

# Introduzione

## 1. Oggetto dell'indagine

Se il legislatore volesse incriminare nuove condotte o aggravare il trattamento sanzionatorio per tipologie di condotte già penalmente rilevanti, lo potrebbe fare solo con efficacia per il futuro.

Il divieto costituzionale di retroattività impedisce, da un lato, che un comportamento penalmente irrilevante possa essere soggetto a sanzione penale dopo la sua commissione e, dall'altro lato, che una condotta già penalmente rilevante possa essere oggetto di un incremento del trattamento sanzionatorio rispetto a quello previsto al momento del fatto.

Questa garanzia prevista dall'art. 25, co. 2, della Costituzione italiana, nonché dall'art. 103, co. 2, *Grundgesetz*, rappresenta la quintessenza del diritto penale moderno.

Qualora un comportamento penalmente irrilevante al momento della sua commissione diventi, al contrario, penalmente rilevante a seguito del verificarsi di un cambio di interpretazione giurisprudenziale oppure finisca per essere sanzionato (in astratto) con pene più sfavorevoli, quali garanzie sono riconosciute al cittadino?

Fino a pochi anni fa, nessuna.

Certo, la Corte costituzionale nel 1988 aveva dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della disciplina dell'*ignorantia legis*, consacrando il principio secondo cui l'ignoranza inevitabile della legge penale scusa il soggetto. Principio che però non ha impedito in tutti questi anni alla giurisprudenza (di legittimità, anche nella sua massima istanza) di riconoscere ai mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli efficacia retroattiva, quindi rispetto a fatti già verificatisi.

Più recentemente si è diffusa, su impulso della Corte di Strasburgo, l'idea secondo cui i mutamenti giurisprudenziali peggiorativi non possono retroagire solo laddove imprevedibili. Detto al contrario, in tutti i casi in cui siano ragionevolmente prevedibili la retroattività dei medesimi è consentita.

Secondo l'opinione tuttora maggioritaria, il divieto di retroattività non potrebbe o non dovrebbe svolgere alcun ruolo di garanzia in questi casi. Argomentare diversamente determinerebbe una redistribuzione del potere legislativo tra Parlamento e potere giudiziario. Meglio, sempre secondo l'opinione maggioritaria, il riconoscimento del divieto di retroattività anche rispetto ai mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* determinerebbe l'equiparazione del "diritto giurisprudenziale" alla legge sul piano delle fonti del diritto penale, equiparazione evidentemente insostenibile sulla base del nostro modello costituzionale di separazione dei poteri.

È davvero così?

Da una prospettiva significativamente più ampia, tre sono i rapporti di tensioni che costituiscono il sostrato problematico del tema dell'efficacia retroattiva dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli. A ben vedere, si tratta di rapporti di tensione tra loro (talvolta inestricabilmente) intrecciati.

Innanzitutto, in termini generali, viene in rilievo quello tra universalismo e particolarismo giuridico<sup>1</sup>. Si tratta di due prospettive significativamente diverse di guardare al diritto (penale), prospettive che – in definitiva – rispecchiano due valori al tempo stesso necessariamente compresenti, ma in costante contrasto<sup>2</sup>.

Semplificando concezioni ben più articolate, da un lato l'universalismo giuridico si fonda sull'idea che il giudice non debba fare altro che applicare regole generali e che, quindi, la sua decisione sia giustificata in quanto sussunzione di un caso particolare in una regola generale destinata ad applicarsi in tutti i casi uguali o simili. Dall'altro lato, il particolarismo giuridico muove dall'idea che la decisione del giudice è il risultato non tanto dell'applicazione meccanica di regole generali, quanto del riferimento ai fatti particolari del caso specifico su cui verte la decisione<sup>3</sup>.

I valori di fondo sono quelli della giustizia formale universalista e della giustizia sostanziale particolarista. È evidente la circostanza che nessuno dei due poli può soccombere a totale vantaggio dell'altro perché è inaccettabile l'assolutezza di entrambi.

<sup>1</sup> Si v. F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011, *passim*; P. GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, 2011, *passim*; R. SACCO, *Il diritto tra uniformazione e particolarismo*, Napoli, 2011, *passim*.

<sup>2</sup> Cfr. J. BELL, *The Institutional Constraints on Particularism*, in Z. BANKOWSKY, J. MACLEAN (a cura di), *The Universal and Particular in Legal Reasoning*, London, 2007, 41 in particolare; nonché F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, cit., 8 ss.

<sup>3</sup> Si v. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 200 ss.

In secondo luogo, viene in rilievo il rapporto tra principio democratico e principi di garanzia. Anche l'idea della legalità penale riflette a ben vedere queste due anime: quella democratica, da un lato, espressa in primo luogo dalla riserva di legge parlamentare; quella universale, dall'altro lato, che si concretizza innanzitutto nel divieto di retroattività. Il divieto di analogia e il principio di determinatezza rispecchiano entrambi i fondamenti della legalità penale.

La declinazione del rapporto tra legge e giudice o, per meglio dire, la distribuzione della garanzia tra legge e giudice riflette le condizioni storiche, politiche e sociali contingenti in una comunità. Al tempo stesso, «la tensione tra il potere di emanare le leggi e quello di applicarle genera l'equilibrio di forze che sostiene lo stato di diritto»<sup>4</sup>. Si tratta, anche in questo caso, di individuare il corretto equilibrio tra i due – per così dire – piatti della bilancia della garanzia.

Infine, ma solo dal punto di vista espositivo, il terzo campo di tensione all'interno del quale si colloca il tema dell'efficacia temporale dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli è quello politico-criminale. Diritto penale e politica criminale entrano così a stretto contatto. La celebrazione della legalità, dei suoi fondamenti e delle singole garanzie, deve tenere in considerazione l'esigenza di controllare i soggetti e di evitare in massima parte la realizzazione di fatti socialmente riprovevoli.

È profondamente vero che l'«esigenza della certezza del diritto limita inesorabilmente la soddisfazione del bisogno di giustizia»<sup>5</sup>.

In uno stato (costituzionale) di diritto è giusto che sia così. Con le parole di un celebre penalista, «è meglio poter giungere a punire tutto ciò che è meritevole di punizione, attuare cioè su questa terra la giustizia tutta intera [...] oppure non rinunciare alla libertà, all'uguaglianza e ai tanti altri vantaggi che sono loro connessi?»<sup>6</sup>.

Al tempo stesso, anche una prevedibilità assoluta determinerebbe costi sociali insopportabili<sup>7</sup>.

In definitiva, in uno stato di diritto, certezza del diritto e giustizia sostanziale, garanzie ed efficienza sono alla costante ricerca di un temporaneo equilibrio. Il continuo affinamento del principio di legalità penale è il risultato della tensione verso questo equilibrio.

<sup>4</sup> Si v. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2014, 107.

<sup>5</sup> Così F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in Riv. dir. proc. civ., 1935, 114, seppur a sostegno dell'abolizione del divieto di analogia.

<sup>6</sup> Cfr. G. VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in Nuovo dig. it., Torino, VIII, 1939, 1177.

<sup>7</sup> Per tutti, cfr. F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in Cass. pen., 2005, 141.

## 2. La prospettiva privilegiata per l'indagine

Il tema dei mutamenti giurisprudenziali e degli eventuali limiti temporali agli effetti sfavorevoli da questi prodotti si intreccia con almeno tre ordini di questioni che costituiscono snodi centrali del diritto (non solo) penale.

In primo luogo, con gli sviluppi della scienza ermeneutica, sviluppi che determinano in parte una rielaborazione dei tradizionali modelli penalistici. Adottando questa prospettiva si potrebbe quindi sostenere che, una volta accertata l'esistenza di uno "spazio creativo" più o meno ampio per il giudice nel momento in cui trasforma la disposizione in norma per quel singolo fatto, sarebbe necessario individuare degli strumenti per controllare come questo "spazio creativo" viene in concreto utilizzato.

In secondo luogo, muovendo da una prospettiva politico-criminale si potrebbe accertare, tra le altre cose, quali sono le conseguenze dell'accettazione della retroattività dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli o, al contrario, della loro limitazione temporale solo *pro futuro*. Così, ad esempio, ci si potrebbe chiedere se l'efficacia retroattiva sia da preservare perché magari produce positivi effetti deterrenti<sup>8</sup>. Detto in altre parole, poiché nella gran parte dei casi i mutamenti giurisprudenziali in materia penale producono come risultato quello di trasformare comportamenti fino a quel momento solo socialmente non approvati in comportamenti penalmente rilevanti, l'effetto retroattivo dei cambi di giurisprudenza favorisce una riduzione di questi comportamenti a (almeno parziale) beneficio della società? E se così fosse, sarebbe accettabile questa situazione dal punto di vista costituzionale e delle finalità della pena?

In terzo luogo, in una prospettiva costituzionale in senso stretto vengono in rilievo due piani distinti. Da un lato, quello politico-istituzionale relativo all'evoluzione dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario. Dall'altro lato, quello delle garanzie che devono essere apprestate al cittadino a fronte della più recente declinazione dei rapporti tra legge e giudice.

A ben vedere, tuttavia, si tratta di tre prospettive al tempo stesso astrattamente distinguibili ma anche indissolubilmente intrecciate tra loro.

Gli sviluppi dell'ermeneutica sollecitano una riflessione sull'attualità della tradizionale concezione della separazione dei poteri. Parimenti, gli obiettivi di politica criminale devono orientare la ricerca delle nuove soluzioni per evitare che queste si dimostrino in seguito insostenibili nella concretezza della realtà sociale. A tal proposito, per fare solo un esempio,

<sup>8</sup> Volendo, in tal senso argomenta E. TIKHONRAVOV, *Nulla Poena Sine Lege in Continental Criminal Law: Historical and Theoretical Analysis*, in *Crim. Law and Philosophy*, 2019, 215 ss. sostenendo, sulla base di una ricostruzione storica del principio di legalità peraltro estremamente succinta, che una condotta non penalmente rilevante al momento della sua commissione possa ciononostante essere punita ogniqualvolta gli effetti deterrenti prodotti da questa punizione superino le conseguenze sfavorevoli provocate dalla violazione del principio di legalità (p. 223).

riconoscere l'irretroattività del mutamento di interpretazione in termini peggiorativi promosso da un qualsiasi giudice determinerebbe conseguenze ordinamentali tutt'altro che auspicabili.

Trattandosi di un tema vastissimo, si sono dovute fare alcune scelte relative, in primo luogo, alla prospettiva da privilegiare e, in secondo luogo, a come concretamente impostare quest'ultima.

Così, la prima scelta è stata quella di dare maggior rilievo alla prospettiva costituzionale in senso stretto, pur nella consapevolezza che anche le altre prospettive di ricerca devono essere tenute in adeguata considerazione. In definitiva, alla base di tutto pare esservi l'evoluzione dell'idea stessa della legalità penale costituzionale.

La seconda scelta è stata quella di prendere come modello di confronto, in primo luogo, l'ordinamento tedesco. Il tema dei mutamenti giurisprudenziali e dei loro effetti nel tempo è discusso nella dottrina penalistica tedesca almeno dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso<sup>9</sup>. Inoltre, la più recente giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* mostra una speciale attenzione al tema e ha elaborato metodi e argomenti di significativo interesse. In secondo luogo, la lente è rivolta anche verso gli ordinamenti tradizionalmente definiti come di *common law* e, tra questi, in particolare quello statunitense. Da anni si parla – e non solo nella dottrina civilistica e penalistica italiana – del recepimento di istituti sviluppati oltre oceano: a tal proposito, la tecnica del *prospective overruling* è solo uno dei possibili esempi.

Infine, la terza scelta (di cui si darà conto dettagliatamente al paragrafo seguente) è stata quella di non tentare un complessivo studio dell'intera macro-tematica riconducibile alla locuzione mutamenti giurisprudenziali intesa in senso lato.

### 3. Delimitazione dell'indagine, nonché una breve precisazione sull'uso del concetto di «paradigma»

Con la locuzione mutamenti giurisprudenziali intesa in senso lato si è soliti fare riferimento a due fenomeni non solo – per così dire – strutturalmente diversi, ma anche che sollevano questioni problematiche di differente natura.

<sup>9</sup> Basti per ora il richiamo ai lavori, allora pionieristici, di N. GROSS, *Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandauslegung im Strafrecht*, Freiburg, 1969; W. GRUNSKY, *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, Karlsruhe, 1970; H.W. ARNDT, *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung. Dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, des Bundesfinanzhofes, des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a.M., 1974; RÜBERG B., *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*, Hamburg, 1977.

Si tratta, da un lato, dei contrasti giurisprudenziali sincronici e, dall'altro lato, dei contrasti o mutamenti giurisprudenziali diacronici. Mentre i primi presuppongono la coesistenza in un dato frangente temporale di maggiore o minore durata di due o più decisioni differenti sulla medesima questione di diritto, con le seconde espressioni si fa riferimento alla sostituzione di una giurisprudenza fino a quel momento in massima parte condivisa con una nuova soluzione di diritto da parte di una nuova pronuncia successivamente destinata ad affermarsi come nuovo orientamento giurisprudenziale<sup>10</sup>.

A ben vedere, i contrasti giurisprudenziali sincronici pongono problemi sia sul piano della certezza del diritto che su quello dell'uguaglianza di trattamento. Certezza del diritto perché in un dato momento lo stesso comportamento potrebbe essere qualificato – nell'ipotesi più semplice – come penalmente irrilevante da un giudice e, al contrario, come penalmente rilevante da un altro giudice. In definitiva, il soggetto, tenendo quel comportamento, affronta il rischio di non sapere quali saranno le eventuali conseguenze penali della sua condotta. Uguaglianza di trattamento perché, evidentemente, si tratta di tipologie di condotte coincidenti o simili che ricevono una diversa qualificazione giuridico-penale.

Anche i contrasti o mutamenti giurisprudenziali diacronici sollevano problemi di incertezza del diritto, ma si tratta di un'incertezza almeno in parte diversa rispetto a quella prodotta dai contrasti sincronici. Nei contrasti diacronici si tratta di un'incertezza – per così dire – di previsione. In altre parole, al momento del fatto la soluzione accolta dalla giurisprudenza è sufficientemente univoca e il soggetto affronta il rischio che questa venga in futuro modificata. Incertezza previsionale, quindi, nel senso che il medesimo soggetto non sarà sempre in grado di conoscere e di correttamente valutare i mutamenti sociali che, in futuro, potrebbero dar luogo al cambio di giurisprudenza.

Invece, i contrasti diacronici non pongono, almeno in linea teorica, problemi di eguaglianza. A prima vista è senz'altro vero che due situazioni uguali o simili ricevono a distanza di tempo due soluzioni diverse. Ma ciò che caratterizza i contrasti o mutamenti diacronici è la modifica, ad esempio, delle condizioni sociali, politiche o economiche di riferimento. Se effettivamente il cambio di interpretazione rispecchia questa evoluzione, allora i due fatti sono solo apparentemente uguali. Così, la prima limitazione consiste nell'esclusione di una completa trattazione del fenomeno dei contrasti giurisprudenziali sincronici.

Inoltre, il tema potrebbe essere studiato anche rispetto a specifici settori di materia. Così, solo per fare qualche esempio, i reati informatici risentono in misura più significativa dell'evoluzione tecnologica e della costante necessità dell'adeguamento – in alcuni casi necessariamente giurisprudenziale e non legislativo – alle innovazioni nel frattempo sopraggiunte.

Anche il contrasto alla criminalità organizzata, in particolare mafiosa,

<sup>10</sup> Per maggiori specificazioni, si v. *infra* Pt. I, Cap. III, para. 1 e Pt. II, Cap. III, para. 1.

potrebbe essere considerato un settore a parte. Non che questo evidentemente legittimi una violazione della legalità penale in questo ambito, ma è innegabile che le circostanze delle singole vicende finiscono per essere fortemente influenzate dal clima, nel tempo più o meno sentito, di lotta al fenomeno mafioso<sup>11</sup>.

Peraltro, gli esempi potrebbero essere molti altri: dalla responsabilità medica fino al contrasto della corruzione, dalla sicurezza sul luogo di lavoro fino ad alcuni settori del diritto penale economico<sup>12</sup>.

Per concludere sul punto, è stato escluso l'approfondimento del tema dei mutamenti giurisprudenziali rispetto a specifici settori di materia, nonostante (inevitabilmente) i singoli settori più problematici finiscano per costituire una sorta di sottofondo dell'intera indagine.

Un'ultima notazione introduttiva.

Il lavoro si articola in due parti, rispettivamente intitolate, la prima, «il paradigma legalista della legalità e il diritto giurisprudenziale come “deformante” della legalità» e, la seconda, «il paradigma effettuale della legalità e il diritto giurisprudenziale come “formante” della legalità». Il termine «paradigma» è qui utilizzato nel significato di modello di confronto. Da un lato, questo consente di affrontare una tematica ampia come quella della legalità penale. Dall'altro lato, ciò non esclude che vi possano essere posizioni anche solo parzialmente differenti rispetto a ciascuno dei due modelli di confronto. Nei casi in cui le ulteriori distinzioni diventano rilevanti al fine del tema affrontato, se ne è dato conto – se non altro – nelle note al testo.

<sup>11</sup> Tra i tanti studi anche specificamente dedicati all'evoluzione della giurisprudenza in questo settore, si v. i contributi di A. Cavaliere, C. Visconti, V. Maiello e F. Viganò in L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÒ, A. MELCHIONDA (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Padova, 2005, rispettivamente alle pp. 117 ss., 143 ss., 159 ss. e 279 ss.; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, in particolare 43 ss. e 248 ss.; i contributi raccolti in V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014; i contributi di G. Insolera, A. Cavaliere, V. Maiello e G. Fiandaca in G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, rispettivamente alle pp. 123 ss., 128 ss., 146 ss. e 203 ss. Infine, da ultimo, anche G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017, 227 ss.

<sup>12</sup> Per tutti, R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010; G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015; M. JAHN, E. KEMPF, K. LÜDERSEN, K. VOLK, C. PRITZWITZ, R.H. SCHMIDT (a cura di), *Unbestimmtes Wirtschaftsstrafrecht und gesamtwirtschaftliche Perspektiven*, Berlin, 2017, *passim* e soprattutto i contributi da pp. 126 ss.