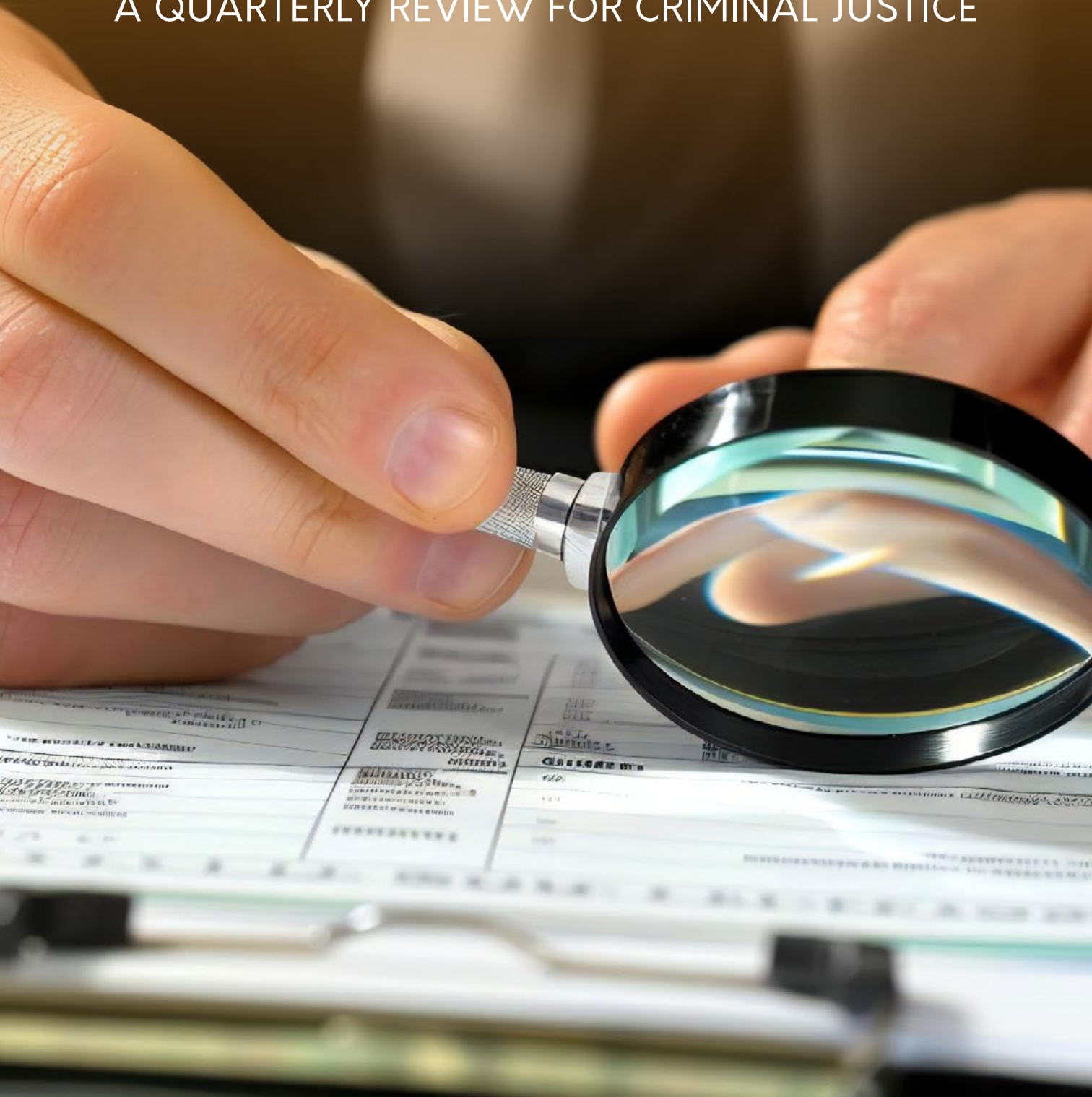




Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



2/2024

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Mitja Gialuz, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaume Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

EDITORIAL ADVISORY BOARD

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

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2024 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “*Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<p>RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI</p> <p><i>RESPONSABILIDAD PENAL PERSONAS JURÍDICAS</i></p> <p><i>CORPORATE CRIMINAL LIABILITY</i></p>	<p>Interesse, vantaggio e un'aporia apparente 1</p> <p><i>Interés, ventaja y una aparente aporía</i></p> <p><i>Interest, Benefit and an Apparent Aporia</i></p> <p>Francesco Mucciarelli</p>
<p>DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE</p> <p><i>DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</i></p> <p><i>CRIMES AGAINST THE PUBLIC ADMINISTRATION</i></p>	<p>Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p. 21</p> <p><i>Sobre los posibles significados del nuevo artículo 314-bis del código penal italiano</i></p> <p><i>On the Possible Meanings of the New Article 314-bis of the Italian Penal Code</i></p> <p>Sergio Seminara</p> <p>False informazioni per ottenere il reddito di cittadinanza o l'assegno d'inclusione, nel groviglio della disciplina sulle indebite percezioni 32</p> <p><i>Información falsa para obtener la renta de ciudadanía o el cheque de inclusión</i></p> <p><i>False Information to Obtain Citizenship Income or Inclusion Allowance</i></p> <p>Ignazio Giacona</p>
<p>BENI CULTURALI E TUTELA PENALE</p> <p><i>PATRIMONIO CULTURAL Y PROTECCIÓN PENAL</i></p> <p><i>CULTURAL HERITAGE AND CRIMINAL PROTECTION</i></p>	<p>La Corte EDU sulla confisca obbligatoria di beni culturali illecitamente esportati: la vicenda dell'Atleta vittorioso' 45</p> <p><i>La Corte EDH sobre la confiscación obligatoria de bienes culturales exportados ilegalmente: el caso del 'Atleta victorioso'</i></p> <p><i>The ECtHR on Mandatory Confiscation of Unlawfully Exported Cultural Property: The 'Getty Bronze' Case</i></p> <p>Arianna Visconti</p> <p>La vittima nei reati contro il patrimonio culturale: un'ermeneutica guidata dalla giustizia riparativa 66</p> <p><i>La víctima en los delitos contra el patrimonio cultural: una hermenéutica guiada por la justicia reparadora</i></p> <p><i>The Victim in Crimes Against Cultural Heritage: An Interpretation Guided by Restorative Justice</i></p> <p>Andrea Perruccio</p>

NOTE A SENTENZA	Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività (a proposito di una sentenza “storica”)	87
<i>COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA</i>	<i>Cambios jurisprudenciales desfavorables, culpabilidad e irretroactividad (a propósito de una sentencia “histórica”)</i>	
<i>NOTES ON JUDGMENTS</i>	<i>Unfavorable Case Law Changes, Culpability, and Non-Retroactivity (Regarding an “Historic” Judgment)</i>	
	Francesco Palazzo, Roberto Bartoli	
	<i>Another brick in the wall: individualizzazione della pena e illegittimità dei limiti al giudizio di bilanciamento</i>	94
	<i>Otro ladrillo en el muro: individualización de la pena e inconstitucionalidad de los límites al juicio de ponderación</i>	
	<i>Another Brick in the Wall: Individualization of the Sentence and the Unconstitutionality of Limits on the Balancing Judgment</i>	
	Alain Maria Dell’Osso	
	Sulla responsabilità penale del Comandante che conduca in Libia i migranti soccorsi in mare: il caso ASSO 28	112
	<i>Sobre la responsabilidad penal del Capitán que lleva a los migrantes rescatados en el mar a Libia: el caso ASSO 28</i>	
	<i>On the Criminal Liability of the Captain Who Returns Rescued Migrants to Libya: The ASSO 28 Case</i>	
	Cecilia Pagella	
IL FOCUS SU...	L’aiuto medico a morire alla prova dell’argomento del pendio scivoloso	129
<i>FOCUS SOBRE...</i>	<i>La ayuda médica para morir a prueba del argumento de la pendiente resbaladiza</i>	
<i>FOCUS ON...</i>	<i>Physician-Assisted Dying and the Challenge of the Slippery Slope Argument</i>	
	Damiano Canale	
	La “storia infinita” del sindacato sulla proporzionalità della pena	142
	<i>La “historia interminable” del control sobre la proporcionalidad de la pena</i>	
	<i>The “Never-Ending Story” of Judicial Review on the Proportionality of Punishment</i>	
	Gabriele Pontepino	
	ChatGPT bocciato all’esame di Diritto processuale penale	183
	<i>ChatGPT reprobado en el examen de Derecho Procesal Penal</i>	
	<i>ChatGPT Failed the Criminal Procedure Law Exam</i>	
	Diego Amidani	

NOTE A SENTENZA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

NOTES ON JUDGMENTS

- 87 **Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività (a proposito di una sentenza “storica”)**
Cambios jurisprudenciales desfavorables, culpabilidad e irretroactividad (a propósito de una sentencia “histórica”)
Unfavorable Case Law Changes, Culpability, and Non-Retroactivity (Regarding an “Historic” Judgment)
Francesco Palazzo, Roberto Bartoli
- 94 **Another brick in the wall: individualizzazione della pena e illegittimità dei limiti al giudizio di bilanciamento**
Otro ladrillo en el muro: individualización de la pena e inconstitucionalidad de los límites al juicio de ponderación
Another Brick in the Wall: Individualization of the Sentence and the Unconstitutionality of Limits on the Balancing Judgment
Alain Maria Dell’Osso
- 112 **Sulla responsabilità penale del Comandante che conduca in Libia i migranti soccorsi in mare: il caso ASSO 28**
Sobre la responsabilidad penal del Capitán que lleva a los migrantes rescatados en el mar a Libia: el caso ASSO 28
On the Criminal Liability of the Captain Who Returns Rescued Migrants to Libya: The ASSO 28 Case
Cecilia Pagella

Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività (a proposito di una sentenza “storica”)

Cambios jurisprudenciales desfavorables, culpabilidad e irretroactividad (a propósito de una sentencia "histórica")

Unfavorable Case Law Changes, Culpability, and Non-Retroactivity (Regarding an "Historic" Judgment)

FRANCESCO PALAZZO

*Professore Ordinario Emerito di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Firenze
 francesco.palazzo@unifi.it*

ROBERTO BARTOLI

*Professore Ordinario di Diritto penale presso l'Università degli studi di Firenze
 roberto.bartoli@unifi.it*

PREVEDIBILITÀ DELLE DECISIONI GIUDIZIALI, IRRETROATTIVITÀ, COLPEVOLEZZA

PREVEDIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES, IRRETROACTIVIDAD, CULPABILIDAD

FORESEEABILITY OF JUDICIAL DECISIONS, NON-RETROACTIVITY, CULPABILITY

ABSTRACTS

Dopo aver sottolineato la portata “storica” della sentenza commentata, che meritoriamente risponde a non più eludibili esigenze di garanzia derivanti dal crescente ruolo assunto dal diritto c.d. giurisprudenziale ed in particolare dal valore relativamente vincolante delle sentenze delle Sezioni Unite, lo scritto sottolinea tutta una serie di punti fermi fissati dalla sentenza per la soluzione dei problemi posti dal mutamento giurisprudenziale sfavorevole. In prospettiva futura, si mette poi in luce come le trasformazioni in atto del costituzionalismo penale possano far presagire la possibilità di una coesistenza virtuosa tra i principi di colpevolezza e di irretroattività nella gestione garantista del sempre maggiore dinamismo giurisprudenziale.

Tras destacar la importancia “histórica” de la sentencia comentada, que responde de manera meritoria a las crecientes necesidades de garantía derivadas del papel cada vez más relevante del llamado derecho jurisprudencial y, en particular, del valor relativamente vinculante de las sentencias de las Secciones Unidas, el presente trabajo subraya una serie de puntos clave establecidos por la sentencia para resolver los problemas derivados de los cambios jurisprudenciales desfavorables. De cara al futuro, se pone de relieve cómo las transformaciones en curso del constitucionalismo penal pueden anticipar la posibilidad de una coexistencia virtuosa entre los principios de culpabilidad y de irretroactividad en la gestión garantista del creciente dinamismo jurisprudencial.

After emphasizing the “historic” significance of the judgment discussed, which commendably addresses the increasingly pressing need for safeguards stemming from the growing role of so-called judge-made law and, in particular, the relatively binding nature of Supreme Court of Cassation Joint Branches rulings, the paper highlights a series of key points established by the judgment for addressing the issues posed by unfavorable case law changes. Looking to the future, it also underscores how ongoing transformations in criminal constitutionalism may herald the possibility of a virtuous coexistence between the principles of culpability and non-retroactivity in the rights-based management of the increasingly dynamic case law.

SOMMARIO

1. Una sentenza che può definirsi “storica”. – 2. La questione affrontata: la rilevanza dell’imprevedibilità rispetto ai mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli. – 3. La soluzione adottata basata sulla colpevolezza (art. 5 c.p.): una soluzione di sapiente equilibrio. – 4. Alcuni punti fermi posti dalla sentenza. – 5. I possibili rischi insiti nella soluzione adottata dalla sentenza. – 6. Uno sguardo al futuro: mutamento sfavorevole e contrasto giurisprudenziale tra irretroattività e colpevolezza.

1. Una sentenza che può definirsi “storica”.

Non esitiamo a definire storica la sentenza n. 28594/2024 che qui si annota. Storica anzitutto per la novità rispetto al passato, per la sterzata che compie, generando una sorta di cesura tra il prima e il dopo: d’ora innanzi si pongono limiti di garanzia all’applicazione dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli che risultino imprevedibili.

Ma la sentenza è storica anche per i punti fermi che pone e quindi per le implicazioni destinate ad avere nell’avvenire: vero che il limite di garanzia viene plausibilmente individuato nell’art. 5 c.p., è anche vero che si fissano alcune coordinate di fondo che in futuro potrebbero portare a distinguere tra contrasto e mutamento sfavorevole e a far convivere colpevolezza e irretroattività come possibili rimedi all’imprevedibilità. E ciò, allo scopo di trovare un complessivo equilibrio di sistema, che oltretutto consentirebbe di attenuare il più possibile quel particolare momento di rottura che si genera tutte le volte in cui si è costretti a riconoscere l’imprevedibilità.

2. La questione affrontata: la rilevanza dell’imprevedibilità rispetto ai mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli.

La questione, da tempo sollevata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, anche perché crocevia di problematiche di legalità centralissime e molteplici, era la seguente: se sia punibile il fatto realizzato a cavaliere tra due sentenze delle Sezioni Unite, e cioè dopo una prima sentenza che qualifica un determinato fatto come lecito, ma prima di una seconda sentenza che invece qualifica l’identico fatto come illecito. Detto diversamente, si pone il problema della possibilità di rendere applicabile un mutamento giurisprudenziale sfavorevole a fatti realizzati prima del suo consolidamento.

Nel caso di specie, nella sentenza delle Sezioni Unite Casani del 2012 si era stabilito che realizzava il delitto di accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615-ter c.p.) sia chi non era legittimato ad accedere perché privo delle credenziali di accesso, sia chi era legittimato ad accedere, ma accedeva violando la disciplina delle regole di accesso, con la conseguenza che *non commetteva il reato* chi, essendo legittimato ad accedere, entrava senza violare la disciplina, ma per finalità meramente private: esempio classico, l’accesso alla banca dati SDI (Sistema di Indagine) da parte di un agente delle forze dell’ordine per finalità meramente private. Nella sentenza successiva Savarese del 2017, le Sezioni Unite avevano mutato orientamento, affermando che integrava il delitto di accesso abusivo anche il soggetto che, pur essendo legittimato e senza violare la disciplina, accedeva per ragioni non di ufficio ma meramente private. Ecco che nella sentenza in esame, relativa a un accesso per finalità private compiuto nel 2016 proprio da un agente della polizia giudiziaria, la Corte ha ritenuto che «nel caso di specie, l’imputato, al momento in cui i fatti furono commessi, poteva fare affidamento su una regola stabilizzata che escludeva la rilevanza penale della propria condotta e non vi erano concreti, specifici “segnali” che inducessero a prevedere che, dopo cinque anni dalla sentenza “Casani”, le Sezioni Unite della Corte avrebbero in seguito attribuito a quella condotta rilievo penale, rivedendo in senso “peggiorativo” il precedente orientamento».

3.

La soluzione adottata basata sulla colpevolezza (art. 5 c.p.): una soluzione di sapiente equilibrio.

Rispetto al passato, la novità storica sta nel fatto che per la prima volta la Corte di cassazione pone un limite all'operatività del mutamento sfavorevole facendo leva sul concetto della imprevedibilità declinato attraverso l'art. 5 c.p., per cui, in buona sostanza, la Corte ha ritenuto che si è trattato di un mutamento giurisprudenziale imprevedibile, come tale scusante. Si tratta di una soluzione che non si può che accogliere con estremo favore, non soltanto per l'esito decisamente garantista, ma anche per l'equilibrio che la ispira, nel senso che consente di compiere un passo importante, un decisivo progresso, senza tuttavia scardinare, se così si può dire, il sistema: insomma, avanti, ma con prudenza.

A ben vedere, infatti, dietro alla questione della rilevanza della imprevedibilità del mutamento sfavorevole si agitano relevantissime problematiche di legalità che si intrecciano alle diverse soluzioni prospettate. Circa la legalità, anzitutto, si pone il problema della plausibilità, se non addirittura dell'ammissibilità, degli stessi mutamenti interpretativi sfavorevoli. In secondo luogo, v'è il tema del ruolo "qualificato" delle sentenze delle Sezioni Unite che nella sostanza assumono una portata di precedente relativamente vincolante. Infine, si pone il problema della valenza – se così si può dire – del diritto vivente e quindi dell'interpretazione rispetto alla disposizione legislativa.

Circa le soluzioni, se tutte sono orientate a dare spazio e riconoscimento alla imprevedibilità in chiave di garanzia, tuttavia gli strumenti risultano molto diversi. Oltre alla soluzione adottata dalla Corte, come detto basata sull'art. 5, anzitutto, si registrano posizioni che, facendo leva proprio sulla legalità, si orientano nel senso di ridurre la stessa possibilità di andare a modificare gli orientamenti interpretativi in termini estensivi sfavorevoli in una prospettiva – per così dire – di immobilismo ermeneutico. Da un lato, basandosi su una visione fortemente legalista, v'è chi avalla addirittura l'idea che si possa applicare anche al dubbio interpretativo la regola processuale dell'*in dubio pro reo*, prospettando così, in presenza di più soluzioni ermeneutiche, una sorta di automatismo che impone di adottare quella più restrittiva. Dall'altro lato, su un piano più giurisprudenziale, ma con lo stesso esito di irrigidimento del sistema, v'è chi propone l'adozione anche nel nostro sistema del vincolo del precedente. Insomma, l'esigenza di garanzia andrebbe soddisfatta non tanto – per così dire – "a valle" sul piano dell'imprevedibilità (colpevolezza o irretroattività), ma piuttosto, prima ancora, "a monte", sul fronte della legalità, spingendo verso una legalità legalistica, addirittura "stretta", se non addirittura verso il vincolo del precedente. Dall'altro lato, vi sono posizioni altrettanto risolutive, che, nel riconoscere margini all'interpretazione, tuttavia sono orientate nel senso di applicare il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, ragion per cui nel momento in cui esiste un precedente delle Sezioni Unite che esclude la rilevanza penale del fatto, i consociati che hanno agito successivamente non possono che aver fatto affidamento su quella sentenza, con la conseguenza che un successivo mutamento in senso estensivo e quindi sfavorevole non può essere applicato a fatti commessi prima.

Ebbene, la Corte si muove in un sapiente equilibrio tra queste due posizioni. Con la seconda, basata sulla irretroattività, condivide l'idea che si possano adottare anche interpretazioni che estendono la portata applicativa di una fattispecie, ma, nel momento in cui si fa leva sull'art. 5, si riconosce un'esigenza di garanzia da soddisfare ribadendo al contempo il primato della legge sull'interpretazione. Anche perché la maggior obiezione che viene mossa a chi intende applicare l'irretroattività al mutamento sfavorevole è quella di andare ad equiparare l'interpretazione alla disposizione, il diritto vivente alla legge. E la Corte ha proprio cura di evitare di entrare nella problematiche della legalità, là dove precisa che, applicando l'art. 5, «non si tratta di equiparare il diritto vivente alla legge, quanto, piuttosto, di riconoscere al primo un ruolo, una funzione che interferisce con la ragionevole prevedibilità delle decisioni future». Insomma, l'irretroattività vige per la legge, non opera per il mutamento giurisprudenziale, ancorché qualificato.

Rispetto alla prima soluzione basata sulla legalità, si concedono margini al mutamento, ma allo stesso tempo si pongono anche argini allo stesso, stabilendo che, allorquando mancano segnali di allarme, non può essere punito chi ha commesso il fatto prima del mutamento sfavorevole, raggiungendo così, con un certo pragmatismo, il risultato di garanzia.

Ecco che si può parlare di una sorta di quadratura del cerchio che nel riconoscere valenza

all'interpretazione, distaccandosi così dall'orientamento legalista, attraverso l'impiego dell'art. 5 prende anche le distanze da quello che invece, nell'ammettere l'irretroattività, rischia di rompere la legalità.

4. Alcuni punti fermi posti dalla sentenza.

Merito della sentenza è anche quello di porre alcuni punti fermi di estremo rilievo, Primo punto fermo è la distinzione tra contrasti sincronici e diacronici ovvero tra contrasti e mutamenti sfavorevoli. È la stessa Corte a riconoscere la differenza tra queste due tipologie di contrasto: «è noto come il contrasto giurisprudenziale di tipo sincronico – due o più interpretazioni difformi della medesima norma coesistono nel medesimo intervallo temporale – incida sul principio di determinatezza e prevedibilità delle decisioni, impedendo ai consociati di calcolare le conseguenze giuridico-penali della propria condotta, mentre il c.d. contrasto di tipo diacronico – cioè l'esistenza di linea interpretativa “afferzata” in un determinato lasso temporale che, tuttavia, viene smentita da una decisione successiva e che origina una “svolta” giurisprudenziale in senso sfavorevole all'imputato – incida sul principio di prevedibilità ed evoca in senso lato il tema della irretroattività della “norma” penale sfavorevole».

In secondo luogo, la Corte ammette la componente creativa che può caratterizzare l'interpretazione, distinguendo tra un mutamento giurisprudenziale evolutivo e uno innovativo: «si è chiarito in dottrina come il c.d. mutamento evolutivo si realizzi quando, nella pressoché assenza di precedenti, si estende la portata applicativa della fattispecie incriminatrice attraverso una interpretazione che arricchisce, specifica, integra ovvero adegua il significato precedentemente attribuito all'enunciato legislativo, permettendo alla norma, cristallizzata nella disposizione, di adattarsi ad un nuovo contesto storico-normativo. Il mutamento innovativo si realizza, invece, quando vi è, secondo la stessa giurisprudenza, la necessità di “porre rimedio” – nell'immutato contesto di riferimento – a quello che viene di fatto ritenuto dall'interprete come un vuoto di tutela derivante da una precedente interpretazione che viene considerata non più condivisibile».

Insomma, lo si chiami come si vuole, resta un dato che non esitiamo a definire della “natura delle cose normative”: le interpretazioni possono arricchire la portata della legge e gli orientamenti giurisprudenziali che concorrono a delineare la legalità *in action* mutano, estendendo o restringendo la portata applicativa di una fattispecie, e con questo mutamento si deve fare i conti. In altri termini, o si afferma che non sono ammessi mutamenti prospettando così un immobilismo contraddetto dalla realtà, oppure si riconosce che questi mutamenti si possono verificare, imponendosi la necessità di individuare strumenti di garanzia per gestirli.

Ed ancora, il terzo punto fermo posto dalla sentenza in esame riguarda il ruolo delle sentenze delle Sezioni Unite: «se si ritiene, come correttamente si è fatto osservare, che, con l'introduzione dell'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., siano state poste le basi per la creazione di un sistema del “precedente” – seppure inteso in senso relativo –, deve riconoscersi allora maggior rilievo al tema del c.d. mutamento giurisprudenziale». Insomma, al rafforzamento del ruolo nomofilattico delle Sezioni Unite di (relativa) stabilizzazione del precedente deve corrispondere l'attribuzione di una portata maggiormente dirompente al mutamento giurisprudenziale.

Quarto punto fermo, infine, è proprio la consapevolezza che non si può non porre un argine di garanzia ai mutamenti sfavorevoli. Emblematica l'espressione della Corte in cui si afferma che non ci si può non far carico della questione, che qualcosa deve essere necessariamente fatto: «sia che si voglia attribuire al mutamento giurisprudenziale una valenza più assimilabile a quella che si realizza con una modifica normativa *in malam partem* [...], sia che, invece, si voglia attribuire al “diritto vivente” la tradizionale valenza meramente “dichiarativa” della reale portata della norma della legge [...], il mutamento giurisprudenziale sfavorevole pone “questioni” perché è destinato a “colpire” anche chi ha commesso il fatto anteriormente ad esso, quando cioè predominava l'orientamento “favorevole”, generatore di affidamento». Certo, si pone poi anche il problema della fondatezza e della plausibilità del mutamento, il quale deve essere vagliato alla luce delle regole ermeneutiche, ma nel momento in cui si riconosce rilevanza al mutamento non ci si può non porre la questione della sua operatività o meno a fatti realizzati prima del suo consolidamento.

5.

I possibili rischi insiti nella soluzione adottata dalla sentenza

Ed eccoci al futuro. Resta un nodo da sciogliere rispetto al quale è opportuno aprire una serena riflessione priva di drammatizzazioni: anche alla luce dei punti fermi appena delineati, siamo proprio sicuri che non debba esserci alcuno spazio per l'irretroattività? Certo, il riferimento all'art. 5, sostenuto dal richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988, ha anche un solido fondamento di principio: proprio muovendo dai presupposti di quella sentenza, secondo cui alla base dell'art. 5 esistono reciproci doveri della persona e dello Stato, vale a dire doveri di conoscenza in capo alla persona, come anche doveri di comunicazione/informazione in capo all'ordinamento, la violazione di questi ultimi realizza una nuova qualifica di illiceità imprevedibile, comportando per l'appunto l'applicazione dell'art. 5. E una conferma di questa chiave di lettura si ricava dalla circostanza che, una volta richiamata l'applicazione dell'art. 5, la Corte non si sofferma sul giudizio di evitabilità/inevitabilità. Nella sentenza v'è un solo passaggio in cui si accenna a tale giudizio, là dove si precisa che il mutamento non era nemmeno "nell'aria": «un mutamento giurisprudenziale, quello sopravvenuto nel 2017, che, in astratto – come sempre – era possibile, non privo di ragionevolezza, che aveva avuto vaghi prodromi, ma che, al momento in cui fu commesso il fatto, non era esattamente "nell'aria"». Ma proprio perché non era "nell'aria", mancava quel motivo (il c.d. *Anlaß*) che induce a interrogarsi sulla liceità/illiceità della condotta e che costituisce una sorta di presupposto per il giudizio di evitabilità/inevitabile, con la conseguenza che coerentemente la Corte non si profonde a vagliare se il mutamento fosse prevedibile o meno, dando nella sostanza per scontata la sua inevitabilità ovvero la sua indiscutibile imprevedibilità – per così dire – assoluta.

D'altra parte, ancorché del tutto plausibile, si tratta però di una lettura che rischia di addossare sui consociati più "responsabilità" di quante ne possano avere, proprio nel momento in cui attraverso l'art. 5 si rende comunque possibile un giudizio di evitabilità da parte della persona. E se, infatti, il mutamento fosse stato "nell'aria"? Ma soprattutto, come si fa a stabilire se un mutamento può essere o meno "nell'aria"? Anche perché o si fa riferimento a pronunce pregresse che nell'incrinare una giurisprudenza consolidata costituiscono segnali di possibili mutamenti (pronunce che, a ben vedere, generano così un contrasto); oppure si è costretti ad aprire a valutazioni socio-culturali del tutto estranee al dato normo-interpretativo. Non possono non tornare alla mente le prime applicazioni della prevedibilità da parte della Corte EDU che nella sostanza hanno giocato addirittura *in malam partem*, a cominciare proprio dal mutamento giurisprudenziale che rese punibili le violenze sessuali perpetrate dai mariti nei confronti delle mogli, perché – si disse – il mutamento giurisprudenziale non aveva fatto altro che registrare un progresso mutamento sociale. Quello che in sostanza si vuole evidenziare è come il mutamento giurisprudenziale, se autenticamente tale, sia attività che dipende tutta dai poteri dello Stato, mentre il cittadino è nella sostanza costretto a subirlo. Insomma, detto diversamente, è come se, con riferimento a una nuova incriminazione si ponesse un problema della sua prevedibilità in ragione del progresso dibattuto che si è sviluppato nella società o dell'iter legislativo che l'ha preceduta.

Ed ancora, da altro angolo visuale, ci si deve interrogare se contrasto e mutamento sfavorevole debbano andare verso un trattamento identico oppure differenziato. Certo, come afferma la stessa Corte, entrambi possono rientrare all'interno del concetto della imprevedibilità. Eppure, sempre come riconosce anche la stessa Corte, sembra sussistere una differenza: nel contrasto è l'ordinamento che non è in grado di mandare un messaggio univoco, ma è anche un messaggio che in quanto ambiguo lascia aperta l'opzione della prevedibilità. Del resto, il tema è già stato affrontato in modo ineccepibile dalla sentenza delle Sezioni Unite Contrada n. 8544/2020, che se da un lato ha affermato che il contrasto di per sé non implica imprevedibilità, dall'altro lato, ha anche precisato che il contrasto può assumere rilevanza in termini di conoscenza/conoscibilità, perché il contrasto genera il dubbio e il dubbio può essere vinto. Insomma, davanti al contrasto che nella sostanza comunica che è incerto se il fatto costituisca reato, l'ordinamento non compie del tutto il suo dovere, ma al contempo, proprio perché dà un messaggio contraddittorio, rimette alla persona l'ultima valutazione in termini di evitabilità/inevitabilità. Tant'è vero che la persistenza del contrasto, e potremmo dire *solo* la persistenza del contrasto, può generare poi problemi di legalità sul piano della determinatezza, visto che nel nostro ordinamento, privo del vincolo del precedente, il contrasto ha carattere fisiologico e serve oltretutto proprio a evitare mutamenti radicali. Nel mutamento sfavorevole, invece, l'ordinamento ha in un primo momento comunicato un messaggio chiaro e inequivoco nel

sensu della liceità, dopo di che ha cambiato orientamento, con la conseguenza che la persona non può che aver fatto affidamento sulla precedente statuizione oltretutto consolidante. Con la conseguenza che non solo punire, ma anche valutare l'evitabilità imponendo alla persona di verificare concreti e specifici segnali che inducessero a prevedere il mutamento, non avrebbe alcun senso, poiché altrimenti si renderebbe responsabile una persona per un qualcosa di cui non può essere fatta responsabile. Insomma, trattare il mutamento come un contrasto aprirebbe alla possibilità di valutare la sua evitabilità, ma la persona non ha alcuna responsabilità di esso.

6. Uno sguardo al futuro: mutamento sfavorevole e contrasto giurisprudenziale tra irretroattività e colpevolezza

Il pericolo conseguente al fatto di attrarre tutto nell'imprevedibilità è di sottoporre il *mutamento* giurisprudenziale alla componente aleatoria ed indeterminata del giudizio di evitabilità. Inoltre, per quanto riguarda in particolare il *contrasto*, esso rischia di essere riassorbito in una sorta di presunzione di evitabilità, cui di fatto la giurisprudenza potrebbe essere incline. Il grande passo in avanti compiuto oggi dalla Cassazione, per essere davvero tale, implica che la Corte prima di tutto metabolizzi – per così dire – la portata innovativa di questa sentenza, che sta nell'equilibrio raggiunto tra libertà interpretativa e garanzia dell'individuo. In secondo luogo, è necessario però che sia ripensato quell'orientamento maturato sull'art. 5 c.p. onde evitare che il suo rigore, davvero estremo, possa finire per neutralizzare la rilevanza pure del mutamento sfavorevole col fare appello a criteri che attribuiscono oneri troppo gravosi al soggetto agente, com'è quello di verificare che il mutamento fosse percepibile "nell'aria".

Tutto ciò ribadito, è possibile spingere lo sguardo più oltre, verso un futuro più o meno prossimo in cui sia forse possibile giungere ad una sorta di condominio tra l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole e la colpevolezza (prevedibilità/imprevedibilità) per tutte le altre ipotesi di oscurità e inaccessibilità (soggettiva) del precetto, com'è nell'ipotesi del contrasto. Indubbiamente, un simile ulteriore passo presupporrebbe la piena maturazione di diverse condizioni di fondo: in primo luogo, il dissolvimento dei fantasmi che evoca il c.d. creazionismo giudiziario e, in secondo luogo e soprattutto, una decisiva svolta del costituzionalismo penale e del sistema delle garanzie. Sotto quest'ultimo profilo, in verità a noi pare che il sistema delle garanzie sia già in parte mutato rispetto alle origini di quasi ottant'anni fa, per cui sempre più centrale è il rapporto tra Stato, comprensivo del potere legislativo e giudiziario, e i consociati. Tuttavia, molte questioni di garanzia si continuano a vedere secondo una sorta di primo costituzionalismo moderno che ancora risentiva molto della prospettiva del costituzionalismo premoderno, ovvero come questioni di rapporto tra legislatore e giudice, trascurando completamente il vero e proprio destinatario della garanzia, vale a dire il consociato, la persona che si trova a subire il trattamento sanzionatorio da parte dei poteri dello Stato. Insomma, nel primo costituzionalismo moderno la ricostruzione delle garanzie è stata ancora molto condizionata da una visione – per così dire – illuministica che si basava sui rapporti tra i poteri dello Stato, configurando quindi le garanzie dalla prospettiva dello Stato e dei suoi poteri e divenendo così centrale il rapporto tra legislatore e giudice. Tuttavia, risulta sempre più urgente una visione che dischiuda la grande portata del costituzionalismo moderno caratterizzata dalla sua impronta fortemente personalistica che "contrappone" con forza la persona agli abusi dello Stato nel suo complesso, imponendo di andare a scovare ogni abuso, quale che sia il potere che lo realizza (legislativo, giudiziario, amministrativo) e di tentare con ogni mezzo di porvi rimedio, non meravigliandosi se le garanzie, come nel nostro caso la irretroattività, penetrano in tutto l'ordinamento e si dirigono a evitare qualsiasi abuso derivante dall'esercizio di qualsiasi potere.

Ebbene, se si adotta la visione tradizionale basata su una concezione delle garanzie in cui si attribuisce priorità alla ripartizione dei poteri, il mutamento è visto come un problema di rapporto tra potere legislativo e potere giudiziario, ed è conseguenza naturale ritenere che attraverso l'irretroattività si equipara il diritto vivente alla legge. Se invece si adotta una visione diversa dove centrale è la persona contrapposta al potere punitivo esercitato dal legislatore e dal giudice, ci si rende conto che la persona ha fatto affidamento su un orientamento consolidato, vale a dire su un messaggio della legge+interpretazione che riconosceva il suo comportamen-

to come lecito, con la conseguenza che se si applica la nuova interpretazione o comunque la vicenda è valutata in termini di evitabilità, si finisce per addossargli una responsabilità quando addirittura ha fatto affidamento su una pronuncia consolidata, su una comunicazione inequivoca da parte dell'ordinamento in termini di liceità. Ecco che applicare in queste ipotesi l'art. 5, se, da un lato, raggiunge pragmaticamente l'importante obiettivo di garanzia di escludere la responsabilità, dall'altro lato, però, rischia di essere fuori asse rispetto al moderno (futuro?) costituzionalismo: e ciò perché, nel momento in cui si attribuisce rilevanza a un giudizio di evitabilità da parte del soggetto, lo si rende particolarmente responsabile, in un certo senso "protagonista", di una vicenda che ha invece come unico vero attore l'ordinamento nel suo esercizio del potere punitivo: esercizio, quello che si concreta nel mutamento giurisprudenziale, certamente legittimo e anzi salutare per vita del diritto, ma che dovrà svolgersi nel rispetto del limite garantista *oggettivo* della irretroattività.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

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