

# Cassazione penale

direttore scientifico  
condirettore  
LXIII - Gennaio 2023, n. 01

**Domenico Carcano**  
**Mario D'Andria**

01

20  
23

| **estratto**

LA FATTISPECIE DI ACCESSO ABUSIVO  
AL SISTEMA INFORMATICO TRA CONTRASTI  
GIURISPRUDENZIALI E "TIPICITÀ  
SOPRAVVENUTA" (*NOTE A MARGINE  
DELLA SENTENZA DEL TRIBUNALE  
DI REGGIO EMILIA DEL 18 FEBBRAIO 2022, N. 336*)

*con nota di* **Maria Federica Carriero**



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

## 45 L'EVOLUZIONE PEGGIORATIVA DELLA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI ACCESSO ABUSIVO AL SISTEMA INFORMATICO

TRIB. REGGIO EMILIA - UD. 18 FEBBRAIO 2022, N. 336 - EST. GAMBARATI

**ACCESSO ABUSIVO AL SISTEMA INFORMATICO - Sentenza Sez. un. n. 41210/2017, Savarese - Interpretazione dell'art. 615-ter estensiva e in malam partem rispetto alla precedente giurisprudenza - Imprevedibilità del mutamento - Sussistenza - Conseguente applicabilità dello strumento ermeneutico dell'inevitabilità dell'errore sul precetto ex art. 5 c.p.**

(C.P. ARTT. 5, 615-TER)

*La sentenza Sez. un., 18 maggio 2017, n. 41210, Savarese ha ridefinito estensivamente la tipicità del fatto di cui all'art. 615-ter c.p., determinando, rispetto alle enunciazioni risalenti alla sentenza delle Sez. un., 27 ottobre 2011, Casali, un'evoluzione peggiorativa, in malam partem e uno "strappo" innovativo che ha coinvolto la sfera delle aspettative e dei diritti di terzi in relazione all'imprevedibilità del mutamento; alla luce dei principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte EDU e dalla sentenza della C. cost. n. 464 del 1988, sono quindi ravvisabili gli estremi per ritenere imprevedibile l'interpretazione dell'art. 615-ter c.p. fornita dalle Sezioni unite del 2017, con conseguente applicazione dello strumento ermeneutico del giudizio di inevitabilità dell'errore sul precetto ai sensi dell'art. 5 c.p.*

**MOTIVI DELLA DECISIONE - 1.** Si è proceduto nei confronti di (*Omissis*) per i reati di cui agli artt. 81, cpv., 61 n. 2, 615-ter, commi 1, 2 n. 1 e 3, 326, comma 1, c.p., con decreto che dispone il giudizio del 19 gennaio 2017.

(*Omissis*).

2.1. All'esito dell'ampia attività istruttoria svolta deve giungersi ad un pronunciamento assolutorio in favore di (*Omissis*) per le ragioni che nel prosieguo verranno esposte.

È necessario, in primo luogo, soffermarsi sulle testimonianze assunte, a partire da quella resa da (*Omissis*), la quale ha spiegato che conobbe l'imputata durante il periodo in cui rivestì il ruolo di dirigente amministrativa della Procura della Repubblica di Reggio Emilia, ovvero sia da metà aprile 2014 a ottobre 2015. Dalla sua rievocazione dei fatti emerge che (*Omissis*) era un'ausiliaria amministrativa che in quel periodo venne assegnata al cosiddetto ufficio dibattimento, cioè quello che si occupa di eseguire le citazioni nell'interesse della Procura della Repubblica per i procedimenti approdati, appunto, in dibattimento. Secondo, l'imputata si occupava concretamente della movimentazione dei fascicoli, nonché della predisposizione di atti che sarebbero poi stati sottoscritti dal responsabile dell'ufficio.

La teste ha chiarito che (*Omissis*) svolgeva certamente attività di carattere materiale e che al contempo possedeva credenziali personali di accesso integrale al sistema informatico SICIP. Tale accesso era necessario per consentirle di raccogliere alcuni dati che dovevano essere riversati negli atti da predisporre di volta in volta.

Nel corso del controesame condotto dalla difesa, la teste ha inoltre chiarito che (*Omissis*) non partecipò ad un vero e proprio corso di formazione avente ad oggetto l'utilizzo del sistema informatico SICIP; tuttavia, i funzionari di cancelleria avevano il compito di affiancare i nuovi ausiliari per fornire loro quella che è stata definita una "formazione sul campo". La teste ha fatto il nome di (*Omissis*), individuandola come la cancelliera responsabile dell'ufficio dibattimento nel periodo di interesse.

Nel prosieguo, (*Omissis*) ha escluso che presso la Procura della Repubblica di Reggio Emilia fosse adottato un protocollo volto a disciplinare modalità e limiti di utilizzo del sistema SICIP da parte dei soggetti autorizzati; è poi emerso che (*Omissis*) era titolare di una autorizzazione attraverso cui poteva consultare

e visualizzare i dati immessi nel sistema - compresi quelli relativi alla fase delle indagini preliminari - mentre non aveva poteri di inserimento.

2.2. Il teste (*Omissis*) - Sovrintendente Capo della Polizia di Stato - ha spiegato che all'epoca dei fatti venne incaricato dalla Dott.ssa (*Omissis*) - Pubblico Ministero presso la Procura di Reggio Emilia - di verificare con quali accertamenti fosse possibile individuare gli utenti che avevano fatto accesso al sistema informatico SICP, con particolare riferimento ad un procedimento penale in corso d'indagini, nel quale era stata coinvolta la Squadra Mobile di Reggio Emilia.

(*Omissis*) si interfacciò conseguentemente con l'ufficio preposto, ossia il C.I.S.I.A. di Bologna, da cui apprese che la verifica poteva essere effettuata utilizzando come chiavi di ricerca il numero del procedimento d'interesse, il codice identificativo ad esso riferibile e le parole (*Omissis*). L'attività di acquisizione venne effettuata con l'ausilio della Dott.ssa (*Omissis*) e del tecnico (*Omissis*), i quali si occuparono della specifica attività di estrapolazione dei dati di rilievo, che vennero conseguentemente riversati su un apposito *cd-rom*.

Emerse che (*Omissis*) aveva consultato il procedimento penale (*Omissis*) per dodici volte attraverso la cosiddetta chiave numerica - dal 18.3.2015 al 29.4.2015 - e otto volte - dal 12.3.2015 al 29.4.2015 - attraverso la chiave nominale riferibile all'indagato (*Omissis*). In merito alla riconducibilità dei succitati accessi a (*Omissis*), è stato chiarito che il suo nominativo - come quello di tutti i titolari di credenziali d'accesso - era correlato ad un codice identificativo elaborato dal sistema informatico SICP.

(*Omissis*).

3.1. Questo, in estrema sintesi, è il quadro probatorio ricavabile dalle testimonianze raccolte, il quale, in uno con i risultati dell'attività di intercettazione telefonica - di cui si dirà più avanti - attesta incontrovertibilmente che (*Omissis*) è stata l'autrice delle condotte descritte nel capo d'imputazione.

Non v'è motivo di dubitare che quelle condotte siano a lei riconducibili, considerato che la consultazione del procedimento (*Omissis*) venne effettuata attraverso le sue credenziali personali, così come può trarsi dall'attività di estrapolazione dei dati d'accesso ripercorsa in particolare dal teste (*Omissis*), i cui risultati sono stati riepilogati - con particolare riferimento all'imputata - nel *file excel* acquisito al fascicolo dibattimentale, in copia cartacea. La stessa (*Omissis*), del resto, durante il proprio esame non ha negato la circostanza, di tal che dall'istruttoria non emerge nemmeno una ricostruzione alternativa della vicenda che possa ingenerare qualche ragionevole dubbio in merito a questo profilo.

Il dato, tuttavia, non è sufficiente per addvenire ad una sua declaratoria di responsabilità penale per i reati che le vengono ascritti.

È opportuno soffermarsi *in primis* sulla contestazione di accesso abusivo a sistema informatico *ex art 615-ter c.p.*

Al riguardo, occorre evidenziare che le condotte cristallizzate in imputazione sono state commesse nelle more tra due importantissime pronunce della suprema Corte di cassazione a Sezioni unite, l'ultima delle quali ha esteso in modo significativo il perimetro della fattispecie di accesso abusivo a sistema informatico, dando luogo ad un mutamento giurisprudenziale in senso sfavorevole al reo, a giudizio del Tribunale inapplicabile al fatto *sub indice*.

Per le ragioni che verranno esposte, si ritiene infatti che con quella pronuncia sia stata offerta una interpretazione estensiva della punibilità che non può essere applicata a fatti anteriori, in quanto diversamente opinando verrebbero violati i principi costituzionali di cui agli artt. 25, 27 Cost. e quello di cui all'art. 7 CEDU, atteso che occorre assicurare il diritto fondamentale della persona alla prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie condotte, come affermato dalla sentenza della Corte EDU nel caso *Contrada c. Italia*. Come noto, assunto fondamentale della legalità europea è che alla produzione del diritto concorrono i due formanti, legislativo e giurisprudenziale.

Con un primo arresto del 2011, le Sezioni unite hanno dovuto dirimere un contrasto maturato in seno alla giurisprudenza di legittimità in tema di accesso abusivo a sistema informatico.

Secondo un primo orientamento, il reato *ex art. 615-ter* poteva essere integrato anche dalla condotta del soggetto che, pur essendo abilitato ad accedere al sistema informatico o telematico, vi si introduceva con la *password* di servizio per raccogliere dati protetti per finalità estranee alle ragioni di istituto ed agli scopi sottostanti alla protezione dell'archivio informatico, utilizzando sostanzialmente il sistema per finalità divergenti da quelle consentite. Tale approdo interpretativo è stato sostenuto rilevando che la norma in

questione punisce non soltanto l'abusiva introduzione nel sistema, ma anche l'abusiva permanenza in esso contro la volontà di chi ha diritto di escluderla: volontà contraria tacita desumibile dal fatto che l'accesso si protrae per finalità divergenti da quelle per cui è stato consentito. L'opzione esegetica in questione è stata sostenuta soprattutto sulla base della ravvisata analogia rispetto al reato di violazione di domicilio ex art. 614 c.p., osservando come in entrambi i casi gli illeciti si caratterizzano dalla manifestazione di una volontà, anche tacita, di chi ha diritto di ammettere ed escludere l'accesso e di consentire la permanenza.

Un secondo orientamento sosteneva in modo diametralmente opposto che non fosse integrato il reato di cui all'art. 615-ter c.p. nel caso di introduzione da parte di chi è legittimo titolare delle relative chiavi d'accesso, anche se ciò avviene per finalità diverse da quelle dell'ufficio, ferma restando la sua responsabilità per ulteriori reati eventualmente configurati, ove le predette finalità siano state effettivamente realizzate. Dirimente, in quest'ottica, è il rilievo secondo cui la volontà contraria dell'avente diritto andrebbe verificata esclusivamente con riferimento al risultato immediato della condotta posta in essere dall'agente con l'accesso al sistema informatico e con il mantenersi al suo interno, non già con riguardo a fatti successivi, quali ad esempio l'uso illecito di dati ivi riversati. In tale direzione deporrebbe persino l'uso della formula "*abusivamente*", che dovrebbe essere intesa nel senso di accesso non autorizzato ovvero di permanenza non autorizzata, dacché diversamente opinando si rischierebbe di interpretare la disposizione in modo imprevedibile o comunque estendendo eccessivamente la tipicità penale. È bene evidenziare sin da ora che la quasi totalità dei precedenti giurisprudenziali favorevoli a questo indirizzo esegetico si era formata in relazione a fatti storici sostanzialmente analoghi a quello per cui è processo, indi in casi in cui l'agente rivestiva il ruolo di pubblico ufficiale ovvero di incaricato di pubblico servizio, al quale veniva pertanto contestata l'aggravante di cui all'art. 615-ter, comma 2 n. 1, c.p.: si pensi, tra le tante, alla sentenza n. 26797 del 29 maggio 2008, pronunciata dalla Quinta Sezione della suprema Corte di cassazione.

Le Sezioni unite hanno quindi risolto il contrasto in favore dell'orientamento da ultimo esposto, enunciando il principio di diritto secondo cui "Integra il delitto previsto dall'art. 615-ter c.p. colui che, pur essendo abilitato, acceda o si mantenga in un sistema informatico o telematico protetto violando le condizioni ed i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema per delimitarne oggettivamente l'accesso, rimanendo invece irrilevanti, ai fini della sussistenza del reato, gli scopi e le finalità che abbiano soggettivamente motivato l'ingresso nel sistema." (cfr. Sez. un., Sentenza n. 4694 del 27/10/2011, Rv. 251269-01). Significativa è la parte della motivazione in cui la suprema Corte chiarisce che ai fini della configurabilità del reato di accesso abusivo a sistema informatico, la volontà contraria dell'avente diritto va verificata solamente con riferimento al risultato immediato della condotta posta in essere e non ai fatti successivi: "Rilevante deve ritenersi, perciò, il profilo oggettivo dell'accesso e del trattenimento nel sistema informatico da parte di un soggetto che sostanzialmente non può ritenersi autorizzato ad accedervi e a permanervi sia allorché violi i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema (nozione specificata, da parte della dottrina, con riferimento alla violazione delle prescrizioni contenute in disposizioni organizzative interne, in prassi aziendali o in clausole di contratti individuali di lavoro) sia allorché ponga in essere operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle di cui egli è incaricato e in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito". In un passo susseguente viene precisato che "Il dissenso tacito del *dominus loci* non viene desunto dalla finalità (quale che sia) che anima la condotta dell'agente, bensì dall'oggettiva violazione delle disposizioni del titolare in ordine all'uso del sistema". Estremamente significativo è persino il passaggio in cui la Corte argomenta osservando che "nei casi in cui l'agente compia sul sistema un'operazione pienamente assentita dall'autorizzazione ricevuta, ed agisca nei limiti di questa, il reato di cui all'art. 615-ter c.p. non è configurabile, a prescindere allo scopo eventualmente perseguito; sicché qualora l'attività autorizzata consista anche nella acquisizione di dati informatici, e l'operatore la esegua nei limiti e nelle forme consentiti dal titolare dello *ius excludendi*, il delitto in esame non può essere individuato anche se degli stessi dati egli si dovesse poi servire per finalità illecite". In altri termini, secondo le Sezioni unite Casani il giudizio circa l'esistenza del dissenso da parte del titolare deve essere condotto utilizzando come parametro di riferimento la sussistenza o meno di un'oggettiva violazione delle prescrizioni imposte dal *dominus* del sistema.

Questo è, in estrema sintesi, l'orientamento consolidatosi grazie alle Sezioni unite nel 2011, che permaneva allorché (*Omissis*) – tra il 18.3.2015 e il 30.4.2015 – si rese artefice delle condotte di cui all'imputazione.

Ritiene il Tribunale che sulla base dell'approdo ermeneutico sin qui ripercorso – fatto proprio dal supremo Consesso e quindi dotato di un grado di massima autorevolezza, nonché di capacità di indirizzare, a contrario, le condotte dei consociati – l'imputata non potrebbe ritenersi responsabile, per difetto di tipicità penale, del reato di cui all'art. 615-ter, c.p. – aggravato dal n. 1 del comma secondo e dal comma terzo del medesimo articolo – poiché era pacificamente autorizzata ad accedere integralmente al sistema informatico SICIP con facoltà di consultazione e visualizzazione dei dati ivi riversati. Ella, pertanto, nell'interrogare il sistema con riguardo al procedimento penale (*Omissis*) – in cui risultava indagato (*Omissis*) – ha eseguito un'operazione che rispettava i limiti e le forme consentite sia perché aveva un accesso che le permetteva di visionare integralmente il sistema SICIP sia perché il titolare dello *ius excludendi* non aveva disciplinato in modo specifico il suo accesso; è emerso infatti che non erano presenti delle linee guida o comunque un protocollo volti a definire in modo chiaro e preciso modalità e limiti di utilizzo del sistema stesso: in altri termini, non si intravede nella condotta di (*Omissis*) una "oggettiva violazione delle prescrizioni imposte dal titolare", in quanto l'utilizzo del sistema non era in alcun modo disciplinato tramite apposito protocollo.

L'operazione posta in essere a più riprese da (*Omissis*) non può nemmeno ritenersi "ontologicamente" diversa da quelle per cui sembrerebbe che avesse accesso al sistema, considerato che la consultazione di un procedimento – seppure in fase d'indagini preliminari e non quindi approdato alla fase dibattimentale – non è all'evidenza un'attività di natura radicalmente divergente rispetto a quelle che ella doveva eseguire utilizzando il SICIP: piuttosto, si tratta di un'operazione caratterizzata da spiccate analogie, visto e considerato che si risolveva in una asettica consultazione, nient'affatto "ontologicamente" differente rispetto a quelle che – in tesi d'accusa – l'imputata avrebbe potuto effettuare in ragione della sua assegnazione all'ufficio dibattimento. A ben vedere, nel caso *sub indice* l'unico dato certo è il fine perseguito dall'imputata, ovvero sia raccogliere informazioni in merito allo stato di un procedimento a carico di (*Omissis*), ma come visto si tratta di elemento che per le Sezioni unite Casani è irrilevante ai fini della configurazione del reato di cui all'art. 615-ter c.p. Muovendo dall'approdo esegetico offerto da quella pronuncia non si ravvisa invece né un'oggettiva violazione delle prescrizioni imposte e tantomeno l'espletamento di un'operazione ontologicamente diversa da quella consentita.

Come accennato in precedenza, successivamente al verificarsi dei fatti per cui è processo le Sezioni unite della suprema Corte di cassazione sono tornate a pronunciarsi in tema di accesso abusivo a sistema informatico, abbracciando un'interpretazione della fattispecie incriminatrice che – al di là delle formule di rito – risulta essere – a modesto avviso del Tribunale – evidentemente estensiva ed imprevedibile rispetto a quella che si era consolidata a seguito della sentenza Casani.

Che la sentenza delle Sezioni unite Savarese abbia sostenuto un'interpretazione estensiva della punibilità con riferimento al reato di cui all'art. 615-ter c.p. è dato che già emerge leggendo le prime righe della parte motiva, laddove si afferma che «La quinta sezione ha ritenuto necessaria una rimeditazione della sentenza delle Sezioni unite Casani, che aveva risolto un contrasto di giurisprudenza ritenendo che non integrasse il reato la condotta di chi, avendo titolo per accedere al sistema, se ne fosse avvalso per finalità estranee a quelle di ufficio. Per la Sezione rimettente, la giurisprudenza formatasi in epoca successiva alla citata sentenza aveva manifestato l'esigenza di ulteriori precisazioni e specificazioni, in funzione estensiva, della portata del principio di diritto espresso dalle Sezioni unite, tanto da ritenere idonea ad integrare la tipicità della fattispecie incriminatrice la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che si traduca in un abuso o sviamento dei poteri conferitigli» e che «La Sezione rimettente ha dato atto dello svilupparsi nella giurisprudenza successiva alla sentenza Casani di diverse posizioni, dettate dalla ritenuta necessità di precisazioni e specificazioni, in funzione eminentemente estensiva, della portata del principio di diritto espresso dalla citata sentenza, tanto da considerare idonea ad integrare la tipicità della fattispecie incriminatrice la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che si traduca in un abuso o sviamento dei poteri conferitigli».

Muovendo da tali premesse, le Sezioni unite hanno dovuto fornire risposta al seguente quesito «Se il delitto previsto dall'art. 615-ter, secondo comma, n. 1, c.p., sia integrato anche nella ipotesi in cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, formalmente autorizzato all'accesso ad un sistema informatico o telematico, ponga in essere una condotta che concreti uno sviamento di potere, in quanto mirante al raggiungimento di un fine non istituzionale, pur in assenza di violazione di specifiche disposizioni regolamentari ed organizzative». Emerge quindi in via del tutto innovativa – rispetto all'ipotesi delittuosa aggra-

vata ex art. 615-ter, comma secondo n. 1, c.p., contestata persino, si badi bene, nel procedimento rispetto al quale si sono pronunciate le Sezioni unite Casani – la questione della rilevanza della violazione di specifiche disposizioni regolamentari ed organizzative, nonché dei principi che presidono lo svolgimento dell'attività amministrativa, quali sinteticamente enunciati dall'art. 1 legge n. 241 del 1990.

Secondo un primo orientamento, nel caso in cui l'agente sia un pubblico dipendente poteva trovare applicazione il principio di cui all'art. 1 legge n. 241 del 1990, in base al quale l'attività amministrativa persegue fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento eurounitario. Di qui deriverebbe la "ontologica incompatibilità" di un utilizzo del sistema informatico senza il rispetto di tali principi, in quanto fuoriuscente dalla *ratio* del conferimento del relativo potere (cfr. Sez. V, Sentenza n. 22024 del 24/4/2013, Rv. 255387). Un secondo orientamento, invece, escludeva la possibilità di identificare il carattere di abusività della condotta di accesso al sistema, o di mantenimento al suo interno, nella violazione delle predette regole di imparzialità e trasparenza enunciate dall'art. 1 legge n. 241 del 1990, se non a prezzo di frustrare la *ratio* della stessa norma incriminatrice come interpretata dalle Sezioni unite Casani, dilatando inammissibilmente la nozione di "accesso abusivo" oltre i limiti imposti dalla necessità di tutelare i diritti del titolare del sistema. Così argomentando, è stato enunciato il principio secondo cui "ai fini della configurabilità del delitto previsto dall'art. 615-ter c.p., l'accesso di soggetto abilitato ad un sistema informatico è abusivo solo quando l'agente viola i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema ovvero pone in essere operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle di cui egli è incaricato ed in relazione alle quali l'accesso è a lui consentito. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso che l'accesso ai dati di un sistema informativo di tipo "chiuso" in dotazione delle forze di polizia, possa essere considerato "abusivo" per la sola violazione dei principi generali di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, essendo comunque necessario accertare il contenuto delle prescrizioni formalmente impartite dal "dominus loci")." (cfr. Sez. V, Sentenza n. 44390 del 20/6/2014, Rv. 260763).

Come noto, le Sezioni unite Savarese hanno preferito l'orientamento riferibile alla prima delle due pronunce citate, estendendo il perimetro della fattispecie attraverso l'ampliamento del contenuto semantico della parola "abusivamente", in particolare dando rilevanza, in via del tutto innovativa, alla violazione dei doveri o all'abuso dei poteri inerenti alla funzione o al servizio svolto dai pubblici ufficiali o dagli incaricati di pubblico servizio. Così argomentando, la Corte è giunta ad enunciare il principio secondo cui "Integra il delitto previsto dall'art. 615-ter, secondo comma, n. 1, c.p. la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare di un sistema informatico o telematico protetto per delimitarne l'accesso, acceda o si mantenga nel sistema per ragioni ontologicamente estranee rispetto a quelle per le quali la facoltà di accesso gli è attribuita. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto immune da censure la condanna di un funzionario di cancelleria, il quale, sebbene legittimato ad accedere al Registro informatizzato delle notizie di reato – c.d. Re.Ge. – conformemente alle disposizioni organizzative della Procura della Repubblica presso cui prestava servizio, aveva preso visione dei dati relativi ad un procedimento penale per ragioni estranee allo svolgimento delle proprie funzioni, in tal modo realizzando un'ipotesi di sviamento di potere)." (cfr. Sez. un., Sentenza n. 41210 del 18/5/2017, Rv. 271061). Secondo le Sezioni unite, pertanto, "non esce dall'area di applicazione della norma la situazione nella quale l'accesso o il mantenimento nel sistema informatico dell'ufficio a cui è addetto il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, seppur avvenuto a seguito di utilizzo di credenziali proprie dell'agente ed in assenza di ulteriori espressi divieti in ordine all'accesso ai dati, si connoti, tuttavia, dall'abuso delle proprie funzioni da parte dell'agente, rappresenti cioè uno sviamento di potere, un uso del potere in violazione dei doveri di fedeltà che ne devono indirizzare l'azione nell'assolvimento degli specifici compiti di natura pubblicistica a lui demandati."

A scanso d'equivoci, il Tribunale non vuole criticare l'approdo ermeneutico cui sono giunte le Sezioni unite Savarese. Osserva tuttavia che rispetto alle enunciazioni risalenti alle Sezioni unite Casani si è di fronte a quello che autorevole dottrina ha definito uno "strappo" innovativo rispetto al passato; strappo che coinvolge indubbiamente la sfera delle aspettative e dei diritti di terzi rispetto all'imprevedibilità del mutamento. Si tratta, infatti, di un'evoluzione peggiorativa, *in malam partem*, nella misura in cui facendo "perno" sui principi che governano l'attività amministrativa è stato ampliato in modo considerevole il

valore semantico dell'abusività dell'accesso e il significato attribuibile alle "operazioni ontologicamente diverse" rispetto a quelle consentite, sovrapponendo sostanzialmente le stesse alle ipotesi di sviamento di potere. Più in particolare, si è fatto uso di alcune norme-principio – si osserva al riguardo che nella parte motiva della sentenza viene fatto espresso riferimento alle norme di cui agli artt. 54, 97 e 98 della Costituzione – per introdurre in via interpretativa nel "tipo" violazioni non predeterminate dal precedente arresto a Sezioni unite Casani, che aveva attribuito a quelle parole un significato decisamente più restrittivo e concreto.

Secondo il Tribunale, la sentenza delle Sezioni unite Savarese ha ridefinito estensivamente la tipicità del fatto di cui all'art. 615-ter c.p., e, come tale, deve essere coordinata con i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte EDU e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 464 del 1988, sussistendo tutti gli estremi per ritenere imprevedibile l'interpretazione dell'art. 615-ter c.p., per come interpretata dalle Sezioni unite del 2017, con conseguente applicazione dello strumento ermeneutico del giudizio di inevitabilità dell'errore sul precetto ex art. 5 c.p. in favore di (*Omissis*), la quale peraltro se fosse stata giudicata in tempi ben più ragionevoli avrebbe potuto definire la propria posizione prima della sentenza Savarese. Al riguardo, infatti, si osserva che l'evoluzione interpretativa può disvelare sviluppi imprevedibili dal destinatario del precetto penale al tempo della creazione della disposizione e in quest'ottica entra in gioco il principio di determinatezza, in quanto garantisce ai destinatari delle norme una percezione sufficientemente chiara ed immediata dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta. Fine del principio di determinatezza è assicurare la libera autodeterminazione individuale, consentendo ai destinatari delle norme penali di valutare previamente le conseguenze giuridico-penali delle proprie condotte.

Orbene, (*Omissis*) molto probabilmente poteva prevedere che la propria condotta fosse genericamente illecita – magari dal punto di vista amministrativo e disciplinare – ma non che fosse penalmente rilevante visto e considerato che al momento della realizzazione delle condotte era già intervenuta la decisione delle Sezioni unite Casani, fornendo come visto un'interpretazione del delitto di accesso abusivo a sistema informatico tale per cui il suo *agere* doveva ritenersi al di fuori del perimetro oggettivo della fattispecie. Visto il quadro giurisprudenziale consolidato dalla sentenza delle Sezioni unite Casani al momento dei fatti di cui all'imputazione, non si può pretendere di applicare un orientamento giurisprudenziale che – per quanto altrettanto autorevole – è intervenuto successivamente: è proprio il fatto che la questione fosse stata affrontata e chiarita antecedentemente dalle Sezioni unite – alla quale spetta il compito di assicurare l'uniforme applicazione della legge penale nell'intero ordinamento ex art. 65 ord. giud. – a rendere imprevedibile l'*overruling* in *malam partem* delineato con la pronuncia Savarese. L'imprevedibilità del mutamento, peraltro, è comprovata persino dal fatto che tra la pronuncia del 2011 e quella del 2017 non sono intervenute modifiche normative dell'accesso abusivo a sistema informatico; ciò rileva poiché sovente le modifiche legislative di fattispecie sono state valorizzate dalla suprema Corte di cassazione per affermare, a contrario, che l'*overruling* era prevedibile (cfr. Sez. III, Sentenza n. 46184 del 23/11/2021).

Già la sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale risulta orientata in questi termini, laddove muovendo dal principio di "personalità della pena" valorizza la necessaria conoscibilità della norma penale quale presupposto della responsabilità penale, e della correlativa esclusione del rimprovero in presenza di una ignoranza inevitabile sul contenuto della legge stessa.

A porsi quale garanzia contro le situazioni di contrasti giurisprudenziali nell'interpretazione delle norme penali, che minano la prevedibilità della decisione giudiziale nel caso concreto, è ancor di più la giurisprudenza della Corte EDU. Nella giurisprudenza europea l'accessibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie sono, infatti, costantemente declinate non solo alla disposizione incriminatrice, ma anche alla giurisprudenza nazionale che ne precisa il significato all'atto della sua concreta applicazione, attraverso la formazione di precedenti sulla base dei quali il destinatario della norma è tenuto a orientare il proprio comportamento. La Corte EDU riconosce alla giurisprudenza penale nazionale un ruolo conformativo del precetto penale, da cui discende il diritto dei consociati di fare affidamento sull'interpretazione del precetto medesimo fornita dalla giurisprudenza e di regolare conseguentemente il proprio comportamento, senza rischiare di essere sorpresi *ex post* da un'interpretazione della norma non prevedibile a proprio danno (cfr. C. EDU (Grande Camera), sent. 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09). Si badi bene, muovendo da tali considerazioni, la giurisprudenza convenzionale ha

precisato che prevedibile non dev'essere solo la generica illiceità della condotta, ma anche la sua specifica rilevanza penale (cfr. C. EDU, sent. 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*).

Dal punto di vista delle garanzie di cui all'art. 7 CEDU, non può quindi ritenersi che l'imputata potesse ragionevolmente prevedere l'estensione operata dalle Sezioni unite Savarese – sulla base delle indicazioni delle Sezioni unite Casani – al momento della commissione del fatto (Cfr. Corte EDU, *Contrada c. Italia*).

Per tali ragioni (*Omissis*) dev'essere assolta dalla contestazione di accesso abusivo a sistema informatico ex art. 615-ter, commi 1, 2 n. 1 e 3, c.p. perché il fatto non costituisce reato.

3.2. Per quanto concerne, invece, la contestazione di rivelazione di segreti d'ufficio ex art. 326 c.p., secondo la prospettazione accusatoria tale reato si sarebbe consumato proferendo telefonicamente alla moglie di (*Omissis*) la frase "te lo confermo non ci sono novità eh".

Visto il contesto in cui tale frase è stata proferita – ricavabile dalla lettura complessiva delle trascrizioni delle conversazioni telefoniche intercettate, intercorse tra l'imputata e (*Omissis*) – emerge, in effetti, che la conversazione verteva sullo stato delle indagini a carico di (*Omissis*) e sulle eventuali novità relative alla sua posizione (cfr. trascrizioni conversazioni telefoniche in atti, a p. 48).

È altrettanto assodato che quel giorno – ossia il 30.4.2015 – (*Omissis*) fosse già sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere, di tal che non si intravede alcuna violazione del dovere di segretezza, considerato che egli ed i suoi familiari erano già al corrente delle indagini a suo carico, motivo per cui non si ravvisa una concreta messa in pericolo del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.

Sotto diversa angolatura, si ritiene che difetti la prova della divulgazione di una notizia relativa all'assenza di ulteriori iscrizioni nel registro ex art. 335 c.p.p., essendo quella frase estremamente generica e da cui emerge soltanto che il "tema sotteso" alla conversazione era la presenza o meno di novità non meglio precisate con riguardo alla posizione di (*Omissis*), senza ulteriori specificazioni. Sicché, non vi sono elementi per ritenere con quel grado di certezza richiesto in materia penale che si stesse effettivamente facendo riferimento a nuove o ulteriori iscrizioni, in spregio alla procedura e alla formula all'uopo previste dall'art. 110 disp. att. c.p.p. Non va confusa, infatti, la condotta di rivelazione di una notizia segreta – rilevante ai fini della configurazione del reato ex art. 326 c.p. – con quella di verifica-controllo circa la presenza di ulteriori iscrizioni: nel caso di specie risulta essere certa solo la seconda poiché è stata confermata dall'imputata nel corso del proprio esame, mentre non vi sono elementi probanti in grado di corroborare con certezza che l'oggetto della frase proferita telefonicamente in data 30.04.2015 fosse, appunto, la presenza o meno di nuove iscrizioni a carico di (*Omissis*).

In ogni modo, visto e considerato che la fattispecie ex art. 326 c.p. è reato di pericolo concreto, non si vede come l'assunta propalazione veicolata dall'imputata potesse pregiudicare – anche solo in termini di effettiva messa in pericolo – il buon andamento della pubblica amministrazione di cui faceva parte l'imputata (cfr. Cass. pen. Sez. un., 27 ottobre 2011, n. 4694). Si osserva al riguardo che, essendo il delitto di rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio un reato di pericolo effettivo, la condotta rivelativa del segreto è punibile in quanto suscettibile di produrre nocumento alla pubblica amministrazione o ad un terzo, a mezzo della notizia da tenere segreta. Nella specie non è configurabile la causazione di alcun concreto nocumento agli interessi tutelati, proprio perché nessuna notizia non ancora conosciuta dal destinatario è stata veicolata attraverso la asserzione indicata in imputazione.

In conclusione, il reato di cui all'art. 326 c.p. non sussiste poiché la condotta posta in essere da (*Omissis*) non rientra nel "tipo" e comunque perché risulta all'evidenza concretamente inoffensiva.

Deve essere infine disposta la restituzione dei beni indicati nel verbale di sequestro del 25.04.2015 – in atti – all'avente diritto, non essendovi ragioni per protrarre il vincolo probatorio su di essi.



## LA FATTISPECIE DI ACCESSO ABUSIVO AL SISTEMA INFORMATICO TRA CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI E “TIPICITÀ SOPRAVVENUTA”

(NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA DEL TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA DEL 18 FEBBRAIO 2022, N. 336) (\*)

*The crime of abusive access to a computer system between jurisprudential contrasts and “tipicità sopravvenuta”*

*(Notes on the Judgement of the Court of Reggio Emilia of 18.02.2022 n. 336)*

La presente nota a sentenza analizza una recente sentenza del Tribunale di Reggio Emilia in tema di accesso abusivo al sistema informatico. In particolare, dopo aver affrontato il contrasto sorto in seno alla giurisprudenza, si concentra sulla soluzione adottata da parte del Tribunale per assolvere l'imputata.

*This judgment note analyses a recent ruling by the Court of Reggio Emilia on the subject of abusive access to a computer system. In particular, after dealing with the jurisprudential contrast, it focuses on the solution adopted by the Court to acquit the defendant.*

di **Maria Federica Carriero**

*Assegnista di ricerca in Diritto penale - Sapienza Università di Roma*

**Sommario** 1. Breve ricostruzione del fatto storico. — 2. Il contrasto giurisprudenziale. — 3. Le soluzioni adottate da parte del Tribunale. — 4. Qualche considerazione conclusiva: dal riferimento al Caso Contrada (...). — 4.1. (...) alla c.d. “tipicità sopravvenuta” di matrice giurisprudenziale.

### 1. BREVE RICOSTRUZIONE DEL FATTO STORICO

La sentenza che si esamina è senz'altro degna di nota per le considerazioni che vengono svolte dal Tribunale in punto di diritto. Prima, però, di soffermarci sulla questione che sul piano giuridico ha interessato il Giudice di prime cure, è utile realizzare una breve ricostruzione del fatto storico.

Una volta rivelato che l'imputata aveva dei rapporti di conoscenza con la famiglia di colui che si trovava indagato per un procedimento parallelo a quello che si esamina, si è altresì scoperto che la medesima aveva consultato il procedimento penale di cui si discute per un totale di venti volte dal 18 marzo 2015 al 30 aprile 2015 accedendo, tramite un codice identificativo correlato al suo nominativo, al sistema informatico SICP. Ulteriori verifiche hanno poi consentito di accertare che la stessa aveva effettuato altri cinque accessi al sistema informatico R.E.G.E., nonché al sottosistema che consente di verificare se è pendente una misura cautelare nei riguardi di un soggetto.

Tali fatti hanno indotto il p.m. a contestare una serie di reati in continuazione tra loro, tra i quali rientrava anche quello di cui all'art. 615-ter c.p. che disciplina la fattispecie di accesso abusivo al sistema informatico, aggravato alla luce di quanto disposto dal comma 2, n. 1 del medesimo

---

(\*) La presente nota a sentenza si inserisce nell'ambito del progetto di ricerca “Massimario penale e conoscibilità del diritto: la costruzione del precedente nello spazio giuridico europeo” (PRIN 2017).

articolo, considerando la particolare qualifica rivestita dall'allora indagata <sup>(1)</sup>. Si trattava di un'ausiliaria amministrativa che, all'epoca dei fatti, era stata assegnata all'ufficio del dibattimento e si occupava, oltre che della movimentazione dei fascicoli, anche della predisposizione di determinati atti che avrebbero poi dovuto essere sottoscritti da parte del responsabile. Possedeva, dunque, per evidenti ragioni connesse al suo ufficio, delle credenziali personali di accesso a diversi sistemi informatici; accesso che si rivelava utile, oltre che indispensabile, in quando le consentiva di raccogliere taluni dati che avrebbe poi dovuto utilizzare per predisporre gli atti che le venivano affidati.

Durante il controesame condotto dalla difesa è, nondimeno, emerso che nel corso delle conversazioni telefoniche avutesi tra l'indagata e la famiglia dell'imputato «mai la signora riferì fatti di cui era [...] a conoscenza per averli consultati, tranne in una telefonata in cui sostanzialmente riferì di non avere novità» <sup>(2)</sup>. È stato inoltre chiarito che al momento dell'ultimo accesso, l'indagato si trovava già sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere; sicché, l'ausiliaria non avrebbe comunque potuto riferire informazioni utili in relazione a misure di questo tipo.

La difesa ha inoltre evidenziato che la medesima imputata non aveva mai partecipato ad un reale corso di formazione avente ad oggetto l'utilizzo del sistema informatico SICP: erano infatti intervenuti gli stessi funzionari della cancelleria affiancando i nuovi ausiliari, con il compito di fornire loro una specifica "formazione sul campo". Non erano, peraltro, presenti delle linee guida o comunque dei protocolli volti a definire, in modo chiaro e preciso, "modalità" e "limiti" di utilizzo dei sistemi informatici di cui si discute.

Al netto di tali osservazioni, sul piano del fatto un dato però, rimane certo ed è ben evidenziato da parte del Tribunale (p. 5), e cioè che le condotte di accesso dovevano essere ricondotte e ascritte alla suddetta ausiliaria amministrativa, considerando che la consultazione del procedimento venne effettuata attraverso le sue credenziali personali; circostanza questa, peraltro, mai negata dalla medesima imputata. Non emergeva dunque – specifica il giudice di prime cure – dall'istruttoria una ricostruzione alternativa della vicenda che si esamina che potesse «ingerere qualche ragionevole dubbio in merito a questo profilo» <sup>(3)</sup>.

L'incontrovertibile conclusione cui si è giunti a livello fattuale, ha indotto il giudice a rivolgere l'attenzione al piano più strettamente giuridico da cui è emerso un quadro piuttosto complesso e articolato a livello giurisprudenziale, per la cui analisi si rinvia però la paragrafo che segue.

## 2. IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE

Chiarisce il Tribunale che le condotte realizzate da parte dell'imputata sono state commesse nelle more di due importanti sentenze a Sezioni unite, l'ultima delle quali «ha esteso in modo significativo il perimetro della fattispecie di accesso abusivo al sistema informatico, dando luogo ad un mutamento giurisprudenziale in senso sfavorevole al reo» <sup>(4)</sup>. Prima, tuttavia, di entrare nel merito delle conclusioni cui è giunto il giudice, è opportuno ripercorrere brevemente il dibattito di cui si discute che ha, invero, origini piuttosto risalenti nel tempo.

Già nel 2011 le Sezioni unite sono dovute intervenire per dirimere un contrasto maturato in

---

<sup>(1)</sup> Per una disamina generale sui reati contro la riservatezza informatica v. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, in *Cybercrime*, diretto da Cadoppi et al., Utet, 2019, p. 655 ss., spec. p. 669 sul concetto di "abusività" delle condotte di introduzione e permanenza in un sistema informatico o telematico.

<sup>(2)</sup> Trib. Reggio Emilia, 18 febbraio 2022, n. 336, p. 4.

<sup>(3)</sup> Trib. Reggio Emilia, cit., p. 5.

<sup>(4)</sup> *Ibidem*.

seno alla giurisprudenza di legittimità <sup>(5)</sup>. In particolare, se secondo un primo orientamento il reato di cui all'articolo 615-ter c.p. poteva essere integrato anche da parte del soggetto che pur essendo abilitato ad accedere al sistema informatico o telematico, si introduceva per "finalità estranee alle ragioni di istituto", utilizzando quindi il sistema per "finalità divergenti da quelle consentite"; una seconda tesi propendeva, al contrario, nel senso di escludere la configurabilità del delitto *de quo* se il soggetto che si introduceva nel sistema era, al contempo, il legittimo possessore delle chiavi d'accesso utilizzate. In tale quadro, le Sezioni unite del 2011 (Casani) hanno deciso di avallare il secondo orientamento volto, di fatto, a delimitare il perimetro applicativo della fattispecie di cui all'art. 615-ter c.p. ai soli casi in cui l'accesso abusivo fosse stato realizzato da parte di soggetti nella sostanza "non abilitati". A favore di questa interpretazione deponevano da un lato l'uso della formula *abusivamente* che doveva essere intensa nel senso di "accesso e/o permanenza non autorizzata"; dall'altro, il parallelismo realizzato con il reato di violazione di domicilio, che a sua volta presuppone l'esercizio, da parte del *dominus*, del c.d. *ius excludendi alios* <sup>(6)</sup>.

In relazione al caso Casani, il Tribunale evidenzia un passaggio senz'altro chiave della sentenza concernente l'impossibilità di desumere il dissenso tacito del *dominus* dalla finalità che anima la condotta dell'agente, dovendo attribuirsi rilevanza unicamente alla oggettiva violazione delle disposizioni del titolare in ordine all'uso del sistema. La volontà contraria dell'avente diritto si sarebbe dovuta pertanto riscontrare esclusivamente avendo riguardo al risultato immediato della condotta di accesso al sistema, non rilevando eventuali fatti successivi.

Laddove dunque l'attività fosse consistita nella acquisizione di dati informatici e l'operatore l'avesse eseguita nei limiti e nelle forme consentite dal titolare dello *ius excludendi*, non sarebbe stato possibile integrare gli estremi del delitto in esame; tutto ciò nemmeno nel caso in cui il soggetto si fosse servito dei medesimi dati per finalità illecite <sup>(7)</sup>. Ai fini della configurazione del reato *de quo* si rendeva in definitiva necessario valutare l'esistenza o meno del dissenso da parte del titolare del c.d. domicilio informatico al momento stesso dell'accesso, a prescindere da eventuali periodi successivi che potevano esplicitarsi, appunto, nell'impiego illecito delle informazioni raccolte.

In seguito a tale fondamentale approdo giurisprudenziale, vi è stato tuttavia un ripensamento ad opera della medesima suprema Corte la quale, nel 2017, è nuovamente intervenuta in tema di accesso abusivo al sistema informatico, abbracciando un'interpretazione della fattispe-

<sup>(5)</sup> Sez. un., 27 ottobre 2011, n. 4694 in C.E.D. Cass., n. 251270 con nota di BARTOLI, *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615-ter c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2012; PECORELLA, *L'attesa pronuncia delle sezioni unite sull'accesso abusivo a un sistema informatico: un passo avanti non risolutivo*, in *questa rivista*, 2012, p. 3692 ss.

<sup>(6)</sup> SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., p. 667 in cui specifica che «il disvalore sociale del fatto di accedere abusivamente ad un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza coincide con quello del comune delitto di violazione di domicilio di cui all'art. 614 c.p.». Sul tema v. anche *ex multis* SALVADORI, *Quando un insider accede abusivamente ad un sistema informatico o telematico? Le Sezioni unite precisano l'ambito di applicazione dell'art. 615 ter*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 369; FLOR, *Verso una rivalutazione dell'art. 615-ter c.p.?*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, p. 126 ss.

<sup>(7)</sup> Si tratta, invero, di un passaggio chiave che verrà poi ripreso per fondare l'assoluzione dell'imputata. In particolare le Sez. un. hanno precisato che «[i]ntegra il delitto previsto dall'art. 615-ter c.p. colui che, pur essendo abilitato, acceda o si mantenga in un sistema informatico o telematico protetto violando le condizioni ed i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema per delimitarne oggettivamente l'accesso, rimanendo invece irrilevanti, ai fini della sussistenza del reato, gli scopi e le finalità che abbiano soggettivamente motivato l'ingresso nel sistema.».

cie *in malam partem* con conseguente – ad avviso del Tribunale (ma non solo) – “estensione della tipicità”<sup>(8)</sup>.

Le Sezioni unite Savarese – chiarisce il giudice di prime cure – hanno in particolare ritenuto di operare una rimediazione della sentenza Casani alla luce di nuove e più moderne specificazioni tramite le quali si è, di fatto, ampliata la latitudine applicativa del reato di cui all’art. 615-ter c.p. in relazione a casi che prima non potevano farsi rientrare nel suo perimetro contenutistico. Alla domanda “se il delitto previsto dall’art. 615-ter c.p. sia integrato anche nella ipotesi in cui il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio formalmente autorizzato all’accesso ad un sistema informatico o telematico, ponga in essere una condotta che concreti uno sviamento di potere in quanto mirante al raggiungimento di un fine non istituzionale, pur in assenza di violazione di specifiche disposizioni regolamentari e organizzative” le Sezioni unite hanno infatti risposto positivamente. Si è così avallata la tesi contraria alla giurisprudenza Casani in base alla quale sussisterebbe il reato in questione anche quando si realizzi un accesso al sistema informatico per finalità in contrasto con i principi di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza ai sensi dell’art. 1 l. 241 del 1990<sup>(9)</sup>.

Il delitto *de quo* può, dunque, ad oggi ritenersi integrato in relazione anche a tutte quelle condotte che pur potendo sembrare, in via di principio, “lecite” e “consentite”, nella realtà dei fatti invece non lo sono, poiché perseguono finalità estranee e ultronee rispetto a quelle tipiche che segnano (e di fatto rendono lecito) il percorso di accesso al sistema informatico.

Questo, quindi, il quadro giuridico da cui è partito il Tribunale. Analizziamo, a questo punto, le conclusioni cui è giunto in relazione al caso che si esamina.

### 3. LE SOLUZIONI ADOTTATE DA PARTE DEL TRIBUNALE

Come si diceva nell’introduzione, le conclusioni cui approda il giudice di prime cure se da un lato

---

<sup>(8)</sup> Sez. un., 8 settembre 2017, n. 41210, in *C.E.D. Cass.*, n. 271061. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, in *Cybercrime*, cit., p. 674 specifica che «[è] dunque evidente come questa discutibile interpretazione dell’abusività si concentri su attività diverse ed ulteriori rispetto al fatto di reato punito dall’art. 615-ter c.p. Si finisce così per estendere l’ambito di applicazione della fattispecie al di là del suo linguaggio lessicale, creando, in contrasto con il principio di tassatività ed il divieto di analogia, una diversa fattispecie volta a punire non l’introduzione o la permanenza in un sistema informatico, bensì il suo *utilizzo* non autorizzato». Per un commento alla sentenza v. BERTOLESI, *Accesso abusivo a un sistema informatico: è reato la condotta del pubblico ufficiale commessa con c.d. sviamento di potere*, in *Dir. pen. cont.*, 3 ottobre 2017. Per un commento alla ordinanza di rimessione v. BERTOLESI, *Accesso abusivo ad un sistema informatico: una nuova actio finium regundorum per i pubblici dipendenti (in attesa delle motivazioni della sentenza savarese delle sezioni unite)*, in *ivi*, 6 giugno 2017, il quale evidenzia «i passaggi argomentativi svolti dalla S.C. per proporre una diversa interpretazione della norma: – anzitutto, rileva la S.C. che, a differenza del privato cittadino, tutti i pubblici dipendenti sono tenuti *per legge* ad un vincolo di fedeltà e sono obbligati ad agire nell’interesse del corretto funzionamento e dell’imparzialità dell’amministrazione (art. 97 Cost., art. 1 l. 7 agosto 1990, n. 241); – all’interno dei predetti vincoli rientra anche quello di agire secondo determinati fini istituzionali. Il potere è, infatti, conferito ai pubblici ufficiali per il raggiungimento di obiettivi e finalità istituzionali. Cosicché gli stessi dovrebbero considerarsi fondamento e limite del potere dei pubblici ufficiali; – ne deriva che la finalità per cui un soggetto dotato di veste pubblica agisce, *a prescindere dalla violazione di specifiche disposizioni regolamentari*, non può mai essere considerata *irrelevante*. Il pubblico dipendente che accede o si mantiene in un sistema informatico per ragioni diverse da quelle di servizio viola, infatti, i limiti co-essenziali all’esercizio della sua funzione (cristallizzati in norme di legge) e la sua condotta non può non considerarsi travalicatrice dell’autorizzazione a lui concessa e, dunque, *abusiva* a mente dell’art. 615-ter c.p.».

<sup>(9)</sup> Le Sez. un. hanno espresso il seguente principio di diritto: «[i]ntegra il delitto previsto dall’art. 615-ter, comma 2, n. 1, c.p. la condotta del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio che, pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare di un servizio informatico o telematico protetto per delimitarne l’accesso, acceda o si mantenga nel sistema per ragioni ontologicamente estranee e comunque diverse rispetto a quelle per le quali, soltanto, la facoltà di accesso gli è attribuita».

possono definirsi certamente pregevoli, non mancano tuttavia di palesare talune perplessità che verranno poi esposte nel quarto paragrafo.

Invero, già a pagina 4 il giudice anticipa l'esito cui poi giungerà alla fine della sentenza: si specifica, infatti, che la nuova interpretazione estensiva della punibilità fornita da parte della giurisprudenza a Sezioni unite non potrà essere applicata a fatti anteriori in quanto, diversamente opinando, si verrebbero a violare i principi cardine di cui agli artt. 25, 27 Cost. e 7 CEDU. Tutto ciò – aggiunge il Tribunale – anche alla luce della necessità di assicurare il fondamentale diritto della persona alla prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie condotte, così come è stato affermato dalla Corte EDU nel caso *Contrada c. Italia* <sup>(10)</sup>. È noto, d'altronde, come per la giurisprudenza europea l'accessibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie debbano essere costantemente declinate sulla base di quanto disposto e cristallizzato tanto dal legislatore nell'ambito della disposizione incriminatrice, quanto anche dalla stessa giurisprudenza la quale ha il precipuo compito di precisare il significato e appunto la latitudine applicativa di una disposizione nel momento stesso in cui si accinge ad applicarla in relazione al caso concreto. Tutto ciò conduce alla creazione di quelli che vengono definiti (in ambiente anglosassone e sovranazionale) *precedents* <sup>(11)</sup> i quali devono essere necessaria-

<sup>(10)</sup> C. Edu, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ric. 66655/13. Per un commento v. *ex multis*: CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte Edu sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: prime osservazioni alla sentenza Contrada*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015; DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *ivi*, 12 giugno 2015; PULITANO, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *ivi*, 13 luglio 2015; PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1061 ss. il quale parla a proposito di una «legalità convenzionale, indubbiamente ispirata al potenziamento delle garanzie individuali»; PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont - Riv. trim.*, 13 gennaio 2016; MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1008, spec. p. 1019 ss.; GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: Prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Arch. pen.*, 30 agosto 2015; DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *questa rivista*, 2016, p. 12 ss.; DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 346 ss. Più recentemente, in relazione ai c.d. Fratelli minori di *Contrada* (Sez. un., 24 ottobre 2019, n. 8544, in *C.E.D. Cass.*, n. 278054, Pres. Carcano, rel. Boni, ric. Genco) si è giunti a conclusioni in parte sovrapponibili a quelle cui è giunto il Tribunale, valorizzando il profilo della c.d. "prevedibilità soggettiva". Sul punto cfr. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei "fratelli minori" di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, in *Sist. pen.*, 11 marzo 2020 che fa notare come numerosi siano stati i ricorsi che hanno cercato di avvalersi della sentenza *Contrada c. Italia* per ottenere la revoca in sede di incidente di esecuzione della propria condanna. Sul punto non si può non citare l'istanza di revoca della condanna dell'ex senatore Marcello Dell'Utri, rigettata dapprima dalla Corte d'appello di Palermo e poi anche dalla Suprema Corte (Sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193, in *Foro it.*, 2016, p. 697 con nota di Fiandaca). Lo stesso Dell'Utri ha, in seguito, tentato la via della "revisione europea" (Sez. V, 22 gennaio 2019, n. 27308, in *questa rivista*, 2020, p. 101). Si vedano inoltre: Sez. I, 10 aprile 2017, n. 53610; Sez. I, 12 gennaio 2018, n. 8661, cit.; Sez. I, 12 giugno 2018, n. 36505; Sez. I, 12 giugno 2018, n. 36509; Sez. I, 4 dicembre 2018, n. 37.

<sup>(11)</sup> In generale sul precedente v. i fondamentali lavori di CADOPPI, *Riflessioni sul valore del precedente nel diritto penale italiano*, in AA.VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di Cocco, Cedam, 2005, p. 123 ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 2014; CADOPPI, *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 11 ss.; TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, 2007; TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 37 ss. il quale assume una posizione altamente realistica in relazione alla nozione di "precedente vincolante", giacché ritiene di dover specificare che, anche negli ambienti di *common law*, più che di "vincolatività" del precedente (che è un concetto che non ammette graduazioni) occorrerebbe parlare di "persuasività del precedente", considerando tanto gli strumenti a disposizione dei giudici per discostarsi dai propri precedenti (si parla a proposito di «un ampio repertorio di strumenti dei quali può servirsi per discostarsi dal precedente»), quanto l'ormai pervasiva presenza degli *statutes* anche negli ambienti anglofoni; BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quad. fior.*, 2015, p. 67 ss., spec. p. 70 il quale specifica che il «precedente giudiziale è la decisione di un caso concreto da parte di un

mente considerati dai destinatari dei precetti <sup>(12)</sup> poiché oltre ad orientare la giurisprudenza (successiva) ad assumere determinate decisioni, concorrono anche a definire il fatto tipico. Ne consegue il diritto (che può in effetti leggersi anche quale “dovere”) dei consociati di conoscere e di fare affidamento non solo sulla legge, ma anche sull’interpretazione fornita da parte della giurisprudenza della stessa, senza che i medesimi corrano il rischio di essere «sorpresi *ex post* da un’interpretazione della norma non prevedibile e a proprio danno» <sup>(13)</sup>.

Una volta fatta questa premessa, il Tribunale si appresta ad affermare che il nuovo orientamento inaugurato dalle Sez. un. delle 2017 ha nella sostanza prodotto un’evoluzione *in malam*

giudice, invocata da un altro giudice come ragione per decidere un caso successivo al primo. Nel *common law* ciò avviene in base alla dottrina, nel senso di *doctrine* giudiziale [...], dello *stare decisis*. Questa non vige nel *civil law*: dove, per motivare una decisione giudiziale, non basta un precedente, e neppure un’intera giurisprudenza, poiché occorre almeno una legge»; MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018. Da ultimo, v. anche RECCIA, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle S.U.*, Giappichelli, 2020; SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell’era del diritto penale giurisprudenziale*, Giappichelli, 2022, spec. p. 113 ss., p. 215 ss. e *passim*. È noto, peraltro, come il concetto stesso di “precedente” assuma rilievo (in maniera più o meno esplicita) non solo negli ambienti anglosassoni (e quindi specialmente in Inghilterra e America), ma anche in diversi ordinamenti di *civil law*. Per un parallelismo tra *precedent* e c.d. casi-norma v. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 2018, p. 79 ss. il quale specifica che «[i]l caso-norma però non è mai un caso individuale e irripetibile, ma al suo sorgere è innovativo: è norma in quanto esprime la riconducibilità o la sussumibilità di quella condotta nel perimetro della disposizione interpretata, secondo criteri di ripetibilità [...] il precedente quando “nasce” e diventa regola per il futuro è un fatto-norma ripetibile, ma solo se è innovativo (non meramente confermativo di precedenti decisioni analoghe) acquista davvero lo statuto “normativo” di precedente» (così *Ibidem*, § 8). In generale sul precedente v. KOZEL, *Settled Versus Right: A Theory of Precedent*, Cambridge, 2017; per uno studio concentrato sull’America v. *Precedent in the United States Supreme Court*, a cura di Peters, Springer, 2013, e anche v. MAXEINER *Failures of American Methods of Lawmaking in Historical and Comparative Perspectives*; YALNAZOV, *Precedent and statute: lawmaking in the courts versus lawmaking in parliament*, Springer Gabler, 2018, 267 ss.; più recentemente per una differenza tra i sistemi di *common* e *civil law* v. *Common Law - Civil Law. The Great Divide?*, a cura di Bersier, Bezemek e Schauer, Springer, 2022. Per una panoramica più generale sul rilievo delle Corti costituzionali (in Germania, Italia, Spagna e Francia, Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Lettonia e Bulgaria), nonché sulle Corti EDU e GUE v. *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, a cura di Florczak e Wator, Routledge, 2020.

<sup>(12)</sup> Trib. Reggio Emilia, cit., p. 12.

<sup>(13)</sup> Trib. Reggio Emilia, cit., p. 12, che peraltro dopo aver citato il noto caso *Del Rio Prada c. Spagna* (C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 21 ottobre 2012, ric. 42750/09, con commento di MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30.10.2013), evidenzia come la giurisprudenza convenzionale abbia precisato che prevedibile debba essere non solo la generica illiceità della condotta, bensì la sua specifica rilevanza penale. Tutto ciò, anche alla luce di quanto previsto dalla C. Edu, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia* in cui si è enunciato il seguente principio di diritto «[a]rticle 7 (art. 7) embodies, inter alia, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy. From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision (art. 7) and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable». La sentenza *Del Rio Prada c. Spagna* ha avuto importanti riflessi anche a livello interno. Tramite tale sentenza (e non solo) è entrato, infatti, in crisi il principio secondo cui l’esecuzione della pena deve essere retta dal *tempus regit actum*. Sul punto, v. C. cost., 26 febbraio 2020, n. 32, Pres. Cartabia, Rel. Viganò, con cui si è ritenuta costituzionalmente illegittima, con riferimento alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell’ordine di carcerazione successivo alla sentenza di condanna, l’interpretazione secondo cui le modifiche peggiorative della disciplina sulle misure alternative alla detenzione possano essere applicate retroattivamente (principio che era stato applicato con riferimento alla l. 9 gennaio 2019, n. 3, c.d. Spazzacorrotti). Secondo la Corte, infatti, l’applicazione retroattiva di una disciplina che comporta una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale rispetto a quella prevista al momento del reato, sarebbe incompatibile con il principio di legalità delle pene, sancito dall’art. 25, comma 2, Cost. (così, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com)).

*partem* della fattispecie di reato che si esamina. Se, infatti, fino ad un recente passato (e in specie fino al 2017) non si attribuiva rilevanza *ex art. 615-ter c.p.* alle condotte di coloro che pur essendo autorizzati ad accedere ad un sistema informatico lo facevano per finalità “illecite”, ad oggi non è più così.

Tramite questa nuova interpretazione dell’*art. 615-ter c.p.*, la giurisprudenza avrebbe realizzato uno «strappo innovativo rispetto al passato»<sup>(14)</sup>; strappo che non può però, come tale, non incidere sulla sfera delle aspettative e dei diritti di consociati. Pur potendo infatti l’evoluzione interpretativa di una fattispecie disvelare sviluppi imprevedibili dal destinatario del precetto penale rispetto al tempo della creazione della disposizione, non si può al contempo pretendere di applicare retroattivamente l’orientamento giurisprudenziale che è intervenuto successivamente alla commissione dei fatti di reato ascritti.

Invero, nel caso sottoposto all’attenzione del Tribunale «è proprio il fatto che la questione fosse stata affrontata e chiarita antecedentemente dalle Sezioni unite – alla quale spetta il compito di assicurare l’uniforme applicazione della legge *ex art. 65 ord. giud.* – a rendere imprevedibile l’*overruling in malam partem* delineato dalla pronuncia Savarese»<sup>(15)</sup>. L’estensione della tipicità della disposizione di cui all’*art. 615-ter c.p.* deve essere pertanto «coordinata con i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte EDU e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988<sup>(16)</sup>, sussistendo tutti gli estremi per ritenere imprevedibile l’interpretazione dell’*art. 615-ter c.p.*, per come interpretata dalle Sezioni unite del 2017, con conseguente applicazione dello strumento ermeneutico del giudizio di inevitabilità dell’errore sul precetto *ex art. 5 c.p.*».

L’insieme di tali considerazioni conducono, in definitiva, il Tribunale ad assolvere l’imputata dalla contestazione di accesso abusivo informatico perché “il fatto non costituisce reato”.

#### 4. QUALCHE CONSIDERAZIONE CONCLUSIVA: DAL RIFERIMENTO AL CASO CONTRADA (...)

Come si è già evidenziato all’inizio del presente scritto, il percorso intrapreso dal giudice di prime cure è senz’altro lodevole poiché affronta la questione posta alla sua attenzione in un’ottica garantista e orientata ai principi, in specie quello di legalità e di colpevolezza (*artt. 25 e 27 Cost.*).

Più nello specifico degno di nota è sicuramente il *modo* in cui viene inteso, sul piano giuridico

<sup>(14)</sup> In questa maniera di fatto cita DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., § 8.

<sup>(15)</sup> Così, Trib. Reggio Emilia, cit., p. 11 in cui si aggiunge tra le altre cose che «tra la pronuncia del 2011 e quella del 2017 non sono intervenute modifiche normative dell’accesso abusivo al sistema informatico; ciò rileva poiché sovente le modifiche legislative di fattispecie sono state valorizzate dalla suprema Corte di cassazione per affermare, a contrario, che l’*overruling* era prevedibile». Invero, oltre a tale fenomeno si deve considerare anche quello opposto per cui l’intervento della giurisprudenza di per sé costituisce un preludio rispetto ai successivi interventi ad opera dello stesso legislatore. Lasciando a margine le richieste di intervento proferite da parte della Corte costituzionale nei riguardi del legislatore in relazione a diverse materie (ad es., volendo citare quella più recente, si può considerare il monito che si è rivolto in materia di suicidio assistito), si devono anche considerare le varie interpretazioni evolutive che si sono avute, nel corso del tempo, ad opera della stessa giurisprudenza di determinate fattispecie. Interpretazioni che hanno poi condotto il legislatore ad intervenire conformando “il precetto” all’interpretazione che dello stesso si è posta in essere. In questo senso si ricordi, a titolo meramente esemplificativo, quanto è accaduto in relazione ai reati di corruzione, disastro ambientale innominato *ex art. 434 c.p.* che è stato poi ripreso nell’ambito della riforma di cui alla l. 22 maggio 2015, n. 68, che ha introdotto l’*art. 452-quater c.p.* [per ulteriori e più recenti esempi v. nt. 19].

<sup>(16)</sup> Questa sentenza viene invero citata anche in seguito (p. 11) specificando che la stessa, muovendo dal principio di personalità della pena, valorizza la necessaria conoscibilità della norma quale presupposto della responsabilità penale e della correlativa esclusione del rimprovero in presenza di una ignoranza inevitabile sul contenuto della legge stessa.

sostanziale, il principio di legalità. Si evidenzia, infatti, correttamente come questo assuma a livello convenzionale-europeo (e invero, ormai, non solo) una *connotazione valoriale*, potendo lo stesso essere declinato secondo due prospettive, entrambe ad oggi perfettamente valide oltre che comunemente accettate tanto dalla giurisprudenza, quanto dalla comunità scientifica. Tutto ciò considerando, peraltro, la peculiarità secondo cui rispettivamente l'art. 7 CEDU e l'art. 49 Carta UE devono essere intesi in un'ottica che attribuisce importanza non solo (*recte*: non soltanto) al dato testuale, ma anche dalla lettura che di fatto (ci) deriva dal "loro" giudice (rispettivamente Corte EDU e Corte GUE) <sup>(17)</sup>.

Oltre a ciò si palesa, seppure in maniera implicita, un dato altrettanto importante e cioè che alla *connotazione valoriale della legalità* oramai concorrono non solo i giudici e, più in generale, i principi di matrice convenzionale e/o europea, ma anche (e sempre di più) la giurisprudenza interna <sup>(18)</sup>. Quest'ultima a fronte di ripetuti silenzi, reticenze e talvolta (si permetta di dire) anche totali disinteressamenti del legislatore, si vede, in effetti, sempre più "costretta" ad intervenire, qualche volta per far fronte alle inefficienze/insufficienze del complessivo sistema giuridico-penale (si pensi, ad esempio, a tutto il dibattito, dapprima dottrinale, poi giurisprudenziale e ora anche legislativo sul "fine-vita"); altre volte proprio per "colmare" (quantomeno si ritiene) specifici "vuoti di tutela" (così come è accaduto proprio nel caso che si esamina).

Se da un lato occorre, pertanto, considerare la legalità *stricto sensu* che segna il principio di matrice feuerbachiana del *nullum crimen, nulla poena sine legem* (per cui, di fatto, si chiede e demanda al legislatore il fondamentale compito di definire quelle che sono le condotte che pos-

<sup>(17)</sup> Con parole simili VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., p. 11 secondo cui inoltre «qualsiasi discorso sul principio di legalità in materia penale non possa, oggi, non tenere conto anche della dimensione europea di tale principio, che integra ed arricchisce quella nazionale fondata sull'art. 25, comma 2, della Costituzione [...] Il *nullum crimen sine lege* non può, allora, non leggersi sulla base del *combinato disposto* dell'art. 25, comma 2, Cost. con l'art. 7 CEDU».

<sup>(18)</sup> In questo senso, oltre che al ruolo sempre più da "protagonista" della Corte costituzionale, occorre considerare anche quello assunto dalle Sez. un. se si considerano le ultime riforme e in specie quella che ha interessato l'art. 618 c.p.p., con conseguente introduzione, tramite l'art. 1, comma 66, l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando) dei commi 1-bis e 1-ter. La *ratio* ispiratrice di tale riforma ricalca quella che si è avuta sia nel processo civile (d.lg. 2 febbraio 2006, n. 40 che ha modificato l'art. 374, comma 3, c.p.c.), che in quello amministrativo (d.lg. 2 luglio 2010, n. 104 che ha inciso sull'art. 99, comma 3, c.p.a.). La norma, ad avviso di parte della dottrina, pone comunque problemi di rigoroso adeguamento ai principi costituzionali e in particolare all'art. 101, comma 2, Cost., secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge. In generale sul tema, senza pretese di completezza, SPANGHER, *La Riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 5 ottobre 2016; NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 421 ss.; DE CARO, *Il ricorso per cassazione*, in *AA.Vv., La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di Scalfati, Giappichelli, 2017, p. 223 ss., spec. p. 245 ss.; DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni Unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 749 ss.; DIEDI, *I nuovi orizzonti della funzione nomofilattica delle sezioni unite della Corte di cassazione*, in *AA.Vv., La riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di Spangher, Pacini, 2018, p. 349 ss.; IASEVOLI, *La "metamorfosi" efficientista della Cassazione penale*, in *Arch. pen.*, 28 maggio 2018, p. 1 ss.; MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in *Arch. pen.*, 14 maggio 2018, p. 1 ss.; INSOLERA, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 733 ss.; CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 6 febbraio 2017 in cui parla a proposito di una «regola procedurale della nomofilachia»; e più recentemente: CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, cit., spec. p. 11. Inoltre, in un'ottica anche comparata (e invero ante-riforma) v. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia e ruolo "politico" delle corti di legittimità*, in *questa rivista*, 2017, p. 2596 ss. V. anche: RECCIA, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle S.U.*, cit., spec. p. 101 ss. Più generale, avendo anche riguardo alla C. cost. v. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della corte costituzionale*, cit., spec. p. 15.



sono assumere rilevanza in chiave penalistica); dall'altro, si deve tenere presente il fatto che *non solo* a livello convenzionale-europeo la *legalità* si orienta nel senso di considerare tanto "il dato scritto" (proferito, appunto, dalla legge), quanto anche ciò che (ci) deriva direttamente dagli stessi giudici che, ormai da tempo, rideterminano per sottrazione (e quindi *in bonam partem*), ma anche per addizione (e quindi *in malam partem*)<sup>(19)</sup> il perimetro applicativo di fattispecie o anche, addirittura, di interi istituti di parte generale<sup>(20)</sup>.

(19) Un esempio di intervento *in bonam* si è avuto in relazione alla sentenza Sez. un., 16 marzo 2021, n. 10381, in C.E.D. Cass., n. 280574 con cui le Sezioni unite hanno affermato il seguente principio di diritto: «l'art. 384, comma 1, c.p., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio* da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore». Viceversa, per quanto concerne gli interventi *in malam*, generalmente questi possono giustificarsi in ragione di due esigenze: la prima – quella cui si è già accennato – si concretizza nella necessità, appunto, di *aggiornare* la disposizione che non si dimostra essere più attuale rispetto a determinati presupposti e contesti applicativi (si pensi all'art. 600-ter c.p. che da reato di pericolo si è trasformato in reato di danno poiché si è ritenuto che il "pericolo di diffusione" fosse *in re ipsa*; così, Sez. un., 15 novembre 2018, n. 51815, in C.E.D. Cass., n. 274087). La seconda, invece, riguarda la possibilità (*recte*: esigenza) di *integrare il contenuto*, sul piano concreto, di "clausole generali" e/o di "fattispecie aperte" il cui significato richiede il necessario intervento da parte del giudice al fine di rendere "tassative" e "determinate" le formule legislative. Rientrano, invero, nell'ambito del primo fenomeno anche tutti i casi in cui sia intervenuta la stessa giurisprudenza "preannunciando un tipo" poi recepito da parte del legislatore. Si pensi, ad esempio, oltre che a quanto avvenuto in tema di corruzione e di disastro ambientale (per cui prima della riforma del 2015, era già intervenuta C. cost., 30 luglio 2008, n. 327), anche a quanto realizzato in relazione al reato di millantato credito confluito – quantomeno ad avviso di una parte della dottrina e giurisprudenza – nel reato di "traffico di influenze illecite"; oppure, al reato di caporalato, per cui il legislatore, recependo l'interpretazione operata da parte della stessa giurisprudenza, ha ricompreso tra i soggetti attivi, non solo il c.d. intermediario (art. 603-bis, comma 1, n. 1), ma anche il datore di lavoro (art. 603-bis, comma 1, n. 2); o, da ultimo, alle modifiche che si sono avute *ex art. 28-bis* (Misure sanzionatorie contro le frodi in materia di erogazioni pubbliche) del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, conv. con modifiche dalla l. 28 marzo 2022, n. 25, in relazione agli artt. 240-bis, 316-bis, 640-bis c.p. e di altre norme complementari (per un commento v. a queste ultime novità v. la relazione del 7 giugno 2022 dell'Ufficio del Massimario e del ruolo in cui si dice esplicitamente che «l'intervento normativo sembra tenere conto di alcuni *vulnus* di tutela posti in luce dalla più recente giurisprudenza di legittimità»). In riferimento, invece, al secondo tipo di intervento non si può non citare (nuovamente) la formula aperta di "altro disastro" prevista *ex art. 434 c.p.* quale clausola di chiusura; oppure, quella della c.d. "ingente quantità" prevista in materia di droga *ex art. 80, comma 2, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309* per la quale l'orientamento inagurato da Sez. un., 24 maggio 2012, n. 36258, in C.E.D. Cass., n. 253151 Biondi, è stato nella sostanza confermato anche recentemente da Sez. un., 30 gennaio 2020, n. 14722, *ivi*, n. 279005. Oltre a questi casi, si possono poi ricordare le ben note ipotesi di analogia *in malam* realizzate, ad esempio, in riferimento all'art. 437 c.p. (rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro) e nell'art. 674 c.p. (getto pericoloso di cose). In ipotesi del genere, volendo utilizzare le parole di DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., § 8 «le interpretazioni producono norme che danno il vero contenuto all'enunciato legislativo [...] la loro capacità creativa, piuttosto che soltanto innovativa, sconfinano nell'analogia vietata quando la disposizione dovrebbe essere riscritta per effetto dell'operazione ermeneutica eseguita». In generale, sull'impiego delle c.d. "clausole generali" cfr. CASTRONOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2012, anche in *Scritti Stile*, Esi, 2013, p. 477 ss. In chiave teorico-costituzionale, v. anche PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, BUP, 2013, p. 151 ss.

(20) Sul punto è, in effetti, necessario considerare come queste attività ermeneutiche riguardino non solo la parte speciale e quindi le singole fattispecie, ma anche istituti di parte generale. Si pensi, ad esempio, a tutta quella giurisprudenza che si è avuta fino agli anni 2000 in tema di causalità (in specie omissiva); o anche a quella che attualmente si ha in tema di posizione di garanzia, per cui nella realtà dei fatti sempre più spesso si assiste alla constatazione di "soggetti garanti" *ex post facto*; o infine, anche alle sentenze che si sono avute in tema di colpa, orientate al principio di precauzione con conseguente abbandono del concetto del "pericolo", a favore di quello di "rischio". Si deve inoltre sottolineare che a livello convenzionale-europeo le Corti sovranazionali (Corte EDU e CGUE) non hanno competenza diretta in materia penalistica. Specie in relazione alla CGUE gli interventi "additivi *in malam partem*" sono, infatti, nella sostanza "impediti" da una serie di strumenti e/o principi (es. controlimiti, principio dell'attribuzione, ecc.) i quali se da un lato impongono alla Corti di "limitarsi ad intervenire *in bonam*", dall'altro sono volti a garantire l'intangibilità dei

Si assiste, in tal modo, non solo ad una potenziale e fisiologica “concretizzazione”<sup>(21)</sup> della disposizione (che, in questa maniera, diviene norma<sup>(22)</sup>), ma altresì alla proliferazione di feno-

principi supremi e dei diritti fondamentali dell’ordinamento costituzionale dello Stato”. In questo senso, si pensi oltre che alla c.d. saga Taricco, anche alla recentissima sentenza della C. giust. UE, Grande Sezione, 8 maggio 2022, C-205/20, NE (con nota di VIGANÒ, *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*, in *Sist. pen.*, 26.04.2022). Lo stesso pare, invece, non possa dirsi in relazione alla “giurisprudenza” interna che è variamente intervenuta ampliando o restringendo le maglie di determinate “disposizioni”, andando anche al di là del “dato scritto” in aperto contrasto con la riserva di legge e principio di legalità. Si assiste, pertanto, ad una sorta di “garantismo ribaltato” (se non addirittura ad un “anti-garantismo”) poiché i principi di matrice costituzionale (spec. artt. 25 e 27 Cost.) che dovrebbero essere “garantiti e tutelati” in un’ottica preferenziale dai giudici interni-nazionali, ricevono poi nella sostanza una tutela “rafforzata” (solo) se ripresi ad opera delle Corti sovranazionali, in relazione alle quali interviene con un’opera di “filtro” (successivo) la Corte Costituzionale. A livello domestico, invece, il giudice – probabilmente anche per “colmare” l’intervento deficitario del legislatore – interviene ampliando e/o diminuendo le maglie del dato scritto a seconda delle “esigenze del caso concreto”; in questa maniera di fatto si “mina” non solo la riserva di legge (art. 25 Cost.), ma anche il principio di separazione di poteri (art. 101 Cost.). In generale, sui rapporti tra la legalità convenzionale e quella nazionale v. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazione a diritto convenzionale*, in *Studi M. Romano*, vol. IV, Jovene, 2011, p. 2197 ss., spec. p. 2214 ss.; INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *ivi*, p. 2351 ss., spec. p. 2355. Sulla legge “in senso materiale” di matrice convenzionale-europea, e sulle relative implicazioni in punto di diritto intertemporale VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giappichelli, 2012, *passim*, spec. p. 97 ss.

<sup>(21)</sup> Qui si pone la nota distinzione tra “diritto-fonte” e “diritto-concretizzazione”: vietato il primo (anche se da ultimo proliferano sempre più orientamenti non solo giurisprudenziali, ma anche dottrinali e legislativi che si esprimono nel senso di ritenere – seppur non esplicitamente, ma implicitamente – lecito avere un “diritto vivente” in grado di “scardinare” i cardini e presupposti applicativi della riserva di legge, nonché del principio di separazione di poteri); lecito, invece, il secondo. Sul punto non può non citarsi BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 4 *Interpretazione delle leggi*, a cura di D. Pisapia, Giuffrè, 1964, p. 17 ss.; per un commento v., *ex multis*, DONINI, *Letture di C. Beccaria, Dei delitti e delle pene* (1764), § 4: “*Interpretazione delle leggi*”, in *Dir. pen. XXI Secolo*, 2014, p. 245 ss.; DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Sist. pen.*, 20 dicembre 2019, spec. § 2. In generale, sulla teoria del “diritto vivente” e dal punto di vista penalistico cfr. BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *Studi M. Romano*, vol. I, Jovene, 2011, 55 ss.; G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, cit. Avendo riguardo ai rapporti tra diritto vivente e Corte costituzionale *ex multis* v. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, p. 29 ss., spec. p. 69; VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 19 gennaio 2021. Più in generale sull’attività di concretizzazione del giudice v. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2016; DONINI, *La politica dell’interpretazione. Una rilettura di Bricola*, in *Lo Stato. Riv. sc. cost. e teor. dir.*, 1/2022, spec. § 7. Si vedano, inoltre, *ex multis*, FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, p. 135 ss.; DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale: tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006, p. 248 ss., p. 296 in cui con sorprendente schiettezza afferma che «il nucleo di garanzia che va difeso ad oltranza perché irrinunciabile (non consiste più in una netta divisione di poteri, oltretutto da sempre imperfetta ed oggi quanto mai sfumata, ma) è solo l’obiettivo della conoscibilità»; PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 29 ss.; PALAZZO, *La legalità fra law in the books e law in action*, cit., in cui parla a proposito di «cedimento della legalità della legge [per cui] vi è stato uno spostamento d’accento verso la legalità effettuale, sulla quale si è concentrata l’attenzione delle Corti e della scienza penale»; VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19.12.2016; CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Studi in onore di M. Ronco*, Giappichelli, 2017, p. 33 ss. Più recentemente v. CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in *Sist. pen.*, 29 giugno 2022; BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell’analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *Sist. pen.*, 28 giugno 2022.

<sup>(22)</sup> Tale distinzione è stata teorizzata da CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, 1964, p. 195 ss. Di recente v. soprattutto DONINI, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, in DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, 2011, p. 63 ss., p. 115 ss.; VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VI, Giuffrè, 2013, p. 373 ss., nt. 275. In un’ottica parzialmente critica v. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme (a Costituzione)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, Giuffrè, IX, 2016, p. 391 ss., spec. p. 399 il quale afferma che «[a] voler condurre la distinzione fra disposizione e norma alla sua logica conseguenza, allora, si dovrebbe concludere che la norma non viene mai davvero

meni di matrice ermeneutico-giudiziaria che sono potenzialmente in grado di scardinare le basi del nostro sistema che è orientato al principio di “riserva di legge”<sup>(23)</sup>. Principio quest’ultimo che, in quanto tale, richiede il necessario vaglio (preventivo o successivo) da parte del legislatore che a sua volta ha il fondamentale compito di definire in positivo, ma anche (e probabilmente soprattutto) in negativo la c.d. “materia penale”<sup>(24)</sup>, alla luce appunto dei principi di legalità, tassatività, determinatezza e frammentarietà.

Seguendo quest’ultima prospettiva, in effetti, ciò che viene (volutamente) lasciato al di fuori dallo spettro applicativo giuridico-penalistico non dovrebbe (*recte*: non deve) essere “recuperato” da parte dell’interprete *ex post facto*, in virtù di esigenze general-preventive, politico-criminali o anche di (talvolta presunte) interpretazioni storico-evolutive di concetti (che si ritengono) non più attuali e che, quindi, mal si attagliano a situazioni o contesti, richiedendo “aggiornamenti” (non solo *in bonam*, ma anche potenzialmente) *in malam partem*. Si corre, altrimenti, il rischio di violare il principio non solo (*recte*: non tanto) di prevedibilità di impronta soggettiva (spec. artt. 27 Cost., 5 c.p., *post* C. cost. n. 364/1988), quanto (e soprattutto) di legalità,

ad esistenza, perché si comporta come un’entità metafisica, oggetto di intuizione pura, ovvero perché resta ineffabile, nel senso che parrebbero darsi solo enunciati “sulla” e non “della” norma. In definitiva: quando si dice che l’interprete “crea” la norma si opera una riduzione semplificatrice, perché l’interprete crea (vedremo poi in che senso) solo un nuovo enunciato bisognoso a sua volta d’interpretazione. E si tratta di capire se questo enunciato “sia” davvero la norma (ovvero possa essere così denominato). La distinzione tra “disposizione” e “norma” è stata, d’altronde, recepita anche dalla Corte costituzionale (C. cost. nn. 348 e 349 del 2007), nonché dalle Sezioni unite penali (Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in *C.E.D. Cass.*, n. 246651), dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (C. EDU, *Grand Chamber*, 17 settembre 2009, Scoppola v. Italy, §§ 91-118). Sul come tale distinzione sia stata “interiorizzata” da parte della C. cost. v. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della corte costituzionale*, cit.

<sup>(23)</sup> Sulla distinzione tra principio di legalità e riserva di legge v. *ex plurimis* ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, cit., spec. p. 30 e le citazioni ivi riportate.

<sup>(24)</sup> Sul concetto di “materia penale” v., *ex multis*, *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di Donini e Foffani, Giappichelli, 2018 e, in particolare, ROMANO, *Parole introduttive*, in *ivi*, p. 1 ss., spec. p. 4 secondo cui: «[t]ra le varie ricadute dell’affermazione della *matière pénale* e del *fil rouge* del concetto di pena della Corte EDU ve ne è una che merita di essere posta in risalto: l’estensione delle garanzie penalistiche al c.d. penale-amministrativo. Non solo la colpevolezza, con l’idea cara alla Corte dell’accessibilità e della più volte dettagliata prevedibilità della regola di condotta e della sua concreta interpretazione, ma anche l’irretroattività, già sancite dal nostro sistema, acquisiscono un rilievo maggiore, ma la stessa retroattività favorevole dovrebbe divenire appannaggio di entrambe le forme del punire». Si tratta, in effetti, di considerazioni che hanno trovato riscontro se si considerano gli ultimi interventi che si sono avuti ad opera della Corte costituzionale che ha nei fatti “esteso” talune garanzie tipiche penalistiche anche all’ambiente amministrativo, considerando la “portata” (*recte*: gravità) di alcune sanzioni. Sul punto, v. ad es. C. cost., 25 novembre 2018, n. 223, Pres. Lattanzi, Red. Viganò con cui la C. cost., riformando una sua precedente sentenza del 2017, n. 68 sull’applicazione retroattiva della confisca per equivalente *ex art. 187-sexies* t.u.i.f., ha ridisegnato i limiti entro i quali può considerarsi costituzionalmente legittima l’applicazione retroattiva di sanzioni amministrative sostanzialmente penali (alla luce dei noti criteri Engel) introdotte, in luogo di sanzioni penali, per effetto di interventi di depenalizzazione; C. cost., 21 marzo 2019, n. 63, Pres. Lattanzi, Rel. Viganò in tema di retroattività favorevole e sanzioni amministrative sostanzialmente penali. In un’ottica più ampia (non soltanto attinente ai profili della retroattività-prevedibilità delle decisioni) v. anche C. cost., 17 aprile 2019, n. 88, Pres. Lattanzi, Rel. Amoroso in riferimento all’obbligo di “revoca”, anziché di “sospensione” della patente. In generale, sui rapporti tra il diritto vivente, legislatore e il giudice delle leggi, *ex multis*, v. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, cit.; PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *ivi*, p. 50 ss. il quale chiarisce che «la prepotente legalità costituzionale, [...] ha profondamente alterato gli equilibri di potere istituzionale su cui si fondava il *nullum crimen poena sine lege*»; LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a”, in www.federalismi*, 2 s.; BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vivente e diritto vivente*, cit., spec. p. 66 la quale chiarisce che «[n]ella dimensione del diritto vivente la Corte in un confronto diretto con il legislatore finisce così con la svolgere una funzione politico-normativa, che però mette a rischio il principio di riserva di legge penale. [...] Ne derivano sentenze a forte impatto legislativo, sentenze c.d. normative».

eventualmente anche *sub specie di irretroattività sfavorevole* che vige e governa la materia penalistica (ex artt. 25 Cost., 2 c.p.).

Le “cose” però, si è visto, che non stanno esattamente così.

D'altronde, come fatto notare da autorevole dottrina, «[l']approccio ermeneutico è una cosa seria»<sup>(25)</sup>. Gli interventi che, in quest'ultimo senso, si sono avuti a livello sia interno, che convenzionale-europeo e che hanno poi avuto dei riflessi a livello domestico sono, invero, molteplici. Volendoci soffermare su quelli della Corte di Strasburgo – considerando che la sentenza che si esamina richiama gli argomenti adottati in relazione al noto caso *Conrada* – questi hanno inciso e si sono concretizzati a livello nazionale, producendo diversi tipi di effetti. La Corte EDU se da un lato è, infatti, intervenuta determinando delle ripercussioni sulla “concreta” afflittività della sanzione penale, interagendo con aspetti attinenti anche alla esecuzione della pena<sup>(26)</sup>; dall'altro, ha (più frequentamene) “ridotto” e (solo) talvolta “ampliato” il perimetro del penalmente rilevante<sup>(27)</sup>. In relazione a quest'ultimo tipo di intervento il senso

<sup>(25)</sup> PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., § 2.

<sup>(26)</sup> In relazione al primo tipo di intervento, si può certamente considerare la sentenza *Del Rio Prada c. Spagna* del 2013 (peraltro citata nell'ambito della sentenza del Tribunale che si esamina). Oltre a tale fondamentale sentenza si può anche considerare il caso C. edu, Grande Camera, 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, in cui lo Stato resistente aveva modificato *ex post facto* le norme sull'esecuzione della pena dell'ergastolo; pena che era stata in questa maniera, di fatto, *trasformata* da pena potenzialmente *temporanea* (prevedendosi la possibilità di una liberazione condizionale dopo vent'anni di esecuzione della pena) a pena *perpetua*, salvi casi eccezionali rimessi alla discrezionalità del potere politico. Tutto ciò configurava, secondo la Corte, una violazione dell'art. 7 CEDU: «[a]n individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty will be imposed for the act committed and/or omission». Sul punto v. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., § 3.5. Nella medesima direzione, possiamo anche ricordare la recente sentenza del caso *Viola c. Italia* (C. edu, Sez. I, *Marcello Viola c. Italia* (n. 2), Ric. n. 77633/16, 13 giugno 2019) in cui la Corte Edu ha specificato che il fatto di vietare al condannato di poter usufruire di taluni benefici adducendo la mancata collaborazione con la giustizia, significa infliggergli una pena inumana in aperto contrasto tanto con l'art. 3 CEDU, quanto con anche la funzione rieducativa della pena stessa (art. 27 Cost.). La decisione *de qua* è stata assunta da parte di una sezione semplice, in presenza di una *dissenting opinion* da parte di un giudice della Corte. Tali indici hanno condotto ad una richiesta di remissione nei riguardi della Grande Camera della questione; richiesta che è stata tuttavia negata da parte della Corte EDU.

<sup>(27)</sup> Invero, (tentativi di) interventi additivi *in malam partem* sono stati per lo più realizzati da parte della Corte di Lussemburgo in relazione a materie di competenza esclusiva dell'UE. In questo senso, non si può ovviamente non citare nuovamente la saga *Taricco* che ha visto l'instaurazione di un vero e proprio dialogo tra Corte Costituzionale e la CGUE (cfr. C. cost., 10 aprile 2018, n. 115, Pres. e Red. Lattanzi). Per un commento a questa sentenza *ex multis v.*: CUPELLI, *La corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2018; DONINI, *Lettura critica di corte costituzionale n. 115/2018*, in *Ibidem*, 11 luglio 2018. In generale, sulla vicenda (anche in questo caso senza pretese di completezza): MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*. Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017, in *Ibidem*, 13 febbraio 2017; VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della corte costituzionale sul caso taricco*, in *Ibidem*, 27 marzo 2017; LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Ibidem*, 22 dicembre 2017; DONINI, *Le sentenze taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni "punitive" della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in *Ibidem*, 3 aprile 2018; BIN, *Taricco tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Ibidem*, 5 aprile 2018. Quanto alla Corte Edu, si può ricordare l'intervento che si è avuto in materia di confisca urbanistica (C. Edu, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia) in cui in relazione alla questione se sia possibile disporre la confisca in assenza di un provvedimento formale di condanna ha affermato che «the Court reiterates its case-law to the effect that it may be necessary to look beyond the appearances and the language used and concentrate on the realities of the situation. The Court is thus entitled to look behind the operative part of a judgment and take account of its substance, the reasoning being an integral part of the decision».

era, invero, quello di estendere talune delle garanzie generalmente previste in ambito penale, in relazione alle c.d. “sanzioni sostanzialmente penali”<sup>(28)</sup> e non solo<sup>(29)</sup>.

In tale quadro si inserisce anche il caso Contrada tramite il quale la Corte Edu, pur non avendo in concreto determinato una espansione e/o riduzione del perimetro del penalmente rilevante, ha rimodulato nel tempo gli effetti di quanto era stato affermato a livello interno in materia di “concorso esterno in associazione mafiosa”, ancorando i *dicta* enunciati dalla giurisprudenza nazionale al principio di *legalità* e, in specie, a quello di *prevedibilità* nel suo *formante giurisprudenziale* (artt. 25 Cost. e 7 CEDU).

La vicenda è tristemente nota. Volendo tentare una semplificazione: il signor Contrada – ex dirigente della Criminalpol, ex capo della Squadra mobile di Palermo, ex capo del Gabinetto dell’Alto Commissariato per la lotta contro la mafia, nonché ex direttore aggiunto dei servizi civili (SISDE) – dopo aver subito la condanna per concorso esterno in associazione mafiosa, ha fatto ricorso alla Corte di Strasburgo, ritenendo violato l’art. 7 Cedu, sotto la forma dei principi di legalità e di prevedibilità. Al tempo della commissione dei fatti incriminati non vi era, infatti, ad avviso del ricorrente, una giurisprudenza univoca circa la possibilità di configurare il reato poi, di fatto, addebitatogli. Tali doglianze sono state poi accolte dalla Corte Edu la quale reputando post-datato, rispetto ai fatti commessi da parte del sig. Contrada, il consolidamento a Sezioni unite del nuovo orientamento inaugurato dall’interprete (nel 1994 Sez. un. Demitry, nel 2002 Sez. un. Carnevale e nel 2005 Sez. un. Mannino) in materia di concorso esterno, ha ritenuto violati i principi di legalità e prevedibilità nel loro formante giurisprudenziale<sup>(30)</sup>. Nella prospettiva adottata dalla Corte, il sig. Contrada non avrebbe potuto prevedere, con ragionevole certezza, che il suo comportamento stesse integrando gli estremi del reato di concorso esterno in un’associazione mafiosa: la regola enunciata a livello giurisprudenziale

<sup>(28)</sup> V. spec. C. Edu, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int); C. edu, *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1985, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 894, con nota di PALIERO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione classica e una svolta radicale. V. anche C. edu, *Sud Fondi srl e altri c. Italia*, 20 gennaio 2009; Corte Edu, *A e B c.o. Norvegia*, 15 novembre 2016.

<sup>(29)</sup> Sul punto v. C. edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia* (con commento di F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 3 marzo 2017) che si è avuta in materia di misure di prevenzione. Questa ha costituito uno dei presupposti che, nel complesso, hanno condotto la Corte costituzionale a dichiarare l’illegittimità costituzionale di taluni articoli previsti nell’ambito del codice antimafia (v. rispettivamente C. cost., 24 gennaio 2019, n. 24, Pres. Lattanzi, Rel. Viganò; C. cost., 24 gennaio 2019, n. 25, Pres. Lattanzi, Rel. Amoroso).

<sup>(30)</sup> Si riportano i punti salienti della pronuncia europea in commento «[I]a Corte ritiene che la questione che si pone nella presente causa sia quella di stabilire se, all’epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisce chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Si deve dunque esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l’aiuto dell’interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale [...]. La Corte fa notare che non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale. Ora, come ha giustamente ricordato il tribunale di Palermo nella sua sentenza del 5 aprile 1996 (si veda il § 7 *supra*), l’esistenza di questo reato è stata oggetto di approcci giurisprudenziali divergenti. [...] Tuttavia, è solo nella sentenza Demitry, pronunciata dalle Sezioni unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994, che quest’ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l’esistenza del reato in questione e, nell’intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l’esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell’ordinamento giuridico interno [...] Perciò, all’epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest’ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie *la pena in cui incorreva* per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti».

non era, infatti, al tempo della commissione dei fatti (fine degli anni Settanta e inizi anni Ottanta) sufficientemente determinata e precisa; applicarla anche ai fatti pregressi avrebbe, dunque, condotto ad un'applicazione retroattiva sfavorevole di un overruling peggiorativo e imprevedibile. Queste sono state le conclusioni cui, nella sostanza, è giunta la Corte Edu; conclusioni da cui si evince – secondo autorevole dottrina – una «vera “messa in mora” del sistema giuridico italiano rispetto all'irresponsabilità dell'interprete in materia penale»<sup>(31)</sup>.

È noto, poi, come una volta enunciata la sentenza in questione si sia fin da subito posto il problema concernente la sua *modalità di recepimento* a livello interno. Più nello specifico ci si è chiesti se tale sentenza potesse avere o meno efficacia “diretta ed immediata” anche in relazione ai c.d. “Fratelli minori di Contrada”<sup>(32)</sup>. Le strade percorribili erano sostanzialmente due<sup>(33)</sup>: da un lato si poteva intraprendere la via della c.d. “revisione europea” (ex art. 630 c.p.p.); dall'altro, quella dell'incidente d'esecuzione (ex artt. 666 e 670 c.p.p.)<sup>(34)</sup>. La via pre-

---

<sup>(31)</sup> DONINI, *Il caso contrada e la corte edu. La responsabilità dello stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., § 1; v. anche DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit. Così anche MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, cit., § 3.1. Invero, oltre alla sentenza Contrada, degna di nota, sempre nell'ottica della prevedibilità è la sentenza della C. edu, Sez. II, 31 dicembre 2019, *Parmak e Bakir c. Turchia*, ricc. 22429/07 e 25195/07 (con nota di MAZZACUVA, *La Corte europea ritorna sul principio di “prevedibilità” del diritto penale tra irretroattività, retroattività della lex mitior e prééminence du droit*, in *Sist. pen.*, 19 febbraio 2020). Sui temi della prevedibilità e accessibilità del diritto v. oltre agli importanti lavori di CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit.; VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziaria in materia penale*, cit., anche i più recenti di SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità*, cit., spec. p. 97 ss.; MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Editoriale scientifica, 2020; SCEVI, *La prevedibilità della norma penale tra legislativo e iurisdittorio*, Giappichelli, 2022; GALANTE, *Legalità e mutamenti giurisprudenziali nel diritto penale*, Firenze Univ. Press, 2021.

<sup>(32)</sup> È opportuno premettere che nel sistema convenzionale l'espansione degli effetti di una decisione della Corte EDU ad altri casi non oggetto di specifica disamina rinviene una base normativa nell'art. 61 del *Regolamento CEDU* in base al quale – così come specificato nell'ambito dalle Sez. un., 24 ottobre 2019, n. 8544, in *C.E.D. Cass.*, n. 278054 – ove venga rilevata una violazione strutturale dell'ordinamento statale, che costituisce causa della proposizione di una pluralità di ricorsi di identico contenuto, è possibile adottare una sentenza “pilota”, che indichi allo Stato convenuto la natura della questione sistemica riscontrata e le misure riparatorie da adottare a livello generalizzato per conformarsi al *decisum* della sentenza stessa. Più nello specifico l'art. 61 prevede «[I]a Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all'origine di un ricorso presentato innanzi ad essa rivelano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un'altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi». Oltre a tale strumento, è oggetto di formale riconoscimento normativo anche il diverso caso in cui la pronuncia della Corte sovranazionale assuma rilievo e portata generali in quanto – sebbene priva dei caratteri propri della sentenza pilota e non emessa all'esito della relativa formalizzata procedura – accerti comunque una violazione di norme convenzionali in tema di diritti della persona suscettibile di ripetersi con analoghi effetti pregiudizievoli nei riguardi di una pluralità di soggetti che pur essendo diversi dal ricorrente si trovino nella medesima condizione.

<sup>(33)</sup> Invero, possono più correttamente definirsi tre. Un primo orientamento (che in sostanza riproduce quanto si è affermato dalla Sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193, *Dell'Utri*) sembrava aver aperto la strada a un possibile utilizzo dello strumento della “revisione europea” (art. 630 c.p.p.). Un altro orientamento, riconducibile alla sentenza della Sez. I, 12 gennaio 2018, n. 8661, *Esti*, in *C.E.D. Cass.*, n. 272797 (cui hanno fatto seguito: Sez. I, 12 giugno 2018, n. 36505; Sez. I, 12 giugno 2018, n. 36509, in *C.E.D. Cass.*, n. 273615; Sez. I, 19 febbraio 2019, n. 15574; Sez. I, 27 febbraio 2019, n. 13856) negava, invece, a priori la possibilità di estendere *erga alios* la sentenza Contrada. Un'ultima tesi (che di fatto riproponeva quanto affermato nell'ambito della Sez. I, 20 settembre 2017, n. 43112, in *C.E.D. Cass.*, n. 273906) riteneva, infine, di poter utilizzare lo strumento dell'incidente di esecuzione.

<sup>(34)</sup> Per quanto concerne l'art. 630 c.p. si tratta di un rimedio peculiare previsto, a dire il vero, solo a livello penalistico e non anche nell'ambito del diritto civile o amministrativo. Più in particolare, è noto come, rispetto a tale articolo, sia intervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza del 2011 n. 113 dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, para. 1, della CEDU, per conformarsi a una sentenza

scelta dalla giurisprudenza a Sez. un. è agilmente racchiudibile nella formula secondo cui Bruno Contrada è “figlio unico” <sup>(35)</sup>: ad avviso della Suprema i principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, *Contrada contro Italia*, non erano infatti estendibili «nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso» <sup>(36)</sup>.

In un simile contesto, senza entrare troppo nel merito della vicenda – che invero esulerebbe dalla presente nota – si ritiene di dover unicamente evidenziare che probabilmente le conclusioni cui sono giunte le Sezioni unite in parte “cozzino” con quanto proferito dalla medesima Corte Edu. È stata, infatti, proprio la Corte di Strasburgo a riconoscere – *expressis verbis* – che «*qu’il n’est pas contesté entre les parties que le concours externe en association de type mafieux constitue une infraction d’origine jurisprudentielle*» <sup>(37)</sup>. Da ciò si comprende come la stessa abbia, nella sostanza, inteso il reato di concorso esterno in associazione mafiosa come una “fattispecie nuova” (di parte speciale?) di matrice giurisprudenziale <sup>(38)</sup>. Nel caso *de quo*, quindi, la prevedibilità c’entra (*recte*: potrebbe c’entrare), ma non costituisce il fulcro della questione posta all’attenzione della Suprema Corte, poiché, nella realtà dei fatti, la Corte Edu ha sancito, seppur implicitamente, l’esistenza di un «illecito giurisprudenziale: un illecito di applicazione retroattiva di un tipo formatosi solo dopo i fatti» <sup>(39)</sup> di cui si doveva necessariamente prendere atto.

definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo. Ciò nondimeno, è opportuno chiarire come la revisione costituisca un rimedio utile nella misura in cui si renda necessaria la riapertura del processo con relativa riattivazione di tutte le garanzie processuali ad esso connesse (diritto di difesa, giusto processo, valida riassunzione di materiale probatorio, ecc.). In altre parole, al fine di esperire il rimedio *de quo* si richiede una sostanziale violazione dell’art. 6 CEDU (cd. *error in procedendo*). Nel caso *Contrada* è stato sufficiente intervenire tramite il rimedio dell’incidente di esecuzione, con conseguente caducazione e improduttività degli effetti della sentenza passata in giudicato, sulla base di un preteso *error in iudicando*. La Corte (Sez. I, 20 settembre 2017 n. 43112, cit.) ha, infatti, affermato che «nel caso di specie, il rimedio esperibile deve essere individuato [...] nell’incidente di esecuzione. [...] nel caso di violazioni delle norme convenzionali afferenti al diritto penale sostanziale, specificamente riconducibili all’art. 7, viene censurata la piattaforma legale sulla base della quale interviene una sentenza di condanna, ritenuta generica, imprecisa ovvero indeterminata nelle sue connotazioni di conoscibilità e prevedibilità». Peraltro, occorre considerare come proprio in relazione a quest’ultimo articolo sia intervenuta la C. cost. con la sent. n. 230/2012, respingendo la questione di legittimità costituzionale, sollevata anche con riferimento all’art. 117 Cost., dell’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». I rimedi esperibili si è visto però, come mutino se si ha riguardo ad un giudicato di condanna diverso da quello sottoposto allo specifico vaglio della Corte di Strasburgo.

<sup>(35)</sup> BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei “fratelli minori” di Bruno Contrada*, cit.

<sup>(36)</sup> Sez. un., 24 ottobre 2019, n. 8544, cit., p. 31.

<sup>(37)</sup> C. edu, 14 aprile 2015, caso *Contrada c. Italia*, cit., § 66.

<sup>(38)</sup> In questo senso, come fatto notare da DONINI, *Il caso contrada e la corte edu. La responsabilità dello stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., «[l]a Corte europea non ha valutato [solo] la specifica prevedibilità individuale-soggettiva del ricorrente come parametro, ma una prevedibilità obiettiva e generale del titolo di reato ascritto, essendo detta fattispecie non ancora sorta come “tipo” di reato, almeno fino alla sentenza Sez. un. Demitry del 1994, e in realtà diversamente ricostruita dalle successive Sez. un. Carnevale (2002) e Mannino (2005)».

<sup>(39)</sup> *Ibidem*. Si pone sul punto la distinzione tra i vari tipi di “illeciti interpretativi”. Questi ultimi possono essere, invero, di due tipi: a) *quello originario (illecito per essenza)*, di tipo analogico-creativo o comunque vietato; b) *quello derivato, per vizio di applicazione temporale (illecito per applicazione retroattiva)*. In relazione ad ambedue le ipotesi, occorre porsi al confronto non solo (*recte*: non tanto) con il profilo soggettivo della prevedibilità rilevante ex artt. 27 Cost.

Ciò nondimeno, la Suprema Corte ha sostenuto l'impossibilità di estendere i principi previsti dalla sentenza della Corte EDU nel caso *Conrada c. Italia* nei riguardi di coloro che, pur essendo estranei a quel giudizio, si sono comunque trovati nella medesima posizione quanto alla "prevedibilità" della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso. Ciò in quanto non si è reputato che la sentenza *Conrada* potesse definirsi una "sentenza pilota", e né tantomeno che potesse considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata (almeno sulla base dei principi conati dalla sent. n. 49 del 2015 della C. cost.) <sup>(40)</sup>, non contenendo, inoltre, alcun espresso riconoscimento di una violazione di carattere strutturale o sistematico <sup>(41)</sup>. Declinerebbe, al contrario, «il giudizio di violazione dell'art. 7 Cedu in termini strettamente individuali [...] non [essendo] corredata da alcuna indicazione quanto ai rimedi adottabili» <sup>(42)</sup>.

Non si è ritenuta, peraltro, nemmeno condivisibile l'affermazione secondo cui il concorso esterno in associazione mafiosa sarebbe "un reato di origine giurisprudenziale": nell'affermare ciò, la Corte europea avrebbe infatti – sempre ad avviso della Corte – ommesso di considerare tanto la base legislativa su cui si fonda tale incriminazione, quanto il fatto che il contrasto interpretativo non riguardava un'alternativa decisoria tra incriminazione a titolo di concorso esterno e assoluzione, bensì solo tra concorso esterno e partecipazione nell'associazione di stampo mafioso. Non potevano, perciò, «residuare dubbi o insuperabili incertezze sul carattere illecito della condotta e sulla sua rilevanza penale, sicché l'unico esito non prevedibile in quel contesto interpretativo della fattispecie era l'assoluzione, senza riflessi pregiudizievolei nemmeno sotto il profilo sanzionatorio, stante l'invariata punizione della partecipazione del concorrente necessario

e 5 c.p., bensì con quello maggiormente attento e volto a verificare (l'eventuale espansione del) il "tipo" con conseguente applicazione degli artt. 25 Cost., 2 c.p., 7 CEDU. Così, DONINI, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., spec. § 14.

<sup>(40)</sup> Sez. un., 24 dicembre 2019, n. 8544, cit., p. 20 specifica in particolare che «[a] ben vedere però il giudizio espresso nella sentenza *Conrada* si sviluppa, sia sul piano oggettivo, allorché rileva la carenza di sufficiente chiarezza del reato, sia al contempo su quello soggettivo per la ritenuta imprevedibilità dell'incriminazione delle condotte compiute e della loro punizione da parte dell'imputato alla stregua dell'andamento del processo di cognizione, delle difese articolate e dei contenuti motivazionali delle decisioni susseguitesì». Quanto, invece, alla sentenza della C. cost. n. 49 del 2015 si può ricordare questo fondamentale passaggio «[n]on sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. [...] vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano».

<sup>(41)</sup> Sul punto è fondamentale il seguente passaggio della sentenza (Sez. un., 24 ottobre 2019, n. 8544, cit., p. 29): «[a] convincere che nel sistema giuridico italiano non è possibile riscontrare una carenza strutturale, universalmente rintracciabile in tutti i giudicati di condanna per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti antecedenti il 1994 [...] è anche la considerazione che all'epoca l'unico profilo di incertezza in presenza di definizioni giuridiche del fatto di reato non uniformi, ma nessuna comportante l'esenzione da responsabilità e nemmeno variazioni di pena, era confinato a quale di esse avrebbe potuto essere recepita in sede giudiziaria, dubbio che però non eliminava la colpevolezza, perché evitabile attraverso consulenze giuridiche e la considerazione dell'evoluzione della riflessione giurisprudenziale sul tema e tale da imporre di astenersi dai comportamenti poi incriminati».

<sup>(42)</sup> BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei "fratelli minori" di Bruno Conrada*, cit., § 5.



e dell'apporto del concorrente eventuale»<sup>(43)</sup>. L'intervento delle Sezioni unite *Demiry* nel 1994 non aveva dunque determinato un *overruling* peggiorativo *in malam partem*, ma semplicemente una stabilizzazione delle possibili soluzioni esegetiche esistenti ai tempi.

Si tratta, invero, di conclusioni che – come già accennato – risultano essere solo in parte condivisibili in quanto oltre che non considerare quanto espressamente proferito da parte della stessa Corte Edu (nella parte in cui ha in effetti riconosciuto “la creazione” di una nuova fattispecie di matrice giurisprudenziale), si orientano nel senso di assegnare rilevanza unicamente al piano soggettivo della prevedibilità dell'orientamento giurisprudenziale e in specie all'art. 5 c.p., il cui impiego spesso (anche se non sempre) si dimostra però, essere “inadeguato” o comunque “insufficiente”<sup>(44)</sup>. Chiariamo.

#### 4.1. (...) Alla c.d. “tipicità sopravvenuta” di matrice giurisprudenziale

Giunti a questo punto, pare in effetti opportuno chiedersi se tramite l'operazione realizzata da parte della giurisprudenza in merito al caso *Contrada* si sia, di fatto, segnato uno “strappo innovativo” rispetto al passato con conseguente espansione della fattispecie – non di parte generale *ex art. 110 c.p.*, bensì – di parte speciale *ex art. 416-bis c.p.*; oppure, se si sia trattato di una fisiologica opera di interpretazione-concretizzazione, per cui si sarebbe semplicemente enfatizzato il *contenuto valoriale minimo* dell'art. 110 c.p. combinandolo con una disposizione di parte speciale<sup>(45)</sup>.

Invero, da uno sguardo più attento sia alla fattispecie che alla vicenda si comprende che ciò

<sup>(43)</sup> Cfr. p. 26 della sentenza in commento (Sez. un., 24 ottobre 2019, n. 8544, cit.).

<sup>(44)</sup> Si ritiene utile questa specificazione, giacché si rende in ogni caso necessario analizzare il singolo caso posto all'attenzione dell'interprete e quindi accertare se tramite lo stesso si realizza un vero e proprio “strappo” rispetto al passato, oppure se si rimane nell'ambito della fisiologica tecnica interpretativa della fattispecie che in questo modo di fatto diventa norma. Sul punto, esaustive le parole di DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit. secondo cui «[n]el caso qui ipotizzato si è commesso un fatto che oggettivamente non era chiaro se fosse reato oppure no. O meglio: un fatto che non era possibile oggettivamente qualificare come reato in modo affidabile per carenza di informazione cognitiva da parte del sistema sulle stesse condotte punibili. Il concorso esterno esisteva come tipologia di condotta, ma i suoi contorni non erano definiti e la sua stessa legittimità era da anni ancora *sub iudice*. [...] Non è una situazione eccezionale, esterna al sistema e riconducibile al singolo, che renda per lui inesigibile l'osservanza o la conoscenza di una legge scontata. Non è una situazione personale. Le “*vere scusanti*”, infatti, attengono a situazioni personali, codificate (per es. vizio di mente, costringimento psichico, erronea supposizione di una scriminante, ignoranza personalmente inevitabile della legge) o riconducibili a principi (per es. misura soggettiva della colpa, inesigibilità situazionale dell'osservanza di una regola adatta a un modello di agente o a una posizione di garanzia), che introducono regole di giudizio per chi ha violato una regola di condotta: ma qui manca una statuizione della stessa regola di condotta [...]. Sotto questo profilo, la sentenza della Corte Edu nel caso *Contrada* riguarda a nostro avviso una ricognizione della tassatività e della tipicità dell'istituto, non la semplice prevedibilità delle conseguenze di una condotta [...] quando un nuovo istituto “di costruzione giurisprudenziale” è in corso di formazione. In tal caso, quell'incertezza permanente produce automaticamente un difetto di tipicità».

<sup>(45)</sup> L'art. 110 c.p. si caratterizza, infatti, per essere una disposizione dal *contenuto valoriale minimo*, dovendo necessariamente combinarsi con un'altra fattispecie di parte speciale al fine di rendere esauriente la disciplina del concorso. La tecnica d'incriminazione che, in questi casi, si utilizza è di fatto sovrapponibile a quella che si ha in tema di tentativo. In ambedue i casi, infatti, è necessario combinare l'articolo di parte generale (art. 110 o art. 56 c.p.) con un altro “X” di parte speciale. In generale, è noto poi come l'art. 110 c.p. rappresenti la prima disposizione che si ha in materia di concorso di persone in relazione alla quale attualmente il legislatore prevede una disciplina che, ad avviso di una parte della dottrina, sarebbe di dubbia legittimità costituzionale. Così, MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2016 il quale a sua volta cita VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Giuffrè, 2006, II, p. 1939 ss., spec. p. 1945 in cui ripercorre (le *rationes* ispiratrici de-) i

che il giudice ha realizzato, mediante la previsione del concorso esterno, corrisponde ad una vera e propria espansione dell'area del penalmente rilevante in relazione a condotte che prima non erano però, considerate punibili in virtù dell'art. 416-bis c.p.

I motivi che hanno condotto la giurisprudenza a prevedere (*recte*: introdurre) la fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa possono, evidentemente, ravvisarsi nella necessità di colmare una lacuna presente a livello sistematico-interno, rispetto ad una figura che si trova(va) in una zona grigia (di confine) tra l'*intraneus* e il favoreggiatore; tutto ciò, anche se all'interno del nostro codice erano comunque già previste altre figure simili (si consideri, ad esempio, l'art. 418 c.p. che nella sostanza criminalizza condotte di assistenza al fenomeno mafioso) che però, in effetti, mal si attagliavano al fatto considerato <sup>(46)</sup>.

Non si ritiene, in questo senso, di poter condividere il ragionamento professato dalla Suprema Corte secondo cui il contrasto interpretativo non riguardava un'alternativa decisoria tra «incriminazione a titolo di concorso esterno e assoluzione», bensì solo tra concorso esterno e partecipazione nell'associazione di stampo mafioso. A dire il vero, la condotta incriminata non poteva assumere rilievo penale se non tramite proprio l'appiglio all'art. 110 c.p., non essendo in grado di integrare gli estremi dell'art. 416-bis c.p., giacché è noto come la disposizione *de qua* richieda l'integrazione di una serie di presupposti rigidi e definiti (primo fra tutti l'*affectio societatis*) al fine di considerare *intraneus* un soggetto. Tutt'al più, si sarebbe potuto contestare la fattispecie di favoreggiamento, che risultava però (guarda caso) prescritta.

La giurisprudenza tramite la sua interpretazione ha, pertanto, nella sostanza progressiva-

---

progetti Pagliaro, Riz, Grosso e Nordio. Parte della dottrina e manualistica italiana costruisce in effetti il concorso di persone in base a schemi dogmatici ancorati alla "tipizzazione differenziata" delle forme di partecipazione. V., ad es., MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, PG, Giuffrè, 2020, spec. p. 563; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Priulla, 1952. Per una critica al dogma dell'unità del titolo di reato in regime di concorso v. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, p. 175 ss., spec. p. 235 ss. in cui evidenzia che «[l]a dottrina più avveduta ha da tempo abbandonato il dogma dell'unità del titolo di reato in regime di concorso [...] Concorrere nel medesimo reato significherebbe, quindi, concorrere nel medesimo fatto di reato: allo stesso fatto potrà corrispondere un titolo diverso»; il medesimo autore cita poi M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1957, p. 78; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Giuffrè, 1966, p. 21 ss. Quanto alla giurisprudenza si può ricordare come, da ultimo, sia sorto un contrasto in materia di stupefacenti: con l'ordinanza n. 20563 del 12 maggio 2022 la terza sezione penale della Corte di cassazione ha infatti rimesso alle Sez. un. la questione sulla possibilità di qualificare, in tema di concorso di persone nel reato di detenzione o cessione di sostanze stupefacenti, il medesimo fatto storico ai sensi dell'art. 73, commi 1 o 4, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nei confronti di alcuni concorrenti e contemporaneamente ricondurlo nell'ambito dell'art. 73, comma 5, nei confronti di altri.

<sup>(46)</sup> Sul punto ancora DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., § 16 secondo cui «[s]i è dunque trattato di un problema oggettivo di evoluzione normativa e della costruzione progressiva di un "tipo", a mio avviso di parte speciale, anche se secondo la Cassazione di parte generale, ma pur sempre *nuovo* rispetto alle consolidate statuizioni e regole del concorso di diritto comune. Infatti. La Corte Edu, con la sentenza in oggetto ha per la prima volta messo in mora la giurisprudenza italiana – ma direi lo Stato italiano – imponendo di non introdurre surrettiziamente (o non consentire di introdurre o indurre a farlo) regole penali peggiorative con effetto retroattivo in via ermeneutica [...] Se comportamenti mai perseguiti diventano improvvisamente criminosi per effetto di nuove letture che modificano una fattispecie o introducono una tipologia nuova di comportamenti vietati, ciò – ammesso che sia lecita l'interpretazione – può avvenire solo per il futuro. L'attuale giurisprudenza italiana legge il concorso esterno come se fosse scritto al pari della corrispondente norma del codice penale tedesco, il Par. 129 StGB (costituzione di associazioni criminali) [...]. Nel prevedere come condotta tipica il fatto di chi senza "prendere parte" all'associazione "la sostiene", il codice penale tedesco tipizza come condotta "di fattispecie" il contributo all'associazione criminale che noi qualificiamo come concorso esterno. Si tratta poi di vedere che cosa significhi "sostenere" l'associazione, ma certo non si è ritenuto che potesse bastare l'impiego di regole di parte generale sulla complicità al reato, che erano ben disponibili».

mente inciso sul “tipo”, determinando una “sopravvenienza *lato sensu* di diritto”<sup>(47)</sup> che come tale doveva essere trattata e cioè tramite il richiamo non tanto al profilo di stampo e natura soggettiva delle prevedibilità (l’art. 5 c.p.), quanto a quello oggettivo orientato a scongiurare l’applicazione retroattiva di una “fattispecie sopravvenuta”.

Un ragionamento a tratti simile, seppur con i dovuti aggiustamenti, può d’altronde essere svolto anche in relazione alla sentenza che si esamina. Si è visto, infatti, come nonostante il giudice parli in termini di “strappo innovativo” rispetto al passato, la formula prescelta per assolvere l’imputata sia “il fatto non costituisce reato”. Si comprende, allora, che malgrado le premesse facessero leva sull’ampliamento dell’area penalmente rilevante in un’ottica orientata soprattutto al profilo oggettivo della tipicità, si sia poi preferito utilizzare l’espedito dell’art. 5 c.p. (alla luce della rilettura operata dalla C. cost. n. 364/1988) e, quindi, far leva sul piano della “prevedibilità soggettiva” dell’evento, anziché sugli artt. 25 Cost. e 2 c.p.

Pur tuttavia, si ritiene di dover (nuovamente) sottolineare la distinzione che sussiste tra il piano dell’imprevedibilità (eventualmente, anche soggettiva), rispetto a quello che viceversa assiste il profilo oggettivo del fatto tipico: un conto, infatti, è una scusante che come tale richiede e/o presuppone richiami a situazioni eccezionali, esterne al sistema e riconducibili al singolo, che rendano per lui inesigibile l’osservanza o la conoscenza di una legge scontata<sup>(48)</sup>; tutt’altra storia è, invece, il profilo del fatto tipico su cui sempre più spesso incide, anche *in malam partem*, la giurisprudenza con interpretazioni che non potranno però, a quel punto, valere che *pro futuro*.

---

<sup>(47)</sup> Non si tratta, invero, di una sopravvenienza di diritto in senso stretto poiché non è intervenuto direttamente il legislatore riformando l’art. 416-*bis*, bensì di una sopravvenienza *lato sensu* dato l’intervento “riformatore-additivo” realizzato ad opera della giurisprudenza. L’impossibilità di applicare retroattivamente (e *in malam partem*) la (“nuova”) fattispecie – che nella sostanza rappresenta il frutto del “diritto vivente” – costituisce un aspetto ineliminabile della disciplina che si ha in generale in tema di sopravvenienze; disciplina che, seppur per diverse ragioni, accomuna l’ordinamento penale a quello civile e amministrativo. Lo stesso invece, non può dirsi se ci si riferisce al principio della retroattività favorevole; e ciò si comprende bene se si considera il tema del giudicato. Se, infatti, il giudicato penale è sempre “*sub iudice*” (quantomeno almeno alla luce dell’insegnamento che ci deriva dalle Sez. un., 7 maggio 2014, n. 1882, in *C.E.D. Cass.*, n. 258792 Ercolano secondo cui «[l]’istanza di legalità della pena, per il vero, è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. “situazione esaurita”, che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all’esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale»; e da Sez. un., 29 maggio 2014 n. 42858, Gatto), quello, invece, civile conosce (quasi sempre) un punto “di arresto” a fronte dalla c.d. “cristallizzazione” di determinati rapporti. Nel diritto civile, le sopravvenienze di diritto possono infatti incidere solo fino ad un certo punto tanto sui rapporti esauriti, quanto su quelli in essere (sul punto v. Sez. un. civ., 1° dicembre 2020, n. 2061, in *C.E.D. Cass.*, n. 660307 in cui hanno precisato che le nuove norme introdotte dalla l. 4 agosto 2017, n. 124, in tema di *leasing*, per quanto si muovano in una logica unitaria e chiarificatrice possono trovare applicazione solo in caso di risoluzioni dei contratti di *leasing* intervenute successivamente alla novella e cioè in applicazione del fondamentale principio di certezza del diritto). Discorso in parte simile può, d’altronde, svolgersi anche in relazione al giudicato amministrativo con l’unica differenza che, in relazione a quest’ultimo (per il quale generalmente si parla di c.d. “giudicato a formazione progressiva”), può intervenire il giudice dell’ottemperanza il quale può, seppur con dei limiti, modificare (*recte*: conformare/integrare) il giudicato, tenendo conto di eventuali sopravvenienze; in quest’ultima ipotesi tanto più elastica sarà la regola di diritto espressa nell’ambito della sentenza sottoposta al vaglio del giudice di ottemperanza, tanto maggiore sarà il suo potere di “incidere”, appunto, sul giudicato uniformandolo alla sopravvenienza.

<sup>(48)</sup> Con parole simili DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit. La scusante di cui all’art. 5 c.p. potrebbe in effetti entrare in gioco allorché vi siano mere opere di interpretazione-concretizzazione in relazione alle quali subentrano delle ragioni “soggettive personali” che, di fatto, impediscono al soggetto di accedere alla concretizzazione della disposizione (e quindi alla “norma”); oppure, in relazione alle “prime” applicazioni di una nuova giurisprudenza a Sez. un. che consolida un nuovo “tipo”.

Invero, e più precisamente, in relazione al caso che si esamina (e in specie alle condotte contestate) – a differenza del caso *Contrata* (in cui in effetti si sarebbe addirittura potuto contestare il profilo della imprevedibilità della condanna considerando che, ai tempi della commissione del fatto, esisteva una giurisprudenza rilevante che imputava forme di partecipazione esterna al reato associativo)<sup>(49)</sup> – esisteva una sentenza delle Sezioni unite che, di fatto, si orientava nel senso di escludere, sotto il profilo penalistico, la rilevanza di quanto realizzato da parte dell'imputata. L'orientamento "consolidato" a Sez. un. assicurava, dunque, tanto la "prevedibilità" della decisione assolutoria, quanto anche la "certezza del diritto": ai tempi della commissione del fatto di reato (nel 2015) non era "prevedibile" una condanna, essendo "certa" l'esclusione dell'applicazione, per le condotte considerate, dell'art. 615-ter c.p. Tali considerazioni solo in parte di incrociano però con quelle che possono (*recte*: devono) farsi sul piano strettamente oggettivo del fatto tipico: al netto, infatti, delle osservazioni che possono svolgersi sotto il profilo soggettivo, il caso che si esamina riguarda(va) la rimodulazione della tipicità della fattispecie di cui all'art. 615-ter c.p. e non solo (*recte*: non tanto) la prevedibilità di un'eventuale decisione di condanna in virtù delle condotte realizzate. Rimodulazione che

<sup>(49)</sup> Sull'impegnativa questione di "quante sentenze occorrono affinché un orientamento possa dirsi stabilizzato", con conseguente assicurazione della prevedibilità dell'esito giudiziario v. Di GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., § 4. Invero, sul punto una parte della dottrina contesta non tanto il profilo della "prevedibilità", quanto quello della "certezza" della decisione. Nello specifico DONINI, *Il caso contrada e la corte edu. La responsabilità dello stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., § 8 ss. prevede che «negli anni '80 era prevedibile la contestazione del concorso esterno da parte delle Procure per fatti analoghi. Non era invece prevedibile l'esito di un giudizio. [...] Mancava dunque la certezza del diritto. [...] la sentenza Sez. un. [...] A ragionare in termini di certezza, dunque, dovremmo forse attendere almeno le Sez. un. Mannino del 2005 per dire che c'è stato un riordino più equilibrato dell'istituto». Più in generale, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., spec. 4 prevede che «la costante giurisprudenza della Corte, mina la certezza del diritto: la quale costituisce un corollario fondamentale dello Stato di diritto (*rule of law*), nella misura in cui garantisce la stabilità delle decisioni giudiziarie, che è a sua volta condizione essenziale della fiducia dei consociati nel sistema giudiziario [...] La garanzia della prevedibilità della decisione giudiziale viene pertanto affidata oggi, anziché alla riserva di legge, agli altri corollari del *nullum crimen* rappresentati dal principio di *precisione* (o sufficiente determinatezza, o 'tassatività', precetto penale), nonché dal *divieto di analogia* [...] il principio di legalità in materia penale nel suo complesso – così come tradizionalmente inteso nell'ordinamento italiano – si presenta congenitamente incapace di fornire una qualche garanzia contro le incoerenze della giurisprudenza nell'interpretazione delle norme incriminatrici, laddove tale interpretazione si mantenga *al di qua* del limite del divieto di analogia [...] Una qualche maggiore garanzia per l'individuo, sotto il profilo da ultimo menzionato, è piuttosto offerta dal principio di colpevolezza, come è noto enucleato dalla sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale a partire dal principio di "personalità" della pena [...] la dimensione convenzionale del *nullum crimen* offr[e] una protezione più estesa alla prevedibilità della decisione giudiziale rispetto a quanto non faccia il combinato disposto, puramente 'interno', degli artt. 25, comma 2, e 27, commi 1 e 3, Cost. [...] nel solco della giurisprudenza consolidata in materia di art. 7 CEDU, secondo cui – in definitiva – è il *law in action*, e non il *law in the books*, a orientare la condotta dei consociati. È come la disposizione 'vive' e viene interpretata e applicata nella prassi – non già come la disposizione *potrebbe essere (anche legittimamente) interpretata* – a creare in capo all'individuo affidamenti che l'ordinamento ha poi il dovere di proteggere. Come poi l'ordinamento possa concretamente tutelare tali affidamenti [...] è problema che la Corte EDU lascia saggiamente alla discrezionalità degli Stati parte: i quali hanno tutto il diritto, anche nell'ottica convenzionale, di modificare anche *in peius* la propria giurisprudenza consolidata, estendendo in via ermeneutica la portata di incriminazioni preesistenti o – come nel caso del concorso esterno – combinando in modo in precedenza inedito disposizioni di parte generale e speciale, con un effetto ampliativo della responsabilità; purché, però, assicurino l'operatività di *correttivi* (come il c.d. *prospective overruling*, o – nel nostro ordinamento – il troppo spesso ignorato art. 5 c.p. nella versione modificata dalla sent. 364/1988) in grado di evitare che il mutamento giurisprudenziale ridondi a danno di chi aveva commesso il fatto in precedenza, confidando senza colpa nell'irrelevanza penale della propria condotta sulla base della giurisprudenza *sino ad allora* dominante (ovvero, come potrebbe essere avvenuto nel caso *Contrada*, *non avendo indicazioni univoche* in tal senso dalla giurisprudenza consolidata)».

essendo, appunto, “sopravvenuta” rispetto ai fatti commessi dall’ausiliaria amministrativa non poteva essere oggetto di un’interpretazione retroattiva *in malam partem*; pena, altrimenti, la violazione degli artt. 25 Cost. e 2 c.p.

Sicché, in definitiva, nonostante sicuramente un enorme passo avanti sia stato posto in essere se si considerano talune espressioni utilizzate da parte del giudice di prime cure (come ad esempio «ha esteso in modo significativo il perimetro della fattispecie di accesso abusivo al sistema informatico, dando luogo ad un mutamento giurisprudenziale in senso sfavorevole al reo»; «abbracciando un’interpretazione della fattispecie *in malam partem* con conseguente estensione della tipicità»; «la sentenza delle Sezioni unite ha ridefinito estensivamente la tipicità del fatto di cui all’art. 615-ter c.p.»), si pone, in un’ultima analisi, un dubbio circa la possibilità (ormai andata perduta) di “sfruttare l’occasione” per far leva sul profilo del fatto tipico oggettivo e non solo su quello soggettivo della prevedibilità del fatto di reato.

Invero, né l’imprevedibilità (e, in specie, la scusante di cui all’art. 5 c.p.) e né tantomeno l’irretroattività *in malam* salvano il “tipo” se questo è totalmente assente *ab origine* e si viene a creare in virtù di interpretazioni analogico-estensive consolidate nel corso del tempo in relazione a determinati comportamenti che prima, però, di siffatte attività ermeneutiche non assumevano rilevanza penale. Quanto poi alle ipotesi di “dubbia analogia”, per le quali si ritiene che il “tipo” pur essendo “sopravvenuto” (e “consolidato” in una pronuncia a Sez. un.), fosse comunque ricavabile dalle maglie della legge, lo stesso non potrà comunque che essere applicato solo per il futuro, vigendo appunto il principio dell’irretroattività sfavorevole<sup>(50)</sup>.

Non possiamo, in definitiva, «continuare a non vedere o a dissimulare la *violazione obiet-tiva* del parametro della tipicità e della tassatività dei reati che è alla base del diritto alla conoscibilità della materia del divieto»<sup>(51)</sup>. Pur essendo vero, infatti, che «[l]’approccio ermeneutico è una cosa seria», altrettanto lo è la *legalità* di una fattispecie.

<sup>(50)</sup> Per approfondimenti v. ancora DONINI, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., spec. § 14.

<sup>(51)</sup> Sul punto non si può, in effetti, non considerare la distinzione operata tra il c.d. profilo della *riconoscibilità del precetto* che rappresenta uno specifico «dovere dello Stato e può viziare l’applicazione della legge sul piano oggettivo» e quello della *non conoscibilità del precetto sul piano soggettivo* che può, a sua volta, dar luogo ad una scusante solo se «il profilo della oggettiva conoscibilità non è stato compromesso da inadempimenti originari dello Stato o di suoi organi». Così, DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., spec. p. 17; v. inoltre DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., § 10.4; DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L’imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2020, spec. p. 11 in cui specifica che «le “scuse” valgono per le condotte comunque obiettivamente illecite al tempo del fatto, non quando costituiscono un’autoassoluzione dello Stato di fronte alle proprie inadempienze, o celano le colpe delle istituzioni, o quando quella retroattività favorevole *ad personam* (la retroattività della scusa personale al posto della irretroattività obiettiva per tutti) dipenda da analogie vietate, da difetti di tipicità delle fattispecie o manipolazioni indebite del loro contenuto. In questi casi non può e non deve trovare applicazione l’art. 5 c.p. Infatti l’art. 5 c.p. è una scusante, che non tocca la perfetta legalità della norma e la sua vigenza anteriore al fatto. Se la norma non era legittimamente vigente o non poteva esigersi oggettivamente la sua osservanza *ex ante*, c’è un problema di responsabilità dell’ordinamento, e dunque di irretroattività, oggi ancorato all’art. 7 Cedu nella sua lettura consolidata della Corte di Strasburgo, non a ipotesi scusanti. Il divieto di retroattività, imposto dall’art. 7 Cedu ed esteso ai mutamenti giurisprudenziali imprevedibili, è infatti un limite alla legalità (nel suo doppio formante legislativo e giudiziale) e dunque un correttivo alla sua applicazione oggettiva. Nel primo caso (scusante, art. 5 c.p.) il fatto «non costituisce reato». Nel secondo (art. 7 Cedu) il fatto «non era previsto come reato» al tempo della condotta». In generale, sulla c.d. riconoscibilità del precetto (e dell’illecito) v. anche ROTOLO, *‘Riconoscibilità’ del precetto e modelli innovativi di tutela*, Giappichelli, 2018, p. 55 ss., p. 101 ss. (e le citazioni ivi riportate anche in relazione all’art. 5 c.p. e alla C. cost. 364/1988); v. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale, nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 32 ss., p. 48 ss.

