

**La perdurante rilevanza penale dell'omesso versamento
dell'assegno di mantenimento in favore dei figli nati fuori dal matrimonio.
Brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 189/2019***

di Andrea De Lia**
(7 settembre 2019)

Sommario: 1. Premesse. - 2. La posizione assunta dalla Corte rispetto alle questioni di legittimità e le motivazioni del rigetto. - 3. Un breve commento alla pronuncia. - 4. *Segue*. Il "rimprovero" rivolto al legislatore delegato ed i potenziali effetti di una "bacchettata". - 5. Conclusioni.

1. Premesse.

Con la sentenza n. 189 del 5 giugno 2019, la Corte costituzionale ha rigettato per infondatezza alcune questioni di illegittimità sollevate in ordine all'art. 570-*bis* c.p. (che reca la rubrica «violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio»)¹, introdotto dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 (in attuazione del principio della c.d. "riserva di codice", di cui all'attuale art. 3-*bis* c.p. e della delega attribuita in tal senso dalla l. 23 giugno 2017, n. 103), in concomitanza con l'abrogazione dell'art. 12-*sexies* l. 1 dicembre 1970, n. 898 e dell'art. 3 l. 8 febbraio 2006, n. 54².

La decisione ha preso le mosse da diverse ordinanze di rimessione del Tribunale di Nocera Inferiore, della Corte d'appello di Milano, della Corte d'appello di Trento e dal Tribunale del Civitavecchia; più in particolare, i giudici *a quibus* avevano premesso di dover giudicare di fatti di omesso versamento di assegni di mantenimento stabiliti dal giudice civile in favore di figli (minori e maggiorenni non autosufficienti) nati fuori dal matrimonio.

Tali fatti sarebbero risultati punibili, prima della novella di cui sopra, ai sensi della disposizione da ultimo citata (in combinato disposto con il successivo art. 4 comma 2³, con l'art. 12-*sexies* l. n. 898/1970 e con l'art. 570 c.p.); sicché, per l'effetto del chiaro ed univoco richiamo operato dall'art. 570-*bis* c.p. alla separazione e allo scioglimento del matrimonio (in rubrica) nonché alla figura del coniuge (nel corpo della disposizione), ad avviso dei remittenti, il più recente intervento normativo avrebbe provocato una parziale *abolitio criminis*, proprio con riferimento al caso dell'omesso versamento dell'assegno in favore dei figli nati da relazioni extraconiugali.

Tale discontinuità normativa, in tesi, avrebbe dunque generato un vuoto di tutela, che si sarebbe rivelato in contrasto con l'art. 3 Cost., e quindi del principio di eguaglianza, e con l'art. 30 Cost. che sancisce l'equiparazione giuridica di detti soggetti a quelli nati in costanza di matrimonio; inoltre, l'intervento normativo si sarebbe appalesato illegittimo ai sensi del combinato disposto degli artt. 76 e 25 Cost., in quanto con il varo della novella il Governo avrebbe violato la delega conferita con la l. n. 103/2017, che aveva ad oggetto

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Che testualmente recita: «le pene previste dall'art. 570 si applicano al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli».

2 L'art. 3 l. n. 54/2006, con riferimento alla separazione e all'affido dei figli, stabiliva in particolare che «in caso di violazione degli obblighi di natura economica si applica l'art. 12-*sexies* l. n. 898/1970», che a sua volta operava per la violazione dell'assegno divorzile un rinvio alle pene previste dall'art. 570 c.p.

3 Tale disposizione stabilisce: «le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché *ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*».

soltanto un riordino attuabile mediante la mera trasposizione di norme incriminatrici compendiate in leggi speciali all'interno del Codice penale.

La Corte costituzionale, ripercorsi i rilievi sviluppati nelle ordinanze di rimessione, ha quindi tracciato un breve *excursus* normativo, ricostruendo la disciplina penale della violazione degli obblighi di mantenimento dei figli, dettata innanzitutto dall'art. 570 c.p., ed in particolare al comma 2 n. 2 di detta disposizione, tuttora vigente (che punisce con reclusione e multa il soggetto obbligato che fa «mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro»), operando un veloce richiamo alla l. 6 marzo 1987, n. 74 (che ha introdotto l'art. 12-*sexies* nel corpo della l. n. 898/1970) e all'art. 3 l. n. 54/2006, che progressivamente hanno modificato il sistema sul quale poi è intervenuta la novella del 2018.

La disposizione da ultimo citata, in particolare, applicata in combinato disposto con il secondo comma dell'art. 4, secondo un orientamento prevalente della suprema Corte di cassazione, avallato anche dalla Consulta con la sentenza in rassegna, disciplinava in maniera uniforme sotto il profilo penalistico l'omesso versamento dell'assegno di mantenimento stabilito dal giudice civile in favore dei figli, nati *tanto* in costanza di matrimonio *quanto* da relazioni extraconiugali, affiancando l'originaria previsione codicistica (art. 570 comma 2 n. 2 c.p.), destinata tutt'oggi a regolare l'ipotesi della condotta omissiva dalla quale sia derivata in capo al beneficiario l'indisponibilità dei mezzi di sussistenza (elemento costitutivo non previsto dalla disposizione *extra codicem*)⁴.

Dopo tali premesse, ed a seguito del rigetto delle eccezioni preliminari di inammissibilità sviluppate dall'Avvocatura dello Stato, la Corte ha dunque esaminato *ex officio*, nella medesima prospettiva, il tema della rilevanza nell'eventuale pronuncia di accoglimento, con effetti *in malam partem*, rispetto ai giudizi *a quibus*, ribadendo il principio, già espresso nella sentenza Corte cost., 23 gennaio 2014, n. 5, secondo il quale le "norme penali di favore" introdotte con decreto legislativo su delega del Parlamento sono sottoposte al sindacato della Corte costituzionale in ordine al rispetto della delega conferita al Governo in ossequio al principio della riserva di legge in materia penale⁵.

Sicché la Corte ha potuto affrontare nel merito le questioni di legittimità sollevate, attraverso i rilievi che verranno di seguito succintamente esposti.

2. La posizione assunta dalla Corte rispetto alle questioni di legittimità e le motivazioni del rigetto.

La Consulta, come preannunciato, ha statuito l'infondatezza delle questioni di legittimità sollevate, rimarcando la perfetta continuità normativa tra l'art. 570-*bis* c.p. e le norme

⁴ In realtà la giurisprudenza, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 21/2018, ha approcciato la questione del rapporto tra le fattispecie di riferimento (artt. 570 comma 2 n. 2 c.p., art. 3 l. n. 54/2006 e art. 12-*sexies* l. n. 898/1970) in maniera assai ondivaga. In alcune occasioni la Cassazione ha ritenuto infatti che laddove l'omesso versamento dell'assegno stabilito dal giudice civile (fatto *ex se* penalmente rilevante per l'effetto delle disposizioni compendiate nelle leggi speciali) avesse provocato altresì l'indisponibilità di mezzi di sussistenza per il soggetto beneficiario dell'assegno medesimo, tale condotta avrebbe integrato il solo delitto di cui all'art. 570 comma 2 n. 2 c.p., per assorbimento delle altre fattispecie (cfr. Cass., Sez. VI, 17 ottobre 2013, n. 44629, in *Dejure*). In altri casi, invece, la Corte ha ritenuto che tra le figure delittuose in disamina sussistessero le differenze strutturali caratteristiche della specialità reciproca per aggiunta (determinate dagli elementi dello stato di bisogno *da un lato*, e dalla violazione dell'obbligo di pagamento sancito dal giudice civile *dall'altro*), tanto da giustificare il cumulo sanzionatorio del concorso formale (vd. Cass., Sez. VI, 13 marzo 2012, n. 12307, in *Foro It.*, 2012, n. 12, II, p. 711).

⁵ La sentenza è stata annotata, tra gli altri, da M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, 31 marzo 2014, in *questa Rivista*. Sul punto vd. anche M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, pp. 111 ss; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, 2015, pp. 181 ss.

abrogate dal d.lgs. n. 21/2018, e quindi ritenendo sussistente, nel caso di specie, un fenomeno definibile in termini di *abrogatio sine abolitione*.

A tal proposito, la Corte ha rilevato che l'individuazione della portata della novella non avrebbe potuto prescindere proprio dall'individuazione delle finalità ad esse sottese, in termini di mera attuazione del principio di "riserva di codice" di cui alla legge-delega, e quindi dall'esclusivo scopo "sistematorio" dell'intervento, chiaramente emergente anche dall'esame dei lavori preparatori.

Al cospetto di detto presupposto, la Corte ha ritenuto meritevole di avallo l'orientamento della Cassazione, formatosi nella pendenza delle questioni sottoposte al vaglio della Corte costituzionale (*infra*), secondo il quale – in estrema sintesi – l'art. 4 comma 2 l. n. 54/2006, che richiama i «figli di genitori non coniugati», tutt'ora vigente, e che operava (ed opera ancora) un collegamento "dinamico" a tutte le disposizioni della predetta legge, si riferirebbe in sostanza nel rinnovato contesto – per l'effetto dell'abrogazione dell'art. 3 cit. – all'art. 570-*bis* c.p., che avrebbe in sostanza meramente "sostituito" la precedente disposizione.

Del resto – ha proseguito la Consulta – contrariamente opinando, e cioè a voler accogliere una lettura difforme della nuova disposizione si sarebbe dovuti approdare ad una pronuncia di accoglimento delle questioni sottoposte, perché ammissibili e fondate sulla base dei parametri costituzionali invocati; nondimeno, ha soggiunto la Corte medesima, l'intervento normativo attuato dal Governo si è di fatto rivelato distonico proprio rispetto alle esigenze di chiarezza e di percepibilità del precetto penale che la legge-delega intendeva perseguire alla luce del principio di "riserva di codice", tanto da rendere addirittura auspicabile un intervento "chiarificatore" del legislatore sul testo dell'art. 570-*bis* c.p.

A fronte di una decisione che è approdata, per quanto meglio si dirà, ad una soluzione tutto sommato condivisibile in ordine alla perdurante rilevanza penale delle condotte omissive sopra descritte, la scarsa "chiarezza precettiva" della nuova disposizione, stigmatizzata dalla Consulta, rappresenta allora un tema che deve essere attentamente valutato.

3. Un breve commento alla pronuncia.

3.1. La sentenza in esame ha sposato una soluzione già espressa dalla Corte di cassazione, che con diverse pronunce (ed in particolare con le sentenze Cass., Sez. Fer., 2 agosto 2018, n. 37766, Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2018, n. 55744 e Cass., Sez. VI, 13 dicembre 2018, n. 56080, tutte in *Dejure*) aveva per l'appunto affermato, seppur attraverso percorsi argomentativi non del tutto sovrapponibili, la piena continuità normativa tra il delitto di cui all'art. 3 l. n. 54/2006 e l'art. 570-*bis* c.p., ritenendo che si sarebbe trattato di una lettura dell'intervento operato con d.lgs. n. 21/2018 "a rime obbligate", dettata cioè dagli artt. 3, 25 comma 2, 30 e 76 Cost.

Anche la Cassazione, peraltro, pur constatando il disallineamento testuale tra la nuova disposizione codicistica ed il previgente art. 3 l. n. 54/2006 cit., e dato atto delle prime incertezze applicative della nuova disposizione registratesi nella giurisprudenza di merito, aveva fondato la tesi della continuità normativa sulla base delle finalità perseguite dal d.lgs. n. 21/2018 cit. e della perdurante vigenza dell'art. 4 comma 2 l. n. 54/2006, operante il richiamo ai figli nati fuori dal matrimonio.

Tale soluzione, non universalmente condivisa dalla dottrina⁶, era stata però in precedenza ipotizzata anche nella Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Cassazione n.

⁶ Sul tema vd. L. PEDULLÀ, *Il nuovo art. 570-bis c.p. e beni di rilevanza costituzionale: un pasticcio legislativo*, 9 aprile 2018, in *questa Rivista*, e A. ROIATI, *La singolare eterogenesi dei fini del nuovo art. 570-bis c.p.*, 13 marzo 2019, in www.lalegislazionepenale.eu.

32 del 23 aprile 2018⁷, ma in quella stessa sede valutata come particolarmente critica proprio sulla scorta del dato letterale e del riferimento esclusivo operato dall'art. 570-*bis* c.p. al "coniuge", tanto che si era prospettato come non improbabile un successivo accreditamento giurisprudenziale della tesi dell'*abolitio criminis*.

Ciò nonostante, la sentenza della Consulta appare condivisibile, in primo luogo, alla luce della *ratio legis* che sottende alla novella, come desumibile peraltro dai lavori preparatori, e quindi valorizzabile sulla base dell'art. 12 delle preleggi; inoltre, la locuzione «in materia di separazione dei coniugi e di affidamento del condiviso dei figli» di cui alla rubrica dell'art. 570-*bis* c.p., piuttosto che riferirsi ai predetti singoli istituti civilistici sembra operare effettivamente un "*link*" all'intera legge n. 54/2006 (che reca per l'appunto norme "in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli"), e quindi anche all'art. 4, la cui attuale vigenza depone ulteriormente per la perfetta continuità normativa tra "vecchio" e "nuovo"⁸.

Si tratta di elementi di notevole spessore, ai quali semmai affiancare l'interpretazione "costituzionalmente orientata", nonché quella "sistematica" (evocata dalla Cassazione nella pronuncia Cass. n. 55744/2018 cit., per il vero con eccessiva enfasi) fondata sul rilievo della generale equiparazione della posizione giuridica dei figli, che *ex se* considerata (e cioè in difetto di ulteriori elementi), provocando una forzatura del testo dell'art. 570-*bis* c.p. da parte del giudice ordinario, si sarebbe posta invero in tensione con il principio di legalità, e col divieto di analogia in materia penale, specie se *in malam partem*.

3.2. Vi è tuttavia – ed in disparte dalle questioni che attengono alla condivisibilità della scelta incriminatrice adottata dal legislatore ancor prima dell'entrata in vigore della novella, in termini di sanzione della mera inottemperanza al provvedimento giudiziario, che involge problemi correlati al rispetto del principio di sussidiarietà della materia penale, e dell'*extrema ratio*⁹ – che la Corte costituzionale, a fronte del difetto di attenzione da parte del Governo nell'attuazione della delega (per l'effetto dell'omessa traslazione nella nuova disposizione di una parte delle previsioni compendiate nell'art. 4 comma 2 l. n. 54/2006 cit., o comunque per il mancato richiamo a quest'ultima disposizione ad opera dell'art. 570-*bis* c.p.), come già si è detto, ha rimarcato che la novella, vanificando le finalità che sottendono al principio di "riserva di codice" e alla delega conferita, avrebbe inserito a sistema una disposizione (l'art. 570-*bis* c.p., per l'appunto) priva di evidenza precettiva, tanto da suggerire addirittura un intervento chiarificatore da parte del legislatore in tal senso.

Tale chiosa potrebbe generare allora uno "strascico" giudiziario da non sottovalutare affatto; vi è infatti che la scarsa precisione del nuovo art. 570-*bis* c.p. potrebbe riverberarsi

⁷ Reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it.

⁸ In questo senso sia tollerato il richiamo di A. DE LIA, "Le parole che non ti ho detto". Brevi riflessioni sulla rilevanza penale della violazione degli obblighi di natura economica nei confronti dei figli minori, nati al di fuori del matrimonio, alla luce dell'introduzione dell'art. 570-*bis* c.p., in Cass. Pen., 2019, pp. 1924 ss.

⁹ A tale problematica si aggiunge quella dell'approccio giurisprudenziale alla fattispecie omissiva in disamina, atteso che, ai fini dell'integrazione dell'elemento psicologico del reato, la Cassazione ha sempre ritenuto sufficiente la mera conoscenza dell'obbligo di versamento imposto dal giudice civile, riferendo all'obbligato l'onere della prova, di fatto "diabolica", dell'impossibilità di adempiere. Vd. sul punto Cass., Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 24162, in *Dejure*, che ha affermato per l'appunto che «come ribadito da numerose pronunce, in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, l'incapacità economica dell'obbligato, intesa come impossibilità di far fronte agli adempimenti... deve essere assoluta e deve altresì integrare una situazione di persistente, oggettiva ed incolpevole indisponibilità di introiti. Inoltre, sempre secondo un indirizzo ermeneutico largamente condiviso, ai fini dell'esclusione della responsabilità per il reato... incombe all'interessato l'onere di allegare gli elementi dai quali possa desumersi l'impossibilità di adempiere alla relativa obbligazione, del tutto inidonea essendo a tal fine la dimostrazione di una mera flessione degli introiti economici o la generica allegazione di difficoltà».

rispetto a condotte di omessa corresponsione in favore dei figli nati fuori dal matrimonio realizzate dopo l'entrata in vigore della predetta disposizione¹⁰, sollevando il problema della "rimproverabilità" di tali violazioni, sul quale appare opportuno spendere qualche breve considerazione ulteriore.

4. Segue. Il "rimprovero" rivolto al legislatore delegato ed i potenziali effetti di una "bacchettata".

4.1. La Corte costituzionale con la sentenza Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, come ben noto, ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 5 c.p. nella parte in cui tale disposizione, anche per l'effetto dell'interpretazione resane dalla giurisprudenza maggioritaria (e quindi del "diritto vivente"), non escludeva la rilevanza dell'ignoranza della legge penale e dell'errore sul precetto, derivante dal contrasto giurisprudenziale sull'esegesi della norma penale o dalla sua oscurità, laddove "inevitabili".

La Consulta, accogliendo quindi nell'occasione un concetto di colpevolezza in senso normativo, ha rimarcato che la conoscenza, e la conoscibilità, della legge penale costituiscono il presupposto per la rimproverabilità e per l'addebitabilità del fatto, e affinché la sanzione criminale possa perseguire le proprie finalità (rieducative, e preventive)¹¹.

È altrettanto noto, tuttavia, che la giurisprudenza abbia di fatto neutralizzato gli effetti della sentenza manipolativa-additiva della Consulta, giungendo sistematicamente a negare nella prassi la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della predetta scusante¹², sebbene quello italiano rappresenti un ordinamento infarcito di disposizioni criptiche e scarsamente definite dal legislatore, particolarmente ipertrofico, ove ormai al nucleo dei delitti "naturali" si è aggiunto un nutrito elenco di reati "artificiali", nel quale proliferano fattispecie che operano un richiamo caotico a fonti normative extrapenali, anche di natura secondaria (che evocano, sempre sul terreno della colpevolezza, il diverso problema dell'errore di cui all'art. 47 comma 3 c.p.)¹³, e seppure non siano affatto rari né i contrasti giurisprudenziali, anche in seno alla Corte di Cassazione, né i repentini *overruling*.

4.2. Il principio di colpevolezza, tuttavia, sta subendo un progressivo influsso ad opera del diritto e del formante giurisprudenziale europeo, ove è accolto il c.d. *foreseeability principle*, estrapolato dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) che regola il *nullum crimen sine lege*, e che impone anche che la legge penale debba essere chiaramente percepibile per il reo, quanto a precetto e a conseguenze sanzionatorie in caso di sua violazione, al momento della realizzazione della condotta illecita.

Si tratta di un principio richiamato dalla Corte EDU con la ben nota sentenza "Contrada"¹⁴, attraverso la quale – in estrema sintesi – il Giudice di Strasburgo¹⁵ ha rilevato la violazione da parte dello Stato italiano della disposizione convenzionale da ultimo citata in quanto la condanna dell'imputato per il delitto di concorso esterno in associazione mafiosa, di cui al combinato disposto degli artt. 110 e 416-*bis* c.p., sarebbe intervenuta in relazione a condotte realizzate prima del consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale che

¹⁰ E quindi dal 6 aprile 2018, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 21/2018.

¹¹ Su questi temi vd., nella manualistica, E. MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, 2017, pp. 37 ss.

¹² Vd. G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. Pen.*, 2017, pp. 13 ss.

¹³ Sull'argomento vd. A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, pp. 536 ss.

¹⁴ Corte EDU, Sezione Quarta, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia.

¹⁵ Ribadendo una posizione in larga parte già espressa in altri arresti, tra i quali Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Rio Prada c. Spagna.

avrebbe – di fatto – elaborato tale figura delittuosa.

La Corte europea, dunque, ha sposato nell'occasione una soluzione assai garantista, poiché se *da un lato* si è rimarcato in linea generale l'obbligo dei singoli consociati di informarsi, anche attraverso l'analisi della giurisprudenza ed il ricorso – laddove necessario – al parere di «esperti illuminati», *dall'altro* si è affermato che il contrasto giurisprudenziale in ordine alla rilevanza di determinate condotte agli effetti della legge penale – in sostanza – provocherebbe il (o sarebbe indice del) difetto di percepibilità del precetto (e conseguentemente della non “prevedibilità” delle conseguenze correlate alla sua violazione), rendendo il fatto di reato non ascrivibile al reo.

Si può aggiungere, a tale riguardo, che la soluzione alla quale è pervenuta la Corte EDU si è basata su una valutazione di natura “oggettiva”, atteso che non è stato assegnato alcun rilievo alle conoscenze, o alle capacità conoscitive, dell'*applicant*, particolarmente “qualificato” in ragione delle funzioni pubbliche rivestite; così come non è stato neppure affrontato il problema della scusabilità del dubbio sulla rilevanza penale del fatto, che sembrava invece in qualche modo evocato dal tema del contrasto giurisprudenziale.

Sicché, attingendo anche dal “contenuto inespresso” della pronuncia, dalla sentenza Contrada sembra estrapolabile la seguente massima: “*la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale su una norma penale rappresenta indice di non conoscibilità del precetto, e di imprevedibilità delle conseguenze giuridiche in caso di sua violazione, ed esclude l'addebitabilità soggettiva del fatto, indipendentemente dalle superiori capacità di “lettura” del dato normativo da parte dell'individuo, ed indipendentemente dall'eventuale dubbio da parte di questi sulla rilevanza penale del proprio comportamento*”.

4.3. Al di là della condivisibilità della soluzione sposata dalla Corte rispetto ai temi attinenti alla specifica figura criminosa, che ha generato reazioni assai diversificate in dottrina¹⁶, e del fatto che dall'esame della casistica emerga che la Corte EDU ai fini del *test* correlato alla *foreseeability* utilizzi parametri disomogenei e degli stilemi ancora non univoci¹⁷, è difficilmente contestabile che il principio della *foreseeability*, come delineato nel caso Contrada, non si riveli pienamente sovrapponibile a quello di colpevolezza ricostruito, nella prospettiva dell'art. 5 c.p., dalla Corte costituzionale con la già citata sentenza Corte cost. n. 364/1988.

In quella sede, difatti, la Corte ha esaminato l'impatto sulla “addebitabilità soggettiva” del fatto *sia* del contrasto giurisprudenziale sull'esegesi della norma penale *sia* dell'oscurità del testo normativo, dettando all'interprete una sorta di “decalogo”, così strutturato:

- a. la possibilità di conoscere la legge penale, da parte dei consociati, rappresenta un requisito subiettivo di imputazione indefettibile;
- b. l'ignoranza e l'errore evitabili sul precetto penale sono, di contro, indici dell'indifferenza dell'agente nei confronti dell'ordinamento, tale da giustificare la sanzione criminale;
- c. l'inevitabilità dell'ignoranza del precetto penale (o dell'errore) esime da responsabilità penale, e deve essere valutata tendenzialmente sotto il profilo oggettivo, tenendo conto di fattori quali l'oscurità del testo normativo, e le soluzioni «caotiche» espresse dalla giurisprudenza che possano determinare effetti in ordine

¹⁶ Sul tema, nella sterminata letteratura, si veda il recente contributo di G. INSOLERA, *I delitti associativi*, in G. Insolera – T. Guerini, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2019, pp. 119 ss.

¹⁷ Vd. S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, 15 dicembre 2017, in www.penalecontemporaneo.it.

alla conoscibilità della legge per la gran parte dei consociati (criterio “oggettivo puro”);

- d. agli stessi fini è utilizzabile anche un criterio “misto”, attraverso la valorizzazione cioè di circostanze fattuali specifiche (come ad esempio nel caso di “assicurazioni erranee” provenienti da fonti particolarmente qualificate), che possono però determinare la scusabilità a condizione che qualsiasi consociato (salvo quanto si dirà nel successivo punto) avrebbe comunque ignorato nelle medesime circostanze il precetto penale (o errato sulla sua consistenza);
- e. in ogni caso l’inevitabilità dell’ignoranza del precetto penale (o dell’errore) deve essere valutata prendendo in considerazione le eventuali capacità conoscitive/informative “superiori” o “particolari” dell’individuo;
- f. il dubbio sull’illegittimità del comportamento impone sui consociati un generalizzato obbligo di astensione, con la conseguente inescusabilità dell’eventuale errore;
- g. la scusabilità dell’ignoranza (e dell’errore) sulla legge penale deve essere ponderata dall’interprete in base al grado di offensività della fattispecie criminosa di riferimento, dovendosi adottare una linea di minor rigore nel caso in cui la figura criminosa disciplini fatti di scarso allarme sociale e tuteli beni giuridici “non primari”.

Pur volendosi assumere, allora, che all’epoca dei fatti contestati all’*applicant* la giurisprudenza sulla rilevanza del concorso esterno potesse definirsi come “caotica” (conclusione questa alla quale sembra essere approdata la Corte EDU, e che però si pone sotto il fuoco delle censure della giurisprudenza nazionale che si sta esprimendo a valle della pronuncia del Giudice europeo), il punto di divaricazione tra la *foreseeability* e la colpevolezza di cui al combinato disposto degli artt. 27 comma 1 Cost. e 5 c.p. sembra essere rappresentato dalla rilevanza assegnata, solo nell’ambito del diritto interno, alle conoscenze “superiori” o “particolari” dell’individuo, e di converso nella potenziale scusabilità (a determinate condizioni) del dubbio nel sistema europeo; talché il principio della *foreseeability* sembra rivelarsi al confronto con quello interno assai più esteso e garantista.

4.4. Quanto agli orientamenti della Cassazione nella prospettiva della scusabilità dell’ignoranza o dell’errore sulla legge penale nel caso di sussistenza di un contrasto giurisprudenziale (e quindi nell’orizzonte della colpevolezza intesa come canone ermeneutico) e dell’oscurità della norma penale, che rappresentano il nodo gordiano sul quale si è cimentata la Corte EDU nel caso *Contrada*, il pronunciamento della Corte di Strasburgo ha generato un complesso ed articolato contenzioso su casi “analoghi”, che però presenta aspetti peculiari soprattutto in ragione dell’incidenza delle questioni che attengono alla struttura della figura delittuosa di riferimento, ed involge anche il problema dell’efficacia “panprocessuale” della decisione del Giudice europeo, che è di tale ampiezza da non poter essere affrontato in questa sede¹⁸.

Per il resto, guardando cioè alla casistica giurisprudenziale formatasi su istituti diversi dal concorso esterno, c’è da ribadire che la Cassazione, con diversi arresti, facendo leva sugli obblighi solidaristici incombenti sui consociati (di cui all’art. 2 Cost.), interpretati nella

¹⁸ Sul punto vd. la ricostruzione di S. BERNARDI, *Troppe incertezze in tema di “fratelli minori”*: rimessa alle Sezioni Unite la questione dell’estensibilità erga omnes della sentenza *Contrada c. Italia*, 13 giugno 2019, in www.penalecontemporaneo.it e la sentenza Cass., Sez. V, 22 gennaio 2019, n. 27308 (“Dell’Utri”), in *Dejure*.

proiezione dell'obbligo di "informarsi" e di "conformarsi" alla legge penale, sia sistematicamente giunta ad escludere la scusabilità dell'ignoranza (e/o dell'errore) sulla legge penale; il tutto affermando costantemente, seppur con motivazioni non del tutto omogenee, che l'incertezza della posizione assunta dalla giurisprudenza e l'eventuale oscurità delle disposizioni incriminatrici, ed il dubbio sull'esegesi di una disposizione normativa, imporrebbero sugli individui un dovere di generale astensione/conformazione, esigibile anche nel caso di *overruling* sopravvenuti, che la Corte ritiene sempre in qualche modo prevedibili, o irrilevanti¹⁹.

4.5. Volendo allora soffermare nuovamente l'attenzione sulla sentenza in commento, e al passo in cui la Corte ha affermato che la novella, attraverso la sostituzione dell'art. 3 l. n. 54/2006 con l'art. 570-*bis* c.p., e con l'allontanamento "topografico" dall'art. 4 della legge speciale, avrebbe provocato l'indesiderato effetto di porre in crisi la percepibilità della (perdurante) rilevanza penale dell'omesso versamento dell'assegno determinato dal giudice civile in favore dei figli nati fuori del matrimonio, si può rilevare che proprio la correlata sollecitazione rivolta al Parlamento ai fini di un intervento correttivo e chiarificatore (che richiama l'ipotesi della "legge di interpretazione autentica") sembra rappresentare, a prima lettura, l'aspetto di maggior interesse della pronuncia.

Posta la limitata efficacia delle sentenze interpretative di rigetto, quale è quella in commento, la Corte, con la "bacchettata" rivolta al Governo, sembra aver inteso infatti veicolare il messaggio che l'interpretazione della norma resa sinora dalla giurisprudenza ordinaria, che fa registrare peraltro degli orientamenti univoci in seno alla suprema Corte di Cassazione, sia inidonea a svolgere la funzione "informativa" sulla portata del precetto nei confronti dei consociati imposta dai principi convenzionali e costituzionali già richiamati, anche all'esito del pronunciamento della Consulta stessa.

La posizione assunta dalla Corte costituzionale, in definitiva, mostra il peso assegnato nell'occasione all'oscurità della legge penale ed al contrasto giurisprudenziale in atto, con la contrapposizione tra talune posizioni assunte dalla giurisprudenza di merito (sfociate nelle numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate) e l'impostazione sposata dalla Corte di Cassazione, elementi questi che la Consulta ha evidentemente ritenuto

19 Cfr. Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2011, n. 6991, in *Dejure*, su un caso di "coltivazione domestica" di sostanze stupefacenti, ove i ricorrenti avevano dedotto l'errore sulla legge penale determinato dalla diffusione ad opera dei *media* di notizie relative ad alcuni pronunciamenti giurisprudenziali che avevano negato la rilevanza penale del fatto. Nell'occasione la Corte, dando atto che al momento della realizzazione della condotta contestato gli orientamenti giurisprudenziale non fossero effettivamente univoci, ha ritenuto non scusabile la condotta tenuta dagli imputati sulla base di un generale obbligo di astensione. Ed ancora, vd. Cass., Sez. V, 17 giugno 2016, n. 31648, in *Dejure*, con la quale la Corte ha affermato che *tanto* la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale *quanto* l'ipotesi della oscurità del testo normativo non rappresenterebbero fattori idonei a scusare la condotta. Si veda inoltre Cass., Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 2847, in *Dejure*, in relazione all'*overruling* (segnato dalla pronuncia Cass, Sez. Un., 31 maggio 2018, n. 51815, *ibidem*) relativo alla fattispecie di pornografia minorile, ex art. 600-*ter* c.p., e alla questione dell'irrelevanza del pericolo di diffusione del materiale pornografico ai fini della configurabilità della fattispecie. In questa occasione, in particolare, la Corte ha "aggirato" l'eccezione della difesa, che aveva invocato il principio della *foreseeability* deducendo che il mutamento dell'orientamento giurisprudenziale si fosse verificato dopo la realizzazione delle condotte contestate all'imputato, producendosi in una evidente forzatura logica che ha condotto sostanzialmente a far coincidere la detenzione con il rischio di diffusione del materiale illecito, e comunque soggiungendo in maniera alquanto sibillina la prevedibilità dell'*overruling*. Vd. anche Cass., Sez. III, 14 febbraio 2019, n. 13611 (in *Dejure*) che ha affermato, in estrema sintesi, che: il contrasto giurisprudenziale non sarebbe sufficiente a ritenere scusabile un comportamento *contra ius*; il dubbio sulla rilevanza penale di un fatto imporrebbe *tout court* un dovere di astensione; gli orientamenti giurisprudenziali potrebbero scusare l'errore di diritto solo nel caso di univocità dell'orientamento. Si veda anche Cass., Sez. III, 3 luglio 2019, n. 36689, in *Dejure*, in tema di illeciti contravvenzionali in materia edilizia, che ha affermato che l'errore indotto dall'autorità amministrativa non sarebbe scusabile, neppure nel contesto di un contrasto giurisprudenziale sul punto, essendo il cittadino in tali casi obbligato ad un approfondimento e, in caso di persistenza del dubbio, ad astenersi dall'agire.

idonei a generare un inaccettabile disorientamento per il cittadino; sicché, in ordine a condotte illecite realizzate dopo l'entrata in vigore della novella, la giurisprudenza sarà chiamata dalle eccezioni difensive a valutare attentamente l'applicabilità in tale contesto della scusante disciplinata dall'art. 5 c.p., e del principio della *foreseeability* elaborato dalla giurisprudenza della Corte EDU.

A tal riguardo, peraltro, sotto il primo profilo, essendosi al cospetto di una fattispecie di scarsa offensività (tenuto conto che laddove l'omissione da parte del soggetto obbligato sfoci nell'indisponibilità da parte del soggetto beneficiario il fatto è regolato da altra previsione normativa), l'ignoranza e l'errore sul precetto potrebbero essere ritenuti scusabili sulla base dei canoni elaborati dalla sentenza Corte cost. n. 364/1988 (cfr. lettera g. del "decalogo"); sotto il secondo aspetto, nel caso in cui il soggetto obbligato abbia realizzato la condotta versando in dubbio sulla sua illiceità, la soluzione assoluta potrebbe essere invece determinata dall'applicazione del *foreseeability principle*.

5. Conclusioni.

Tirando le fila dell'analisi della pronuncia della Consulta, si può rilevare che la soluzione sposata dalla Corte in ordine alla perdurante rilevanza dell'omissione delle somme spettanti ai figli nati fuori del matrimonio sulla base del provvedimento del giudice civile risulta fondata su solide basi argomentative, mentre l'invito rivolto al legislatore a chiarire la portata del nuovo art. 570-*bis* c.p. in questi termini, per quanto detto, sembra idonea a generare dei nuovi scenari in sede applicativa, dai contorni assai indefiniti, anche alla luce della resistenza opposta dalla giurisprudenza italiana al recepimento dei principi espressi dalla Corte EDU nel caso Contrada.

Eppure la penetrazione del diritto e del formante giurisprudenziale sovranazionale nell'ordinamento interno potrebbe produrre l'effetto dell'evoluzione e della maggior estensione della portata del principio di colpevolezza, che deriverebbe dalla compenetrazione con quello più garantista, sotto certi profili, della *foreseeability* di matrice europea, e che a ben considerare potrebbe costituire anche uno stimolo efficace per il legislatore italiano, inducendolo ad intervenire in futuro sul sistema penale in maniera più avveduta e con una nuova grammatica, producendo norme chiare e intelleggibili (adempiendo al "contratto" con il cittadino evocato dalla sentenza Corte cost. n. 364/1988), e ancora a ridimensionare l'apparato sanzionatorio nell'ottica dell'*extrema ratio*.

Sono questi fattori idonei a ridurre entro limiti accettabili il "ruolo" dell'interpretazione giurisprudenziale, e a risollevare le sorti del principio di legalità, che versa attualmente in uno stato di profonda crisi²⁰: l'immobilismo del legislatore rispetto ad un impianto in larga parte anacronistico, la "delega in bianco" talora rilasciata dal legislatore alla magistratura nella definizione del tipo (vd. ad esempio la modifica dell'art. 317 c.p. e lo "spacchettamento", con l'introduzione dell'art. 319-*quater* c.p., dell'induzione indebita)²¹, gli errori di tecnica legislativa (vd. la riforma della disciplina del c.d. "falso in bilancio" e la questione del "falso valutativo")²² rappresentano una serie di fattori che "spingono" infatti la giurisprudenza, attraverso una vera e propria "truffa delle etichette" (col richiamo a forme

²⁰ Sull'argomento vd. D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. Giust.*, n. 3/2018, pp. 45 ss; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, pp. 1406 ss; G. DE FRANCESCO, *Crepuscolo dei dogmi? Appunti sparsi su di una problematica "moderna"*, 11 luglio 2017, in www.lalegislazionepenale.eu, pp. 17 ss; F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. Pen.*, 2016, pp. 2695 ss. Sulla crisi del principio di legalità e del divieto di analogia in materia penale vd. anche O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo di legge*, Milano, 2006, *passim*.

²¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 12228 ("Maldera"), in *Dejure*.

²² Cfr. Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 22474, in www.penalecontemporaneo.it.

di interpretazione sistematica, teleologica, evolutiva, e quant'altro), a ricorrere alla cripto-analogia, quasi sempre *in malam partem*²³, talora in plateale contrasto con il vincolo/garanzia del chiaro tenore letterale delle disposizioni (che invece dovrebbe costituire una sorta di "centro di gravità permanente" per l'interprete), che genera attrito con i parametri costituzionali e convenzionali di riferimento.

Insomma, è fin troppo evidente che la determinatezza, o meglio la precisione della *littera legis* impatti anche sulla colpevolezza e sulla *foreseeability*, e che un problema quale quello dell'*overruling* giurisprudenziale, al di là del caso Contrada e della peculiarità del tema affrontato dalla Corte EDU, debba trovare una ragionevole e tendenzialmente univoca soluzione (che potrebbe essere rappresentata dalla pronuncia di sentenze assolutorie "guida" determinate dall'ignoranza/errore scusabile, fino al consolidamento della nuova esegesi, nella logica del c.d. "*prospective overruling*"), anche per garantire il coordinamento col diritto europeo.

Sul punto occorre allora rimarcare che la sentenza Contrada è stata spesso additata per il rischio dell'apertura di una pericolosissima, ulteriore falla nella chiglia del principio di legalità di cui all'art. 25 comma 2 Cost., attraverso il riferimento operato in quella sede alla "giurisprudenza-fonte", e quindi al potere interpretativo/nomopoietico della giurisprudenza (la c.d. "giurisprudenza giuscreativa")²⁴, in tensione col suddetto principio costituzionale ed i suoi corollari²⁵.

Si è dunque dinnanzi ad un passaggio che, per lo meno a primo acchito, e sotto certi versi, potrebbe rivelarsi "epocale", quello dalla "lettera al precedente" giurisprudenziale²⁶, tale da condurre sempre più, per necessità di adattamento, il sistema interno alla logica del *common law*, rendendo il *Tatbestand* una sorta di "canovaccio" sul quale il giudice interviene costantemente inserendo del nuovo, in una rinnovata stagione del *judge made law* assai critica al cospetto della tradizione giuridica nostrana, e ai principi di rango costituzionale che regolano internamente la *matière pénale*.

Eppure la Corte costituzionale, escludendo che il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale (che costituisce il c.d. "diritto vivente") possa colmare vizi in punto di determinatezza della norma incriminatrice, e quindi negando la compatibilità col principio di legalità (o meglio col corollario della riserva di legge) della giurisprudenza-fonte (o giuscreativa), ha rimarcato in alcune occasioni che l'utilizzo da parte del legislatore di termini o locuzioni polisenso, di concetti elastici o di clausole generali non costituisca, di per sé, un *vulnus* del predetto principio costituzionale, essendo il giudice autorizzato ad

²³ La Corte di legittimità, attraverso un ragionamento analogico stavolta *in bonam partem*, ha però riconosciuto l'applicabilità dell'art. 384 c.p., che disciplina una causa di non punibilità relativa ad alcuni reati contro l'amministrazione della giustizia (falsa testimonianza, frode processuale, etc.), e che opera un riferimento testuale ai prossimi congiunti, anche al convivente *more uxorio* (vd. Cass., Sez. VI, 19 settembre 2018, n. 11476, in *Dejure*).

²⁴ Sulle radici dell'impostazione accolta dalla Corte EDU, e più a monte dell'art. 7 CEDU, vd. F. VIGANÒ, *Nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, 5 aprile 2017, in *www.penalecontemporaneo.it*; C. SOTIS, *"Ragionevole prevedibilità" e giurisprudenza della Corte EDU*, in *Quest. Giust.*, n. 3/2018, pp. 68 ss.

²⁵ Sul tema vd. A. MANNA, *Il principio di legalità*, 27 settembre 2017, in *www.archiviopenale.it*. Del resto il sistema giuridico europeo (oltre a non prevedere il principio di subordinazione del giudice alla legge, di cui all'art. 101 Cost.) accoglie un concetto di legalità in materia penale che è meno comprensivo di quello interno, non estendendosi a quello di riserva di legge di cui all'art. 25 comma 2 Cost. Vd. anche Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230. La Corte EDU – di fatto – avalla così ampie operazioni interpretative di tipo analogico. Sul tema vd. D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *DPC Rivista trimestrale*, 2015, n. 2, pp. 46 ss; vd. inoltre V. ZAGREBELSKY, *Legalità dei delitti e delle pene*, in V. Zagrebelsky – R. Chenal – L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, pp. 234 ss.

²⁶ Per prendere in prestito una felice espressione di V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente". Appunti di deontologia ermeneutica*, 17 gennaio 2018, in *www.penalecontemporaneo.it*.

interpretare e a verificare la corrispondenza della fattispecie concreta con quella astratta. E ciò soggiungendo, attraverso un ragionamento che si rivela “circolare”, che la formazione di un’interpretazione giurisprudenziale costante ed univoca possa comunque rappresentare “sintomo” della conformità della norma penale al principio di legalità e ai suoi corollari; ed è proprio su tali premesse che la Consulta è giunta allora al salvataggio dal baratro dell’incostituzionalità di figure delittuose scarsamente definite quale quella del “disastro innominato” di cui all’art. 434 c.p.²⁷, e dello *stalking* (art. 612-bis c.p.)²⁸, avallando interpretazioni del giudice ordinario che a molti studiosi sono parse frutto di analogia *in malam partem*.

Il tutto sino a giungere, in questa prospettiva, agli esiti ancor significativi, sotto certi versi, della più recente sentenza Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141, con la quale la Consulta ha rigettato, tra l’altro, la questione di legittimità sollevata rispetto alla fattispecie di favoreggiamento della prostituzione, affermando – a fronte dei rilievi del giudice *a quo*, che aveva segnalato il contrasto con il principio di determinatezza della previsione incriminatrice compendiata nella c.d. “legge Merlin”, e l’impalpabilità, per l’appunto, del concetto di “favoreggiamento” – che, in effetti, la disposizione indubbiata, pur presentando un difetto di precisione, non avrebbe generato problemi ermeneutico-ricostruttivi maggiori rispetto a quelli sollevati da tante altre disposizioni, come ad esempio l’art. 110 c.p. in tema di concorso di persone nel reato. E ciò – dunque – dimostrando ulteriormente la progressiva svalutazione del contenuto del principio di legalità, e l’eclissi dei suoi corollari (determinatezza, precisione, tassatività), e di converso l’accrescimento della funzione assegnata all’interpretazione giurisprudenziale.

Quali, allora, gli esatti termini della questione del rapporto tra i principi costituzionali e convenzionali in disamina?

Al quesito si potrebbe rispondere che le pronunce della Corte EDU debbono essere analizzate *cum grano salis*, nella misura in cui se *da un lato* esse aprono potenzialmente nuove frontiere per la valorizzazione e l’arricchimento del contenuto del principio di colpevolezza, *dall’altra parte* (e cioè nella prospettiva del principio di legalità di cui all’art. 25 comma 2 Cost.) la giurisprudenza-fonte trova uno “sbarramento” nell’art. 53 CEDU, che sancisce che la Carta non può essere interpretata ed applicata in modo tale da importare una minor tutela individuale rispetto a quella apprestata dagli ordinamenti interni degli Stati membri.

Talché, esclusa sotto questi profili l’eventualità dell’antinomia nel sistema “multilivello”, il problema risiede a ben vedere proprio nell’interpretazione cripto-analogica di cui si è detto, attuata costantemente dalla giurisprudenza italiana, che conduce, questa sì, al tangibile *vulnus* delle garanzie apprestate dalla Carta costituzionale, che promanano dai principi di legalità e di colpevolezza (come ricavato dall’art. 27 Cost.), e che conducono all’eccessiva dilatazione del potere della magistratura, e all’invasione del campo riservato al Parlamento.

Il legislatore, dal canto suo, sembra aver cominciato a prendere coscienza del complesso quadro di riferimento, e del rischio dell’arbitrio giudiziario, come dimostra il valore che si è inteso imprimere al precedente della Corte di cassazione, attraverso le modifiche apportate all’art. 618 c.p.p., proprio con la citata “Riforma Orlando” (l. n. 103/2017, con l’inserimento dei nuovi commi 1-*bis* e 1-*ter*)²⁹.

Si tratta però ancora di timidi passi, e molta è la strada ancora da percorrere *tanto* per

27 Corte cost., 30 luglio 2008, n. 327. Sul tema vd. M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, 6 giugno 2016, in www.penalecontemporaneo.it.

28 Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172. Vd. A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, p. 19; F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 2738 ss.

29 Sull’argomento vd. R. ORLANDI, *Rinascita delle nomofilachia: sguardo comparato alla funzione “politica” delle Corti di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 2017, pp. 2596 ss.

addivenire alla formazione di un sistema giuridico “multilivello” coerente e razionale, *quanto* per restituire corpo e sangue ai principi di riferimento promananti dalla Corte costituzionale, che auspicabilmente dovrebbero essere intesi come punto di partenza per l’implementazione delle garanzie accordate all’individuo rispetto al potere punitivo dello Stato e al processo, e per giungere al traguardo di un diritto penale “mite”.

** Avvocato del Foro di Roma e Dottore di ricerca in Diritto e Processo penale