

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2016

●
primo piano

L'utilità concettuale della nozione di malum quia prohibitum
Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente
Lie-Detection, Neuroscienze e diritto delle prove

●
i grandi temi

Welfare e diritto penale

●
tavola rotonda

Colpa informativa e cautele autoprotettive nelle zone ad alto rischio sismico

●
dibattito

Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale
Sezione I – *L'insostenibile leggerezza del testo*
Sezione II – *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*
Sezione III – *Il giudice legislatore: verso il crepuscolo della distinzione tra jus facere e jus dicere?*
Sezione IV – *Saranno magistrati: l'anacronistica immutabilità dell'ordinamento giudiziario*

●
il punto su...

Il caso Provenzano
Partecipazione democratica alle scelte politico criminali
e garanzie individuali nell'epoca del diritto penale tecnocratico

●
Antologia

Lecture

Edizioni ETS

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2016



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2017
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884675106-5
ISMN 1972-3857

COSTANZA BERNASCONI

ALLE RADICI DELL'IMPREVEDIBILITÀ DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. La previa *lex scripta et stricta* come presupposto della prevedibilità del giudizio. – 2. Alcune possibili cause dell'imprevedibilità del giudizio. – 3. Imprevedibilità "in presenza di diritto": la tipicità umbratile – 4. Imprevedibilità "in presenza di diritto": i possibili cortocircuiti del pluralismo "multilivello" delle fonti. – 5. Imprevedibilità "in assenza di diritto": la perenne tensione tra legalità e giustizia. – 6. Il baluardo della legalità contro lo scardinamento del sistema costituzionale.

1. *La previa lex scripta et stricta come presupposto della prevedibilità del giudizio*

Nell'analisi del binomio concettuale "imprevedibilità del diritto-imprevedibilità del giudizio" l'attenzione di chi scrive si è istintivamente focalizzata sul secondo sintagma, vale a dire "*l'imprevedibilità del giudizio*". Il motivo di questa speciale attenzione è verosimilmente da ricercare nella circostanza che il simmetrico positivo di questo concetto, vale a dire la "*prevedibilità del giudizio*", lungi dal costituire un mero risvolto processuale del diritto penale, incarna, al contrario, il cuore pulsante di un ampio fascio di garanzie, sul quale si concentra gran parte della forza e del peso di un fitto novero di principi fondanti del nostro ordinamento, di natura sostanziale oltre che processuale. Ci sia consentito citarne alcuni, senza nessuna pretesa di esaustività: il principio di legalità formale (nelle sue peculiari declinazioni penalistiche della riserva di legge, determinatezza, irretroattività), il principio di colpevolezza, quello di subordinazione del giudice alla legge, il principio di separazione dei poteri, quello di obbligatorietà dell'azione penale, nonché l'obbligo di motivazione della decisione.

Tutti questi principi di garanzia, sinergicamente tra loro, operano su un duplice piano e tendono, da un lato, ad assicurare che il cittadino sia posto nella condizione di autodeterminarsi liberamente e di calcolare in anticipo il concreto rischio penale e, dall'altro lato, a garantire meccanismi di controllo sulla razionalità e congruenza del ragionamento giuridico rispetto al previo testo di legge. In altre parole, tutti questi principi, insieme, perseguono (non solo ma anche) come obiettivo finalistico ultimo che vi sia identità tra la regola di condotta che *ex ante* dovrebbe orientare il comportamento del cittadino e la regola sulla quale, *ex post*,

il giudice fonda la propria decisione. Del resto, già nel 1988, con la nota sentenza n. 364¹, i Giudici costituzionali argomentarono con grande acutezza e lungimiranza il collegamento funzionale del principio di legalità con quello di colpevolezza e con le funzioni preventive e rieducative della pena. Un precetto non “prevedibile” nei suoi effetti non può funzionare né in senso dissuasivo, né in senso rieducativo e/o ripristinatorio del valore presidiato. La norma, in altre parole, da un lato deve preesistere alla decisione, e non può esserne solo il prodotto, dall’altro lato essa deve risultare indisponibile da parte del giudice. Questo spiega perché il principio di legalità, al pari degli altri vincoli costituzionali di ascendenza liberal democratica, contribuisca in maniera determinante a scolpire l’archetipo del diritto penale della libertà².

2. Alcune possibile cause dell'imprevedibilità del giudizio

Tanto premesso, è sembrato opportuno cercare di capire quali possano essere le cause di una imprevedibilità del giudizio legate ad una imprevedibilità del diritto (*rectius*: ad una imprevedibilità degli effetti dell’applicazione del diritto) e se esistano possibili rimedi compensativi (vale a dire equivalenti funzionali garantistici della prevedibilità che muova da una precisa “previa previsione” di legge), altrettanto idonei a svolgere una funzione contenitiva dello *ius puniendi*.

In tale prospettiva parrebbe, innanzitutto, possibile distinguere due diverse e opposte situazioni nelle quali si può generare una imprevedibilità del giudizio, differenti nelle forme di manifestazioni ma accomunate nell’effetto ultimo di consegnare all’intraprendenza creativa della giurisprudenza l’individuazione della regola di giudizio. In altre parole, nei citati casi il giudice, in luogo del legislatore, si fa artefice, con modalità variamente diversificate, dei confini tra lecito e illecito.

Le due diverse situazioni sopra menzionate si potrebbero definire, in termini del tutto convenzionali, *imprevedibilità del giudizio in presenza di diritto* e *imprevedibilità del giudizio in assenza di diritto*.

3. Imprevedibilità “in presenza di diritto”: la tipicità umbratile

Una prima ipotesi di imprevedibilità del giudizio *in presenza di diritto*, sussiste allorché il testo normativo, sia pure esistente e specificamente pensato per disci-

¹ Corte cost. 23 marzo 1988, n. 364. Successivamente, in termini ancora più espliciti sulla funzione garantistica del principio di riserva di legge, Corte cost. 23 ottobre 1989, n. 487.

² Sul punto, *amplius* e per tutti, G. FLORA, *I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, *Riv. trim.* n. 4/2013, 44 ss.

plinare e sanzionare una peculiare fattispecie, in realtà non è in grado di svolgere la sua fondamentale funzione contenitiva e di orientamento dell'attività interpretativa e applicativa del giudice. Quando il testo della norma, che dovrebbe costituire il solo luogo entro il quale si determina il processo di concretizzazione del diritto, risulta semanticamente aperto a diverse, se non addirittura antitetiche, letture interpretative viene meno l'affidamento che i consociati possono riporre nelle parole della legge, che rimangono continuamente esposte al rischio di improvvise virate giurisprudenziali.

Ci sia consentito richiamare solo alcuni esempi.

Il riferimento primo ed emblematico in tempi recenti, e peraltro ormai a tutti noto, è quello del contrasto giurisprudenziale che, a pochi mesi dall'entrata in vigore della nuova disciplina sulle false comunicazioni sociali³, è emerso nell'ambito della V Sezione della Cassazione, in merito alla questione se, a seguito della soppressione dell'inciso "*ancorché oggetto di valutazioni*" come possibile connotazione dei fatti materiali oggetto di falsità, *il falso c.d. valutativo* risulti tuttora punibile. Ebbene, con una prima pronuncia⁴, la Corte ha riconosciuto la sopravvenuta irrilevanza dei falsi c.d. valutativi, suscitando in tal modo enorme eco, tanto che, con un nuovo arresto di poco successivo⁵, la Cassazione è tornata sui suoi passi, risolvendo in senso diametralmente opposto la medesima questione. Successivamente, di lì a poco, la stessa Sezione V, in una diversa composizione, pareva riallinearsi sulle posizioni della prima pronuncia, da poco rovesciata⁶. Fino a che, con sentenza del 31 marzo 2016, la questione è stata risolta dalle Sezioni Unite⁷. In breve: la vicenda appena richiamata mostra come una norma, presente e volta a disciplinare espressamente una determinata fattispecie, possa rivelarsi del tutto inadeguata, per il modo in cui essa è formulata, ad offrire un senso univoco all'interpretazione e dunque alla prevedibilità della decisione.

Analogo discorso si potrebbe svolgere in relazione alla introduzione delle nuove fattispecie ambientali di natura delittuosa⁸, la cui formulazione ha sostan-

³ Il riferimento è, come noto, alla l. 27 maggio 2015, n. 69.

⁴ Cass. Sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, Crespi, Ced. 264868.

⁵ Cass. Sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, Giovagnoli, Ced. 265691. Tale pronuncia pareva, peraltro, far propria la posizione espressa nelle Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in *www.penalecontemporaneo.it* del 30 novembre 2015. Sul tema delle peculiari funzioni "normative" attribuite all'Ufficio del Massimario v. D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in questa *Rivista*, 2012, 619 ss.

⁶ Cass. Sez. V, 8 gennaio 2016, n. 6916, Banca Popolare dell'Alto Adige, Ced. 265692, in *www.penalecontemporaneo.it* del 2 marzo 2016, con nota di M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? Rilevanza delle false valutazioni nei delitti di false comunicazioni sociali e limiti esegetici del giudice penale*.

⁷ Cass. sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, Ced. 266803.

⁸ L'introduzione delle citate nuove fattispecie incriminatrici è stato attuato con l. 22 maggio 2015, n. 68.

zialmente abdicato ad ogni tentativo di tassativizzazione, lasciando spesso nella struttura delle singole incriminazioni zone d'ombra destinate ad essere illuminate (là dove possibile), di volta in volta, solo dalla prassi applicativa secondo le necessità del caso da risolvere, alla luce del c.d. "formante giurisprudenziale"⁹, con esiti ad oggi in larga misura imprevedibili.

Siffatte, e analoghe, situazioni sono, per lo più, conseguenza del pluralismo di valori che contraddistingue l'attuale società e che rende sempre più difficile per il legislatore costruire fattispecie incriminatrici che riescano a risolvere interamente, all'interno della norma, i diversi conflitti di interessi che pervadono anche il mondo giuridico. Come è stato di recente osservato, "l'origine prettamente compromissoria del prodotto regolativo delle legislature più recenti, frutto di negoziazione tra componenti politiche indebolite sul piano valoriale e comunque rappresentative di interessi settoriali, lo priva alla nascita di un proprio significato precettivo univoco"¹⁰. Da qui la scelta, talvolta inconsapevole ma più spesso consapevole, di affidare siffatto bilanciamento al giudice, il quale – in buona sostanza – finisce egli stesso per individuare la regola di condotta *ex post*, in relazione alla singola situazione concreta, disponendo, nei fatti, di un formidabile strumento di definizione del tipo che non riesce più a trovare argini sufficienti nella *littera legis*.

4. *Imprevedibilità "in presenza di diritto": i possibili cortocircuiti del pluralismo "multilivello" delle fonti*

Una forma parzialmente differente di imprevedibilità del giudizio, pur *in presenza di diritto*, scaturisce dal recente pluralismo "multilivello" delle fonti. Anche in questo caso il testo normativo esiste ma esso è il risultato di un intreccio di frammenti di disciplina, non di rado anche di rango subordinato o di natura sovranazionale. L'intreccio e la disarticolazione del sistema delle fonti rendono conseguentemente sempre più incerta l'individuazione della norma comportamentale ed esaltano la centralità del potere giudiziario, posto che specie il diritto europeo penetra nel nostro ordinamento veicolato proprio attraverso l'opera costante e diffusa dei giudici, *in primis* in forza dell'interpretazione conforme e della disapplicazione di norme ritenute in contrasto con il diritto sovranazionale¹¹. Sicché,

⁹ In argomento v. per tutti, D. PULITANÒ, (*Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, in particolare 56), ad avviso del quale "con una qualche dose di provocazione propongo di guardare al 'formante' giurisprudenziale come ad un possibile deformante, luogo di crisi della legalità".

¹⁰ M. VIETTI, *Crisi economica e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 8.

¹¹ Il giudice nazionale assume "il ruolo di giudice 'europeo' alla luce della sua innovativa e peculiare posizione rivestita nel crocevia dei rapporti interordinamentali". Così A. GARGANI, *Verso*

anche in siffatte ipotesi può risultare del tutto incerto l'esito del giudizio e completamente svilita la portata di limite insita nella norma nazionale¹².

Così, per esempio, secondo una recente (e poco esitante) giurisprudenza di legittimità in tema di pesca del "novellame"¹³, il giudice nazionale potrebbe (dovrebbe) disapplicare la disciplina interna che introduce un limite di tipicità là dove ritenga che questo contrasti con la maggiore tutela assicurata dalla normativa europea. È il caso, appunto, della norma regolamentare (art. 91, D.P.R. 2 ottobre 1968, n. 1639), integratrice della fattispecie penale, che, delimitando il divieto di detenzione di ittofauna sotto misura, previsto e punito dal combinato disposto degli artt. 15, lett. c, e 24 della l. 14 luglio 1965, n. 963, scrimina la cattura del pesce c.d. novellame nel limite di tolleranza del 10% sul totale del pescato. Sennonché, in tal modo, la Corte di Cassazione, con più pronunce, e senza adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia quale organo deputato alla corretta interpretazione del diritto europeo, ha convalidato – con evidenti effetti in *malam partem* – la disapplicazione della norma interna delimitativa della responsabilità, con conseguente conferma della condanna a carico del cittadino italiano che aveva avuto l'unico torto di fare affidamento sulla normativa interna, esistente e chiarissima nella sua portata di natura facoltizzante¹⁴.

Ma la spallata più forte al divieto di effetti espansivi del diritto europeo sul diritto penale è arrivata proprio dalla Corte di Giustizia che, nella ormai nota sentenza Taricco¹⁵, ha dichiarato in contrasto con il diritto sovranazionale, e, segnatamente, con l'art. 325 TFUE, la normativa italiana in materia di interruzione dei termini di prescrizione (e, in particolare, del limite massimo di aumento di un quarto) prevista dagli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p. con riferimento ai procedimenti aventi ad oggetto frodi IVA¹⁶. In tale prospettiva,

una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo, in questa Rivista, 2011, 112. V. anche V. MANES, Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema, in Giust. pen., 2014, I, in particolare 81 ss.

¹² *Amplius* S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto "à la carte"*, in *www.penalcontemporaneo.it, Riv. trim.*, n.3/2013, 242 ss.

¹³ Tra le altre, Cass. pen., sez. III, 23 febbraio 2011, Trinca, in *Giust. pen.*, 2011, con nota di A. PALMA, *Divieto di pesca del novellame: principio di fedeltà comunitaria versus principio di legalità*; Cass. III, 9 giugno 2009, n. 23829, in *DeG online*, 1 agosto 2009, con nota di C. PAONESSA, *La disciplina penale del "novellame" incappa nella rete del diritto comunitario, ma rischia di violare i principi costituzionali aventi rilevanza anche nella CEDU*.

¹⁴ F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.* 2011, 266.

¹⁵ CGUE, Grande sezione 8 settembre 2015, n. C-105/14.

¹⁶ Sul punto, *amplius* e per tutti, L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pisa, 2016, 93 ss.; A. VALLINI, *La portata della sentenza CGCE "Taricco": un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in

ogni giudice nazionale dovrebbe disapplicare il regime interruttivo della prescrizione in tutti i casi in cui accertasse che detta normativa impedisce “di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione Europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare”. L’epilogo, in buona sostanza, verrebbe a coincidere con il riconoscimento al giudice, da parte dello stesso potere giudiziario (europeo), di un inedito e rivoluzionario “potere di disapplicazione delle norme vigenti in ambito penale, ove ritenute non consone alle esigenze preventive”¹⁷.

L’effetto dirompente della pronuncia in termini di dissoluzione della prevedibilità della decisione è apparso chiarissimo nel c.d. post-Taricco, giacché le immediate e antagonistiche decisioni della Cassazione¹⁸, da un lato, e della Corte di Appello di Milano¹⁹, dall’altro lato, hanno da subito evidenziato un preoccupante contrasto di ‘letture’ del problema²⁰. Senonché, la Corte costituzionale, chiamata quindi a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona²¹, ha immediatamente “esposto” (anche se

questa *Rivista*, 2015, 295 ss.; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016; D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., 57 ss.

¹⁷ L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., 96.

¹⁸ Cass. III, 17 settembre 2015, n. 2210, Pennacchini, che ha applicato i dettami della sentenza “Taricco”. Sulla pronuncia v. F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione maturata in materia di frodi IVA*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 gennaio 2016.

¹⁹ Corte di appello di Milano, ord. 18 settembre 2015, con la quale sono stati rimessi gli atti alla Corte costituzionale, chiedendole di azionare la misura dei “controlimiti”. In merito, F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell’UE: la Corte d’Appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i “contro limiti”*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015. Nello stesso senso dell’ordinanza del Tribunale di Milano v. anche, successivamente, Cass. ord. 8 luglio 2016.

²⁰ Così anche V. MAIELLO (*Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus contro limiti*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., 34), ad avviso del quale quando siffatto “preoccupante contrasto di «letture» (...) investe i principi primi del sistema penale – e, di conseguenza, le sue connotazioni di fondo –, supera gli ambiti legittimi della dialettica interpretativa e diventa cifra di una patologia”.

²¹ L. 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea).

non ancora “opposto”)²², il controlimite della legalità nazionale, affermando che al giudice “non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale”²³. *Intelligenti pauca*.

5. *Imprevedibilità “in assenza di diritto”: la perenne tensione tra legalità e giustizia*

L'imprevedibilità del giudizio *in assenza di diritto* si manifesta, invece, allorché il giudice intervenga in via di supplenza nelle non infrequenti ipotesi di inerzia del legislatore. Infatti, nell'ambito della c.d. “postmodernità”, il diritto penale è chiamato a “governare” la complessa società del rischio, a “lottare” contro la criminalità²⁴, “disdegnando il modello della «modalità di lesione» a favore del modello della «completezza» della tutela”²⁵. Sicché, là dove manchi una norma che possa riferirsi direttamente ed esplicitamente al caso concreto da risolvere, si invoca l'applicazione di (altre e differenti) norme con un procedimento di torsione della tipicità delle stesse. In altre parole, il testo normativo, sia pure *ab origine* determinato ma pensato per situazioni diverse da quella che si vorrebbe disciplinare, viene interpretato ed applicato in contrasto con il significato letterale, attraverso un procedimento analogico *in malam partem*²⁶, con una conseguente evidente divaricazione tra diritto penale scritto e diritto giurisprudenziale²⁷.

²² L'efficace espressione si deve a A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i contro limiti*, in corso di pubblicazione.

²³ Corte cost. ord. n. 24 del 2017. Sulla pronuncia, per tutti, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in corso di pubblicazione.

²⁴ In questo senso, per tutti, L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in questa *Rivista*, 2014, 198. In argomento v. altresì M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, in particolare 77 ss.

²⁵ G. FLORA, *I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali*, 45.

²⁶ Su siffatta problematica *amplius* F. GIUNTA, G. CARCATERRA, O. DI GIOVINE, N. MAZZACUVA, V. VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva a proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in questa *Rivista* 2010, 347 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *www.penalcontemporaneo.it*, *Riv. trim.*, n. 3/2016, in particolare 23 ss.

²⁷ Emblematica a tal proposito la vicenda giudiziaria relativa al caso Eternit, che ha fatto emergere in termini drammatici la tensione che si può innescare tra diritto e giustizia in decisioni

Si pensi, ancora una volta solo a titolo esemplificativo e in estrema sintesi, alla vicenda che ha caratterizzato la contravvenzione descritta dall'art. 674 c.p. ("*Getto pericoloso di cose*"), utilizzata negli ultimi decenni dalla giurisprudenza per sanzionare l'inquinamento elettromagnetico, in totale spregio di un duplice sbarramento linguistico contenuto nella norma: da un lato, nella parte in cui essa fa riferimento all'attività del "*gettare*" (evidentemente non riferibile ad un campo elettromagnetico) e, dall'altro lato nella parte in cui fa riferimento alle "*cose*" come possibile oggetto materiale di siffatta attività²⁸.

È facile intuire come, in tal modo, il giudice svolga un improprio ruolo suppletivo e invasivo delle competenze riservate al legislatore. Là dove, infatti, quest'ultimo utilizza termini descrittivi dal significato univoco, il cittadino deve (quantomeno) poter contare su una sorta di "certezza negativa"²⁹, costituita da quella "tipologia di fatti che senza dubbio alcuno non sono riconducibili alla portata semantica dell'enunciato normativo"³⁰.

6. *Il baluardo della legalità contro lo scardinamento del sistema costituzionale*

In conclusione: se la certezza legale è un valore ordinamentale in ogni campo del diritto, essa nel diritto penale si arricchisce, come anticipato, di ulteriori imprescindibili contenuti di garanzia. Le incertezze del diritto penale sostanziale comportano un improprio trasferimento di funzionalità nel processo, finendo per attribuirgli un inaccettabile ruolo "normativo"³¹. L'indeterminatezza della legge, il disordine delle fonti, il crescente intreccio della normativa nazionale con la disciplina e la giurisprudenza europee, il contributo qualitativamente mutato del giudice nell'applicazione del diritto fanno sì che al cittadino non possa più essere garantita la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei propri comportamen-

che, allo scopo di rispondere a tutti i costi ad un'istanza di giustizia sostanziale, pretendano di forzare i vincoli testuali delle norme. V. sul punto le osservazioni contenute nelle Requisitoria del Procuratore Generale Iacoviello rese nell'udienza del 19 novembre 2014 (in *www.penale-contemporaneo.it*, 21 novembre 2014).

²⁸ Per una ricostruzione delle diverse posizioni in merito a siffatta specifica questione, per tutti, A. SCARCELLA, *Getto di campi elettromagnetici: un reato di pericolo concreto per il principio di legalità*, in questa *Rivista*, 2011, 493 ss.

²⁹ L'espressione è di F.C. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1312.

³⁰ F.C. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1312.

³¹ In argomento, per tutti, D. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, 951 ss. V. anche R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banci di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013, in particolare 77 ss.

ti³², poiché “la tutela dei suoi diritti non dipende dalla legge, ma dalla interpretazione che della legge fa il magistrato ed è pertanto devoluta al caso”³³. Ma il depotenziamento della legalità formale, con tutti i suoi contenuti, non può essere compensato attraverso il richiamo ai soli principi di colpevolezza e di irretroattività dell'orientamento giurisprudenziale, come si vorrebbe proporre a livello europeo.

Del resto, anche la Corte costituzionale italiana, con la sentenza n. 230 del 2012³⁴, ha confermato l'attualità nel nostro ordinamento del paradigma *classico* della legalità, riconoscendo espressamente come il principio convenzionale di legalità risulti “meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso, infatti, resta estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25 Cost.”. La Consulta, in altre parole, sembra aver voluto segnare un limite oltre il quale l'accentuazione del ruolo del giudice e il conseguente riconoscimento di una sua equipollenza formale alla legge, “comporterebbe un disequilibrio inaccettabile per il sistema, alterandone la stessa quadratura costituzionale”³⁵. Talché, nel momento stesso in cui si dovesse ammettere il predetto correttivo dell'irretroattività dell'orientamento giurisprudenziale, si finirebbe implicitamente per riconoscere che la giurisprudenza possa creare diritto³⁶.

Emblematica in questa prospettiva è la vicenda Contrada³⁷. È vero, infatti, che la Corte EDU accolse il ricorso di Contrada, condannando lo Stato italiano per violazione dell'art. 7 della Convenzione, sulla base dell'assunto che all'epoca dei fatti non vi potesse essere prevedibilità della decisione, posto che la nozione di

³² L. VIOLANTE, *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, in questa *Rivista*, 2015, 345; F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in questa *Rivista*, 2015, 383 ss.

³³ Così L. VIOLANTE (*op. loc. ult. cit.*), il quale prosegue osservando lucidamente come le imprese parlino “a questo proposito di *rischio regolatorio*, che avvicina il nostro Paese a quelli nei quali la tutela dei diritti è rimessa alla volontà o al capriccio del sovrano. La differenza è che, nel nostro caso, l'incertezza del diritto non dipende da un contesto intenzionalmente autoritario, ma da un contesto che diventa autoritario per il disordine legislativo e giurisprudenziale in un sistema nel quale il valore della certezza del diritto non è assunto come principio chiave dell'ordinamento”.

³⁴ Corte cost. 8 ottobre 2012, n. 230. Sulla pronuncia A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale*, in www.giurcost.org.

³⁵ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 27.

³⁶ Sul punto, *amplius*, A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in questa *Rivista* 2014, 91 ss.

³⁷ Sul punto, per tutti, D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, *Riv. trim.*, n. 2/2015, 46 ss.

concorso esterno in associazione mafiosa e i suoi presupposti si sarebbero consolidati nella giurisprudenza solo a partire dalla pronuncia a sezioni Unite della Cassazione del 1994³⁸. Tuttavia, la Corte EDU non ha affatto messo in discussione il potere “creativo” del formante giurisprudenziale³⁹. Al contrario, essa ha di fatto “certificato” la (paradossale) natura di “*infrazione di origine giurisprudenziale*” (“*infracation d’origine jurisprudentielle*”)⁴⁰ del concorso esterno⁴¹. Ma dovrebbe allora essere chiaro che se la definizione del tipo viene affidata all’interpretazione giudiziaria, anche l’istanza di determinatezza viene completamente trasfigurata e amputata di moltissimi contenuti di garanzia, portando inevitabilmente ad incrinare altresì il principio di separazione dei poteri.

Invero, sempre la Corte costituzionale, già con sentenza n. 327 del 2008, aveva precisato come “l’esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale. Sostenere il contrario significherebbe, difatti, «tradire» entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione – cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della *regula iuris* – verrebbe meno giacché, nell’ipotesi considerata, la *regula* verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti”⁴².

Peraltro, in un ordinamento come il nostro, nel quale non si riconosce carattere vincolante al precedente e in cui si verificano continui mutamenti di indirizzo giurisprudenziale (addirittura, come visto, *in assenza di diritto*), anche l’ipotizzabile compensazione della prevedibilità sociale è destinata a naufragare.

³⁸ Cass. sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, Ced. 199386, Demitry. Sulla travagliata figura del concorso esterno nei reati associativi, per tutti, A. MANNA, *L’ammissibilità di un c.d. concorso “esterno” nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1189 ss.; G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragion di stato e gli inganni del dogma*, in *Foro it.*, 1994, II, 427 ss.; C. VISCONTI, *I tormentato cammino del concorso «esterno» nel reato associativo*, in *Foro it.*, 1994, II, 574 ss. Più di recente, V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminata legislazione e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014.

³⁹ Sul punto *amplius* F. C. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 1061 ss.

⁴⁰ Corte EDU, IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, § 66 della sentenza.

⁴¹ *Amplius* D. PULITANÒ (*Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit.), ad avviso del quale, sul “piano del dover essere del nostro ordinamento”, per “*infrazione di origine giurisprudenziale*, nata cioè non con il testo di legge ma da una successiva evoluzione giurisprudenziale [...] non c’è spazio legittimo” (ivi, 53).

⁴² Corte cost. 30 luglio 2008, n. 327.

Una generica prevedibilità soggettiva (che peraltro, un'epoca di diritto incerto, appare una chimera⁴³) non può di per sé compensare le carenze della fattispecie. La prevedibilità del diritto (*ergo*, della decisione) in assenza di tipicità/tassatività si configura come una contraddizione in termini.

Concludendo: alla domanda (“ma davvero *nessuna differenza tra incriminazione per via legislativa o giurisprudenziale?*”), formulata provocatoriamente da sensibile dottrina⁴⁴, ci sentiamo di rispondere reagendo con forza nei confronti di quella che appare come una strisciante (ma prepotente) “trasformazione costituzionale”, che sta poco a poco disgregando la raffinata architettura dello Stato di diritto.

Il baluardo della prevedibilità della decisione dovrebbe preservare (non sostituire) la legalità legislativa. Sicché, “l'ottica (pur importante) della stabilizzazione giurisprudenziale non può essere fatta valere fuori dall'aggancio a una *previa legge*”⁴⁵. Di più: la norma non si deve limitare a costituire una mera apparenza verbale, abdicando alla sua funzione politico-criminale di definire la fattispecie penalmente rilevante, spostando gli equilibri della “potestà punitiva dalla ‘legge’ ai ‘giudici’, i quali si ritengono (e vengono considerati) come ‘legislatori di riserva’, capaci di una ‘giustizia del caso concreto da preferire alla certezza del diritto’”⁴⁶.

⁴³ F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, cit., 386.

⁴⁴ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità, tra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., 47.

⁴⁵ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità, tra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit.

⁴⁶ G. MARINUCCI, *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1267.