’eccezione di analogia sfavorevole, qualora fosse convinto che invece si tratti di semplice interpretazione estensiva, non aprirebbe mai i cancelli della Corte costituzionale dichiarando la questione manifestamente infondata. Se, invece, si convincesse che l’opzione interpretativa contestata è realmente analogica, avrebbe il dovere di scegliere un’altra possibile soluzione ermeneutica all’interno dei confini dell’interpretazione consentita, senza bisogno dunque di adire la Corte costituzionale»⁽¹⁵⁾.

Ebbene, la Corte sembra aprire un nuovo canale per sindacare possibili forzature interpretative del diritto vivente, proseguendo nella strada di ampliamento dei margini di ammissibilità, già intrapresa allorquando si è riconosciuto che «in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice *a quo* – se pure è libero di non uniformarvisi e di proporre una diversa esegesi del dato normativo, essendo la “vivenza” di una norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali – ha alternativamente, comunque, la facoltà di assumere l’interpretazione censurata in termini di “diritto vivente” e di richiederne, su tale presupposto, il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali»⁽¹⁶⁾.

2. LE MODIFICHE AL DECRETO RAVE E LA VIRTÙ DEL DIALOGO PARLAMENTARE

Cambiando prospettiva, nonostante le crescenti spinte critiche in merito alla perdurante utilità e alla reale effettività della funzione di garanzia della riserva di legge, la cronaca parlamentare offre incoraggianti segnali in controtendenza; il più recente dei quali è costituito dall’*iter* di conversione del d.l. n. 162 del 2022 (il cd. decreto *rave*), nell’ambito del quale gli emendamenti

⁽¹⁴⁾ Per ovviare a questi e altri inconvenienti dell’attuale conformazione del giudizio di costituzionalità con riferimento alle violazioni *in malam partem* della legalità, riprende e sviluppa la proposta di introdurre nel nostro ordinamento una forma di *recurso de amparo* alla Corte costituzionale (o ad «altro organo *ad hoc*, formato da giudici, avvocati e professori universitari, di comprovata esperienza e capacità nella materia penale») V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, cit., p. 50 ss., ad avviso del quale tale strumento, «al di là degli effetti di rafforzamento pratico della tutela della matrice legislativa delle norme e di difesa dei diritti fondamentali coinvolti», potrebbe svolgere «un’opportuna funzione di *richiamo* e *appello*, concorrendo a consolidare la condivisione della cultura della separazione dei poteri in campo penale».

⁽¹⁵⁾ Così F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1223, il quale ritiene perciò che il divieto di analogia *in malam partem* sconti il difetto congenito di una «giustiziabilità debole».

⁽¹⁶⁾ C. cost., 9 gennaio 2020, n. 12, in *Giur. cost.*, 2020, p. 146 ss.; nello stesso senso, in precedenza, anche le sent. n. 75 del 2019, n. 39 del 2018, n. 259 del 2017, n. 122 del 2017, n. 200 del 2016 e n. 11 del 2015.

approvati in Commissione Giustizia del Senato non solo hanno migliorato il testo originario del provvedimento (approvato poi in via definitiva, senza modifiche, dalla Camera ⁽¹⁷⁾), ma anche proposto spunti, di metodo e di merito, sui primi (e forse sui prossimi) passi del nuovo governo in tema di giustizia.

Spunti di metodo, anzitutto. Da più parti ritenuto in crisi, come detto, il Parlamento, inverando l'ideale di razionalità discorsiva, ha dimostrato di conservare l'originaria funzione di garanzia; l'opera di mediazione e rivisitazione svolta in Commissione ha infatti restituito l'immagine di una sede deliberativa capace di ascoltare, recepire ed elaborare soluzioni migliorative, idonee a superare le principali criticità emerse all'indomani dell'emanazione del provvedimento, e di saperle affiancare a proposte ulteriori e innovative.

Nel merito, poi, il decreto, pesantemente avversato sul piano mediatico, sembra oggi, per come emendato, avere risolto (o grandemente attenuato) i più rilevanti limiti tecnici denunciati e avere al contempo acquisito una coerenza interna. Nel dettaglio, il rinnovato articolo 633-bis c.p., ora rubricato quale «invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica», è stato collocato all'interno dei delitti contro il patrimonio e privato del pericolo per l'ordine pubblico e del numero minimo dei partecipanti (la cui punibilità, non più espressamente contemplata, residuerà, ricorrendone i presupposti, ai sensi dell'art. 633 c.p.). Eliminate le misure di prevenzione e il riferimento al codice antimafia, sono stati inseriti, in uno sforzo di tipizzazione, molteplici elementi che ne circoscrivono la portata applicativa: da un lato, dovrà trattarsi di un raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento; dall'altro, il pericolo concreto per salute e incolumità pubbliche dovrà trovare causa nell'inosservanza di norme in materia di sostanze stupefacenti ovvero di sicurezza o di igiene degli spettacoli e delle manifestazioni pubbliche di intrattenimento, tenendo conto del numero dei partecipanti o dello stato dei luoghi. Sono stati in sostanza delineati i contorni di una fattispecie che, per come riformulata, difficilmente troverà applicazione (il dolo richiesto è di ardua verificabilità), ma che è in grado di raggiungere il vero obiettivo: scongiurare, dissuadendone le attività prodromiche, eventi pericolosi sinora non facilmente contrastabili.

Su un diverso piano, un passo avanti è stato compiuto pure in ambito di benefici penitenziari, con l'esclusione dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione dal novero dei reati ostativi di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario. Si è infine perfezionato, assieme a taluni primi miglioramenti (ad esempio sulle cause di inammissibilità delle impugnazioni inviate via pec), un rinvio «organizzativo» della riforma Cartabia, con l'introduzione di una disciplina transitoria per scandire una graduale entrata in vigore delle più delicate modifiche contenute nel decreto legislativo n. 150 del 2022, attutendone l'impatto sulla macchina giudiziaria.

⁽¹⁷⁾ L. 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modificazioni, del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 (in *Gazzetta Ufficiale. Serie Generale*, n. 304 del 30 dicembre 2022); a prima lettura, T. PADOVANI, *Parce sepultio. L'art. 633-bis c.p. nato morto e in attesa di pietosa sepoltura*, in *Leg. pen.*, 22.2.2023; S. FIORE, *Rave party. Lo stigma penale sulla controcultura giovanile, in corso di pubblicazione*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 2/2023; M. GAMBARDILLA, *La "rava vox" del nuovo legislatore: il delitto di invasione di terreni o edifici per la realizzazione di raduni musicali pericolosi (art. 633-bis)*, in *Discrimen*, 18 gennaio 2023; C. RUGA RIVA, *Indietro (quasi) tutta. Sulla nuova fattispecie di invasione di terreni o edifici altrui pericolosa per la salute o incolumità pubblica*, in *Sist. pen.*, 10 gennaio 2022; A. NATALINI, *Riscritta la norma anti-rave party: abolita la soglia numerica "dei 50"*, in *Guida dir.*, fasc. 2/2023, p. 102 ss.; L. SIRACUSA, *La spada penale trafugge i rave party. Osservazioni attorno al nuovo reato di "Invasioni di terreni o edifici per raduni pericolosi"*, in *Giustizia insieme*, 6 dicembre 2022.

Quale morale se ne ricava? Una, molto semplice ma non scontata: il dialogo conta, nella fisiologica dialettica parlamentare tra maggioranza e opposizione e nel confronto tra le stesse forze di governo, soprattutto se – come in questo caso, almeno all'apparenza – non del tutto allineate. Si è riusciti a realizzare una proficua sintesi tra istanze di garanzia e sicurezza: un segnale incoraggiante al cospetto del vasto programma (che va dalla modifica dell'abuso d'ufficio e del traffico di influenze illecite alla separazione delle carriere, passando per una ridefinizione in senso restrittivo del perimetro applicativo delle intercettazioni, per il contrasto all'abuso della carcerazione preventiva e per l'incremento delle pene alternative al carcere) presentato nelle scorse settimane in Parlamento dal Ministro della Giustizia nelle sue linee programmatiche e delle fibrillazioni che ne sono immediatamente scaturite.

3. COME NASCE IL PANPENALISMO LEGISLATIVO. UN ESEMPIO

Restando sul fronte parlamentare, non può trascurarsi come, parallelamente, la discussione tenda a dirigersi sulla capacità di offrire risposte efficaci a nuovi bisogni di sicurezza e tutela, senza scadere in abusi dello strumento penale.

Un banco di prova interessante è rappresentato da fragorosi fenomeni di protesta che, in una esemplare eterogenesi dei fini, si trasformano, nella percezione comune, in forme di intollerabile disturbo della collettività o in deprecabili atti di vandalismo a danno del patrimonio culturale o di palazzi storici. Ci si riferisce alle ricorrenti interruzioni della circolazione stradale da parte di manifestanti (in particolare, ma non solo, sul Grande Raccordo Anulare di Roma), all'imbrattamento (non permanente) di quadri e opere d'arte (da ultimo, sempre a Roma, è stato insudiciato, con una zuppa di verdura, «il seminatore» di Van Gogh) e al danneggiamento, tramite vernice, di mura di sedi istituzionali (è stata cosparsa di vernice in questi giorni la facciata di Palazzo Madama, sede del Senato), compiuti da sedicenti ambientalisti.

Eterogenesi dei fini, anzitutto; perché si tratta di manifestazioni che, in realtà, anziché stimolare empatia, rafforzare sensibilità e attrarre consensi sul tema ambientale, finiscono per ripercuotersi negativamente sugli stessi obiettivi sbandierati: ne sono ampia riprova l'aumento esponenziale del (già elevato) tasso di inquinamento a causa degli ingorghi che ne scaturiscono, da un lato, e il danno (per fortuna non irreparabile) cagionato a opere dell'ingegno che non possono non essere ricomprese nel perimetro del concetto di natura che si pretenderebbe di preservare, dall'altro.

Accantonato questo profilo, che rasenta il confine tra sociologia e (psico)patologia, i disagi e i danni (di vario genere, effettivi e potenziali) arrecati da tali condotte hanno portato a invocare ancora una volta la potenza salvifica del diritto penale e a reclamare l'introduzione di nuove fattispecie calibrate sulla specifica esigenza di reprimere fenomeni del genere (qualcuno, ancor più fantasiosamente, ha addirittura auspicato l'applicazione dell'art. 5 del d.l. n. 162 del 2022, la sopra citata norma c.d. «anti-rave»).

Ora, prescindendo qui da ogni considerazione sulla reale meritevolezza di pena, va segnalato come il nostro ordinamento già contempra ipotesi dirette a fronteggiare condotte siffatte.

Con riferimento ai blocchi stradali, ferma restando l'applicazione delle sanzioni per eventuali reati ipotizzabili quando a tali manifestazioni di protesta passiva si associno la resistenza o la violenza contro chi tenta di far spostare la persona dalla strada (artt. 336 e 337 c.p.) ovvero un'interruzione di pubblico servizio (art. 340 c.p.), si può infatti richiamare l'articolo 1-bis del d.lg. n. 66 del 1948, come modificato dal d.l. n. 113 del 2018, a tenore del quale si applica la

sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 1.000 a 4.000 euro a «chiunque impedisce la libera circolazione su strada ordinaria, ostruendo la stessa con il proprio corpo» (stessa sanzione per promotori e organizzatori). Nei confronti invece di chi, «al fine di impedire od ostacolare la libera circolazione, depono o abbandona congegni o altri oggetti di qualsiasi specie in una strada ordinaria o ferrata o comunque ostruisce o ingombra una strada ordinaria o ferrata», si applica, ai sensi dell'art. 1 del medesimo decreto, la reclusione da uno a sei anni (pena raddoppiata se il fatto è commesso da più persone, anche non riunite, o se è commesso usando violenza o minaccia alle persone o violenza sulle cose).

Sul versante della tutela di quadri e opere d'arte, può trovare applicazione il secondo comma dell'art. 518-*duodecies* c.p. (introdotto dalla legge n. 22 del 2022 in materia di «reati contro il patrimonio culturale») ⁽¹⁸⁾, che punisce con reclusione da sei mesi a tre anni e multa da 1.500 a 10.000 euro chiunque, senza che il bene sia distrutto, disperso, deteriorato o reso in tutto o in parte inservibile (si ricadrebbe in tal caso nella più severa ipotesi del primo comma), «deturpa o imbratta beni culturali o paesaggistici propri o altrui». Per l'imbrattamento dei palazzi ove hanno sede le istituzioni, nel caso specifico del Senato è stato invocato (e applicato in sede di convalida dell'arresto degli autori) l'ipotesi di danneggiamento aggravato (art. 635, comma 3, c.p., come modificato dall'art. 7 del d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito nella l. 8 agosto 2019, n. 77, a tenore del quale «chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico è punito con la reclusione da uno a cinque anni»).

Questa breve ricostruzione mette in luce come la combinazione tra l'istinto verso una pervasività del penale in ogni piega delle relazioni sociali, la pulsione emotiva e la fascinazione ancestrale verso la creazione di nuovi reati possa giocare brutti scherzi ai moderni *punitores*, finendo per prendere il sopravvento sulla preliminare considerazione dell'esistente e sulla serena disamina della realtà fattuale e legislativa; e spiega meglio di qualunque trattato come si (auto)alimenta – tra precomprensioni ermeneutiche errate e ricognizioni normative incomplete – la proliferazione di fattispecie penali simboliche e ineffettive, emanate sull'onda di una contingente emotività per placare l'opinione pubblica. In breve, ci esemplifica come nasce il panpenalismo (*legislativo*, stavolta).

4. TROVARE UN COLPEVOLE

Transitando dal terreno della legalità in senso stretto alla colpevolezza, vi è un'altra domanda che affolla e inquieta la quotidianità della giustizia penale, nella morsa della logica accusatoria del «senno del poi» ed è una delle più classiche della nostra epoca: *chi è il colpevole? O meglio, chi sarà il prossimo colpevole?*

Lo schema imputativo è semplice e lineare: a fronte di un evento avverso, da un disastro ferroviario a una frana, da una pandemia a un incendio o a un'inondazione, da un terremoto al crollo di un ponte, da un incidente stradale a un intervento chirurgico dall'esito infausto sino a un fallimento o a un'operazione societaria errata, non può non esserci un responsabile, qualcuno che in fondo non abbia fatto tutto ciò che si sarebbe potuto fare per evitarlo, controllando e impedendo, attivandosi o astenendosi. Parte allora la ricerca, iniziando – per non sbagliare –

⁽¹⁸⁾ In dottrina, per tutti, G.P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-bis*, in *Sist. pen.*, 29 aprile 2022, p. 24 ss.

da chi riveste posizioni apicali, meglio se mediaticamente esposto e politicamente schierato. E va da sé che, una volta messa in moto la macchina infallibile del «senno del poi», con l'ampia e immancabile grancassa mediatica di supporto, qualcosa che si sarebbe potuto fare, di più o di diverso (e certamente di meglio), o qualcuno che si sarebbe potuto attivare, in anticipo e più efficacemente, o che in ogni caso avrebbe potuto controllare, si riesce sempre a trovare. Si chiude così il cerchio, inizia il processo sommario (ben prima che si arrivi a celebrarlo ritualmente nelle aule di tribunale) e *giustizia è fatta*. Che poi, magari a distanza di anni, si arrivi a riconoscere l'assoluta estraneità degli indagati o imputati è un dato destinato a essere relegato nelle brevi di cronaca di quei quotidiani che si sono dimostrati più implacabili nella caccia al colpevole.

Per provare a spiegare le cause di questa furia colpevolista si possono certamente invocare la tendenza a placare l'ansia con la ricerca di responsabili, sino a sfociare nella tentazione del capro espiatorio, e il ben noto circuito mediatico-giudiziario che accompagna l'apertura di indagini su fatti eclatanti; a ben vedere, però, sul piano tecnico-giuridico la matrice di questo guasto risiede soprattutto all'interno del sistema penale, nel combinato esplosivo tra l'improbabile e talora esoterico accertamento del rapporto di causalità e i tormentati rapporti tra responsabilità omissiva e colpa, tra obblighi impeditivi e regole cautelari, tra evanescenza della cosiddetta posizione di garanzia (sia essa di protezione o di controllo) e fluidità delle regole cautelari, nel complicato crinale tra precauzione e prevenzione. Sono queste le pieghe in cui si annida e prolifera la logica moralizzatrice e spietata del «senno del poi», per la quale tutto è sempre prevedibile e quindi evitabile, tutto ciò che astrattamente «si sarebbe potuto fare» (anche a costo di inibire o bloccare qualsivoglia attività lavorativa, professionale, culturale o ludica che sia) allora anche «si sarebbe dovuto fare» e, in una perversa sovrapposizione di piani, quanto *ex post* era evitabile per ciò solo diviene anche (e sempre) prevedibile. Va aggiunto che, nelle *indifferenziate* contestazioni colpose, una qualche regola cautelare violata – alla fine – la si riesce sempre a scovare: una non meglio specificata negligenza o imprudenza, lieve o grave che sia, sovrastante l'onnicomprensivo e pervasivo dovere di diligenza a cui potersi appellare. Tutto ciò è coerente con la sensazione che, assunta la necessità di trovare *a tutti i costi* un colpevole per placare, col clamore simbolico della giustizia immediata, presunte o reali istanze di protezione sociale, si vada *solo dopo* alla ricerca di eventuali regole cautelari violate o di obblighi prevenzionistici disattesi.

In questo scenario, basterebbe ricordare, soprattutto al cospetto di eventi per natura straordinari, che nel diritto penale *non tutto ciò che è potere è anche dovere* e che il giudizio di evitabilità, contaminato dalla logica del «senno del poi», non può leggersi in modo disgiunto da quello, ad esso preliminare, di prevedibilità, da condurre in una prospettiva di verifica da svolgersi necessariamente *ex ante*.

Si attendono anche qui segnali nuovi e incoraggianti, stavolta da parte del potere giudiziario, che all'*onore* del rivendicato ruolo di co-legislatore deve sapere affiancare l'*onere* di una consapevole capacità auto-limitativa, privilegiando la corretta applicazione dei principi che governano l'imputazione penale alle seduzioni palingenetiche.

Un prototipo, nella direzione auspicata, è rappresentato dalla sentenza della Cassazione (ancora una volta della Sesta sezione) che nel giugno scorso ha posto fine alla vicenda Impre-

gilo ⁽¹⁹⁾. Nel sancire la definitiva assoluzione della società – a processo, ai sensi dell’art. 25-ter, lett. r), del d.lg. n. 231 del 2001, per un’ipotesi di aggioaggio informativo (art. 2637 c.c.), ascritto a tre persone fisiche e consumato tra il dicembre 2002 e il marzo 2003 –, i giudici rifuggono dalla deriva del *versari in re illicita* e, sposando un modello di colpa di organizzazione aderente ai principi costituzionali, chiariscono come, nella valutazione dell’idoneità del modello organizzativo, vada rigorosamente bandita qualsiasi scorciatoia del *post hoc* (traducibile nell’equazione per cui alla commissione del reato non può non corrispondere l’inidoneità del modello); piuttosto, si sostiene, nella valutazione di idoneità il giudice dovrà sempre collocarsi idealmente nel momento in cui il reato è stato commesso, verificandone la prevedibilità e l’evitabilità al metro della prognosi postuma, con l’ulteriore precisazione che il sindacato sul modello non deve possedere una portata “totalizzante”, ma limitarsi a valutare l’impatto della violazione delle cautele con il rischio di reiterazione del reato della stessa specie.

Un passo avanti importante che non lascia però del tutto tranquilli per il futuro: saprà la magistratura tenere fermo questo ‘coraggio interpretativo’ anche al di là del campo della responsabilità degli enti, tutto sommato circoscritto e di certo più defilato rispetto allo sguardo colpevolista dell’opinione pubblica?

⁽¹⁹⁾ Sez. VI, sent. 11 novembre 2021 (dep. 15 giugno 2022), n. 23401, in *questa rivista*, 2022, p. 4372 ss., con nota di F. CENTONZE, *Il crimine dell’«attore decisivo», i limiti della compliance e la prova «certa» della colpa di organizzazione - riflessioni a margine della sentenza Impregilo*; sulla sentenza cfr. anche C. PIERGALLINI, *Una sentenza “modello” della cassazione pine fine all’estenuante vicenda “Impregilo”, in Sist. pen.*, 27 giugno 2022 e E. FUSCO - C.E. PALIERO, *L’“happy end” di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, *ivi*, 27 settembre 2022.

