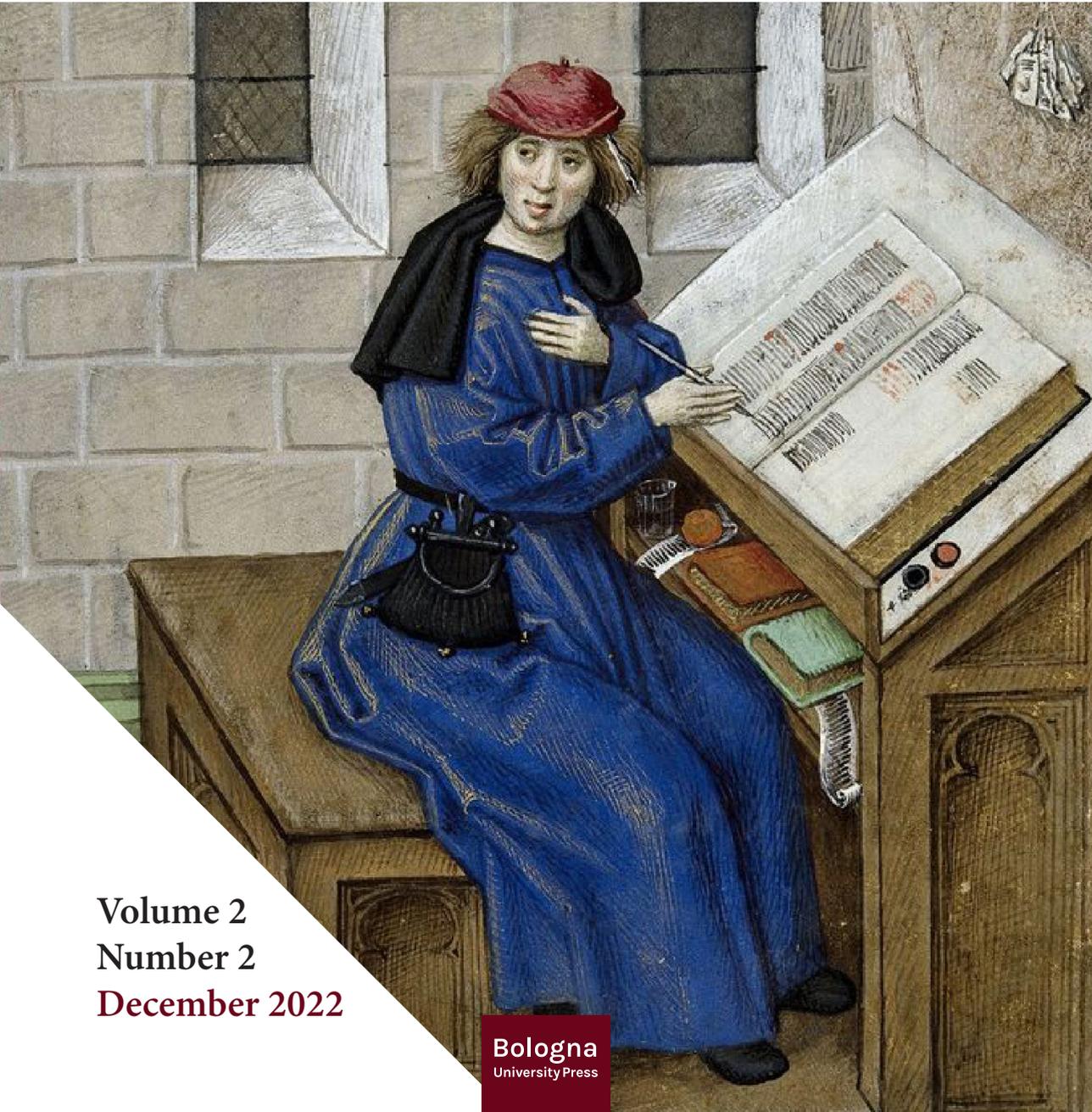




An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence



Volume 2
Number 2
December 2022

Bologna
University Press



Direzione/Editors: A. Banfi (Univ. Bergamo), G. Luchetti (Univ. Bologna), M. Ricciardi (Univ. Milano Statale).

Comitato Direttivo/Editorial Board: Sergio Alessandri (Univ. Bari), M. Brutti (Univ. Roma Sapienza), A. Calore (Univ. Brescia), E. Cantarella (Univ. Milano Statale), E. Chevreau (Univ. Paris Panthéon), Laura D'Amati (Univ. Foggia), M. Miglietta (Univ. Trento), E. Stolfi (Univ. Siena).

Comitato Scientifico/Scientific Committee: Francisco J. Andrés Santos (Univ. Valladolid), Martin Avenarius (Univ. Köln), Ulrike Babusiaux (Univ. Zürich), Christian Baldus (Univ. Heidelberg), Maurizio Bettini (Univ. Siena), Italo Birocchi (Univ. Roma Sapienza), Mauro Bonazzi (Univ. Utrecht), Amelia Castresana Herrero † (Univ. Salamanca), Marco Cavina (Univ. Bologna), Orazio Condorelli (Univ. Catania), Pietro Costa (Univ. Firenze), Wojciech Dajczak (Univ. Poznań), Lucio De Giovanni (Univ. Napoli Federico II), Oliviero Diliberto (Univ. Roma Sapienza), Athina Dimopoulou (Nat. Kap. Univ. Athens), Elio Dovere (Univ. Napoli Parthenope), Roberto Esposito (Scuola Normale Superiore), Giuseppe Falcone (Univ. Palermo), Michael Gagarin (Texas Univ.), Jean-François Gerkens (Univ. Liège), Peter Gröschler (Univ. Mainz), Alejandro Guzmán Brito † (Pont. Univ. Cat. Valparaiso), Akira Koba (Univ. Tokyo), Umberto Laffi (Univ. Pisa-Accad. Naz. Lincei), Andrea Lovato (Univ. Bari), William N. Lucy (Univ. Durham), Laretta Maganzani (Univ. Milano Cattolica), Valerio Marotta (Univ. Pavia), Thomas McGinn (Vanderbilt Univ.), Guido Melis (Univ. Roma Sapienza), Carlo Nitsch (Univ. Napoli Federico II), Antonio Padoa-Schioppa (Univ. Milano Statale), Javier Paricio Serrano (Univ. Complutense Madrid), Aldo Petrucci (Univ. Pisa), Johannes Platschek (Univ. München), Francesco Riccobono (Univ. Napoli Federico II), Gianni Santucci (Univ. Bologna), Nicoletta Sarti (Univ. Bologna), Aldo Schiavone (ERC-Univ. Roma Sapienza), Alessandro Somma (Univ. Roma Sapienza), Gerhard Thür (Öst. Akad. d. Wiss.), Eduardo Vera-Cruz Pinto (Univ. Lisboa).

Segretario di Redazione: F. Tamburi

Comitato di Redazione: T. Beggio, P. Biavaschi, F. Bonin, P. Carvajal, A. Cirillo, G. Cossa, S. Di Maria, M. Fino, M. Frunzio, O. Galante, S. Liva, E. Marelli, F. Mattioli, A. Nitsch, I. Pontoriero, J. Ruggiero, E. Sciandrello, G. Turelli.



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence

Volume 2
Number 2
December 2022

Specula Iuris è resa possibile grazie al sostegno del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo, del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano.

Il presente fascicolo è stato pubblicato con i fondi del progetto PRIN 2017: "La certezza del diritto dal mondo antico alla discussione moderna", Unità di ricerca dell'Università degli Studi di Bergamo.

Direttore Responsabile
Giovanni Luchetti

Editorial office
email: redazione@speculaiuris.it

Web page
<http://www.speculaiuris.it>

Print subscription (2 issues)
€ 100

Subscription office
ordini@buponline.com

Publisher
Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza, 10
40123 Bologna (Italy)
tel.: +39 051 232882
fax: +39 051 221019

ISSN: 2784-9155
ISSN online: 2785-2652
ISBN: 979-12-5477-283-6
ISBN online: 979-12-5477-284-3
Doi: doi.org/10.30682/specula0202

Registrazione
Tribunale di Bologna, n. 8567 del 03/06/2021

Trascorso un anno dalla prima edizione, i testi sono pubblicati sotto licenza Creative Commons CC-BY 4.0
One year after the first publication, paper are licensed under a Creative Commons attribution CC-BY 4.0

Graphic Layout
DoppioClickArt – San Lazzaro (BO)

Cover
L'autore allo scrittoio, miniatura tratta dal *Roman de la Rose* di Guillaume de Lorris e Jean de Meun, 1490 ca., Londra, British Library, Harley MS 4425, f. 133r.

Sommario

Nota introduttiva MASSIMO BRUTTI	5
-------------------------------------	---

DIRITTI ANTICHI

Per una ricerca sulla certezza del diritto nell'esperienza greca. Tra speculazione filosofica e prassi retorica EMANUELE STOLFI	15
---	----

<i>Ius certum</i> e attività normativa in età monarchica e decemvirale. Lo sguardo di Pomponio M. FLORIANA CURSI	89
--	----

<i>I responsa prudentium</i> in Gai 1.7 e in Inst. 1.2.8 GIUSEPPE FALCONE	133
--	-----

LE TRADIZIONI GIURIDICHE

Certezza del diritto e ordine giuridico moderno: un inventario tra ieri e oggi ITALO BIROCCHI	159
--	-----

La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate PIETRO COSTA	179
---	-----

FIGURE DELLA CONTEMPORANEITÀ

La certezza del diritto nello Stato fascista ERNESTO DE CRISTOFARO	223
---	-----

A proposito di certezza del diritto	245
RICCARDO GUASTINI	
Certezza del diritto e legalità costituzionale	253
ROBERTO BIN	
Sulla (in)sostenibile incertezza del diritto penale	261
FRANCESCO VIGANÒ	

FIGURE DELLA CONTEMPORANEITÀ

Sulla (in)sostenibile incertezza del diritto penale

Francesco Viganò*

Università Bocconi, Dipartimento di Studi Giuridici "A. Saffa", Milano, Italia

Abstract (Italiano)

La certezza del diritto è un principio di centrale rilievo per il diritto penale, connesso a garanzie costituzionali cruciali quali il *nullum crimen*, l'eguaglianza, il giusto processo. Questo contributo esamina i numerosi fattori che rendono, tuttavia, la realtà del diritto penale distante da quel modello ideale, e sostiene la tesi secondo cui la giurisprudenza dovrebbe divenire più consapevole del suo ruolo nell'assicurare una maggiore prevedibilità, e dunque un più elevato grado di certezza giuridica, nell'applicazione del diritto penale.

Parole chiave: Certezza del diritto, diritto penale, principio di legalità in materia penale, interpretazione giudiziaria

Abstract (English)

The principle of legal certainty is of paramount importance in criminal law, being linked to key constitutional guarantees such as nulla poena, equality of treatment, fair trial. This article explores the many factors that make the reality of criminal law distant from that ideal, and argues that courts should become more aware of their role in ensuring greater foreseeability, and more legal certainty, in the application of criminal provisions.

Keywords: Legal certainty, criminal law, principle of legality in criminal matters, judicial interpretation

* L'autore, professore di diritto penale nell'Università Bocconi di Milano, è attualmente componente della Corte costituzionale. Le opinioni espresse in questo contributo sono, tuttavia, di carattere esclusivamente personale, e non riflettono necessariamente la posizione della Corte. L'articolo riprende in buona parte e rielabora tesi già espresse in un precedente lavoro (*Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016 e in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISCATO [a c. di], *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, ESI, Napoli 2016, pp. 213-265), cui si rinvia per le indispensabili indicazioni bibliografiche.

1. Il dover essere: l'aspirazione alla certezza nel diritto penale

Il diritto penale – e il suo braccio armato, il procedimento penale – è la branca dell'ordinamento che incide con maggiore intensità sui diritti fondamentali della persona.

La persona sospettata di avere commesso un reato può essere pesantemente limitata nei propri diritti alla vita privata, alla riservatezza delle comunicazioni, alla proprietà, alla libertà personale, per effetto di perquisizioni, intercettazioni, sequestri, misure cautelari personali. Una volta rinviato a giudizio, l'imputato è sottoposto a un processo che di per sé lo espone a un grave danno per la propria reputazione, e che è in ogni caso fonte di gravi pregiudizi emotivi e patrimoniali. L'eventuale condanna determina poi le conseguenze proprie della pena, la quale può privare la persona – per un tempo determinato, e talvolta per l'intera vita – dei propri diritti più basilari, a cominciare, ancora, dalla libertà personale, e dalla possibilità stessa di avere una libera vita di relazione. E la condanna, una volta eseguita interamente, produce una serie di effetti, che possono pesantemente incidere – in particolare – sul diritto al lavoro del condannato.

A fronte della gravità di tutte queste conseguenze, non sorprende che l'esigenza di certezza – aspirazione comune a tutte le branche del diritto – sia da sempre particolarmente avvertita proprio nel settore del diritto penale. Conseguenze così gravose sui diritti della persona non possono dipendere dall'arbitrio di polizia, pubblici ministeri e giudici; ma debbono essere basate su leggi che configurino in modo certo presupposti e limiti dell'esercizio dei loro poteri, tutelando così il consociato contro un loro uso arbitrario e imprevedibile.

1.1. Certezza e legalità penale

Questa esigenza sta, anzitutto, alla base dello stesso principio di legalità penale: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Un principio i cui classici corollari sono in gran parte funzionali proprio ad assicurare un esercizio certo dello *ius puniendi*.

Il *nullum crimen*, enunciato per la prima volta dall'art. 8 della *Déclaration* francese del 1789 (“*Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*”) in combinazione con il precedente art. 7, che sancisce il principio della legalità nel procedere (“*Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites*”), poggia su due grandi *rationes*, rispetto a ciascuna delle quali l'ideale della certezza gioca un ruolo essenziale: l'una legata alla tutela della separazione dei poteri, l'altra preoccupata della garanzia dei diritti dell'individuo nei confronti dell'autorità.

Due grandi *rationes*, peraltro, espressamente enunciate dall'art. 16 stessa *Déclaration*: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*”.

1.1.1. Separazione dei poteri

Partiamo dalla separazione dei poteri, e dunque dall'anima politico-istituzionale del *nullum crimen*.

Il potere punitivo – questo il presupposto storico del principio – appartiene al sovrano: ed è anzi, secondo l'insegnamento del contrattualismo da Hobbes in poi, uno dei connotati essenziali del suo potere, che ne segna la stessa ragion d'essere. Il contratto sociale conferisce al sovrano il monopolio dell'uso della forza, per proteggere i diritti dei consociati – oltre che dai nemici esterni – dai nemici interni cui sarebbero esposti nello stato di natura. Ma l'esperienza dell'assolutismo insegna che di questo potere il sovrano può facilmente abusare: il che induce il pensiero illuminista e rivoluzionario, alla fine del XVIII secolo, ad affermare il principio che il potere di punire deve essere circoscritto entro i limiti fissati dalla legge, espressione essa stessa della volontà popolare. Solo la legge approvata dal parlamento è autorizzata a fissare, come recita l'art. 3 della *Déclaration*, i limiti alla libertà individuale, necessari a garantire che essa non rechi danno ad altri; e solo la legge, conseguentemente, è autorizzata a stabilire quando un comportamento costituisca reato, e possa così autorizzare le privazioni della libertà e dei diritti fondamentali del cittadino che l'esercizio (legittimo) dello *ius puniendi* necessariamente comporta.

Da questa prospettiva, il principio di legalità costituisce anzitutto un argine al potere *esecutivo*, al quale sottrae il potere di stabilire i presupposti del potere di privare i cittadini della propria vita, libertà, patrimonio attraverso l'introduzione di nuove norme incriminatrici, e la cui azione di repressione dei reati costringe entro i limiti fissati in via preventiva dalla legge. Al tempo stesso, tale principio costituisce un limite allo stesso potere *giudiziario* – la cui indipendenza istituzionale dal potere sovrano, d'altronde, era alla fine del Settecento ben lungi dall'essere garantita –, nella misura in cui vincola gli stessi giudici penali a condannare nei soli casi previsti in via generale dalla legge emanata dal parlamento.

Se questa è l'aspirazione, è però evidente come il principio che vuole l'esercizio del potere punitivo vincolato alle prescrizioni della legge rischi di essere a sua volta svuotato nella sostanza, allorché la legge sia formulata in modo vago e impreciso, sì da non consentirne applicazioni *certe* da parte del potere esecutivo e giudiziario, incaricati della sua esecuzione. Una legge che comminasse una pena a carico di chiunque commettesse "azioni immorali", o "cagionanti grave danno alla società", ovvero una legge che consentisse di procedere all'arresto di qualunque cittadino ogniqualvolta ciò fosse giudicato "necessario" dalla polizia per prevenire la commissione di un reato, costituirebbero garanzie soltanto *apparenti* della separazione dei poteri: in realtà, sulla base di leggi siffatte sarebbero, ancora una volta, i funzionari di polizia prima, e poi i giudici, a determinare con assoluta discrezionalità i presupposti per l'applicazione di misure pesantemente incidenti sui diritti fondamentali della persona.

Di qui la fonte di due corollari tradizionali del principio di legalità, miranti a garantire – diremmo oggi – il suo effetto utile di garanzia della separazione dei poteri, quanto meno rispetto al versante del diritto penale sostanziale: i sub-principi di *precisione* (o, con varianti ter-

minologiche sostanzialmente equivalenti, di *tassatività* o *sufficiente determinatezza*) e di *divieto di applicazione analogica* della legge penale. Essi non sono in genere proclamati espressamente nelle costituzioni e nelle carte internazionali dei diritti, ma vengono ormai considerati parte integrante del *nullum crimen*, in forza di un ampio consenso internazionale.

Il primo corollario – riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale italiana come contenuto implicito dell'art. 25, comma 2, Cost. a partire dalla sentenza n. 96 del 1981 – esprime l'esigenza che la norma che stabilisce i requisiti del reato, e dunque i presupposti in presenza dei quali una data condotta concreta possa essere considerata penalmente rilevante, siano formulati in termini *precisi* dal legislatore, in modo da legare le mani il più possibile ai titolari dello *ius puniendi* (potere esecutivo e giudiziario assieme), e da assicurare che la definizione del confine tra lecito e illecito sia riservata al legislatore, restando così espressione della volontà generale.

Il secondo corollario vieta ai giudici di utilizzare il *procedimento analogico*, usuale in altri rami del diritto, per estendere il raggio applicativo di norme incriminatrici a condotte non riconducibili al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore. Anche in questo caso, lo scopo è di evitare che sia il potere giudiziario a compiere valutazioni sulla meritevolezza e necessità di pena, che l'ordinamento vuole riservate al legislatore: al quale unicamente spetta il compito di creare nuove norme incriminatrici, qualora intenda colmare eventuali lacune di tutela penale, avvertite come tali nella coscienza sociale.

L'uno e l'altro corollario si muovono dunque nella direzione di conferire *certezza* all'applicazione della legge penale, sulla base di preve valutazioni del legislatore, espresse chiaramente nella legge e non estensibili da parte della giurisprudenza a condotte diverse da quelle espressamente indicate nella legge medesima.

1.1.2. Garanzia dei diritti dell'individuo

La seconda grande *ratio* del principio di legalità in materia penale è quella di garanzia dei diritti della persona nei confronti dell'autorità: una garanzia, si noti, che l'evoluzione del costituzionalismo concepisce sempre più chiaramente come rivolta *anche nei confronti della legge*, la quale è sì espressione della volontà generale, ma rappresenta pur sempre l'esercizio di un potere suscettibile di incidere pesantemente sui diritti fondamentali dell'individuo, che le costituzioni contemporanee concepiscono come non disponibili da parte delle contingenti maggioranze politiche.

Il cuore di questa garanzia individuale, di cui si fa carico il *nullum crimen*, è quella di assicurare al consociato la possibilità di fare tutto ciò che non è espressamente vietato, come recita l'art. 5 della *Déclaration*, senza timore di incorrere in sanzioni penali (e prima ancora, di essere sottoposto a indagini o a processo) in conseguenza di condotte non previste dalla legge.

In quest'ottica si staglia, anzitutto, il corollario rappresentato dal *divieto di applicazione retroattiva* della legge penale, espresso a chiare lettere dallo stesso art. 8 della *Déclaration* poc'anzi rammentato. È solo una legge già promulgata, e debitamente pubblicata, che assicura

al cittadino la possibilità di regolare la propria condotta in modo da evitare di incorrere nelle sanzioni da essa previste. D'altra parte – come ha rammentato la Corte costituzionale nella sentenza n. 32 del 2020 – un'applicazione retroattiva della legge penale apre fisiologicamente la porta all'arbitrio da parte dei detentori del potere, da sempre tentati di stabilire o aggravare *ex post* pene per fatti già compiuti, perseguendo così intenti vendicativi nei confronti dei loro oppositori politici.

Ma, anche in questo caso, la garanzia dell'individuo sarebbe soltanto apparente, se la legge, pur entrata in vigore prima del fatto commesso, fosse formulata in modo vago e impreciso, e se i tribunali (e ancor prima la polizia e i pubblici ministeri) fossero liberi di interpretarla oltre i limiti fissati dal loro tenore letterale, sino a considerare penalmente rilevanti casi da essa non espressamente previsti.

Ecco allora che il corollario della *precisione* della legge penale diviene funzionale, anche, a garantire la *prevedibilità* dell'applicazione della legge penale per i suoi destinatari, in modo da assicurarne – per riprendere la notissima espressione utilizzata dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale – la “certezza di libere scelte d'azione”. Prevedibilità su cui insiste in particolare, oggi, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 7 CEDU, così come a proposito della garanzia di legalità di ogni misura che incide su altri diritti e libertà riconosciuti espressamente dalla Convenzione.

Per altro verso, il corollario del *divieto di analogia* contribuisce anch'esso alla tutela della prevedibilità dell'applicazione della legge penale, e dunque alla garanzia della certezza di libere scelte di azione dell'individuo, assicurandogli che l'area del penalmente rilevante non sarà estesa dalla giurisprudenza rispetto a quanto desumibile dal significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore penale.

1.2. Certezza ed eguaglianza

Come in ogni settore dell'ordinamento, anche nel diritto penale la certezza nell'applicazione della norma è – inoltre – funzionale alla tutela del *principio di eguaglianza* dei consociati di fronte alla legge – principio, d'altronde, esso stesso coesistente allo stato costituzionale di diritto, e già espresso dall'art. 6 della *Déclaration* ben prima di essere proclamato solennemente, nell'ordinamento italiano, dall'art. 3 Cost. Solo un diritto la cui applicazione sia *certa* garantisce che tutti i cittadini siano trattati in modo eguale dalla pubblica autorità, mentre un diritto incerto genera fatalmente arbitrio e diseguaglianze.

Proprio l'impatto drammatico del diritto penale – e di tutte le misure funzionali all'*enforcement* del diritto penale – sui diritti fondamentali della persona rende, d'altra parte, questa esigenza di parità di trattamento specialmente acuta in questo settore, e per converso particolarmente odiosa una situazione in cui siano evidenti disparità di trattamento, magari in favore dei potenti di turno o a danno dei loro oppositori politici, nell'applicazione della legge penale e nell'instaurazione di indagini e processi penali.

1.3. Certezza, efficiente amministrazione della giustizia penale ed effettività del diritto di difesa

Ma vi è tutto un fascio ulteriore di principi e garanzie costituzionali che afferiscono alla materia penale, e che reclamano nel loro complesso un diritto penale *certo* nei suoi presupposti applicativi.

Un diritto penale incerto non oppone alcun ostacolo all'apertura di indagini e al rinvio a giudizio di imputati le cui prospettive di condanna saranno tutt'altro che sicure, e dipenderanno in ultima analisi dall'apprezzamento soggettivo dei diversi giudici che si succederanno nella gestione dei relativi processi, sino alla valutazione definitiva della corte di legittimità. E ciò non già, come in certa misura è fisiologico che sia, per effetto dell'aleatorietà dell'esito dell'istruzione dibattimentale avente a oggetto le prove del reato; bensì per effetto dell'incertezza circa la stessa configurazione dei limiti della fattispecie astratta di reato.

Una simile situazione genera mostri. L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, a sua volta funzionale a garantire l'applicazione eguale e non arbitraria della legge penale, fa sì che i pubblici ministeri debbano svolgere indagini e chiedere il rinvio a giudizio anche di imputati le cui condotte non siano univocamente costitutive di reato; e che debbano essere svolti processi penali a carico di questi imputati, le cui prospettive di condanna sono però, sin dall'inizio, incerte. Le indagini, e poi il processo, provocano però gravissimi pregiudizi alle persone interessate: sofferenze di natura emotiva (meglio ancora, esistenziale), danni economici, ostacoli alla carriera professionale e (eventualmente) politica, solo per limitarci qui agli effetti più vistosi. D'altra parte, questi procedimenti e processi creano immediatamente aspettative di giustizia nelle vittime e nella collettività, il cui soddisfacimento è però incerto; e proprio queste aspettative verranno drammaticamente deluse nel caso in cui gli imputati – all'esito di procedimenti durati anni e dipanatisi per molti gradi di giudizio – vengano alla fine assolti, perché la loro condotta non è penalmente rilevante. Nel frattempo, lo Stato avrà investito importanti risorse, umane e finanziarie, per perseguire gli imputati, nel contesto di un sistema penale già sovraccarico di procedimenti. Infine, la contraddittorietà degli esiti dei procedimenti finirà inevitabilmente per determinare l'erosione della fiducia dei cittadini nel funzionamento della giustizia penale, che è bene di fondamentale importanza per la tenuta del sistema penale, e dello stato di diritto nel suo complesso.

Un diritto penale incerto svuota, insomma, di significato l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.) e pregiudica l'efficienza complessiva del sistema della giustizia penale e la sua autorevolezza agli occhi dei consociati, che sono valori essenziali sottostanti alla logica di tutela del "giusto processo" di cui all'art. 111 Cost. e sono, altresì, funzionali alla tutela degli interessi e diritti fondamentali che lo Stato ha il dovere di salvaguardare, se necessario attraverso il diritto penale.

D'altra parte, un diritto penale incerto interferisce pesantemente con l'esercizio del diritto di difesa, di cui all'art. 24 Cost., e con la sua dimensione di effettività, sulla quale particolarmente insiste la recente giurisprudenza della Corte costituzionale. L'incertezza su come una norma

penale sarà interpretata dai giudici rende difficile impostare strategie difensivi, costringendo l'imputato e il suo difensore a confrontarsi con una molteplicità di possibili scenari processuali. Questa incertezza ha, ancora, ricadute importanti in termini di (reale) eguaglianza tra gli imputati. Essa infatti non può non indurre chi disponga di scarsi mezzi economici a definizioni processuali alternative, che comportano pur sempre una ammissione implicita di colpevolezza (e in ogni caso l'applicazione di una pena), pur di beneficiare almeno degli sconti di pena legati ai riti alternativi; e ciò anche in presenza di fondati argomenti per sostenere l'irrelevanza penale del fatto sulla base del diritto vigente. Viceversa, chi possa contare su mezzi economici sufficienti sarà indotto a percorrere tutti i gradi di giudizio, nella speranza non solo di poter lucrare della prescrizione, ma anche di poter beneficiare, prima o poi, di qualche interpretazione favorevole.

2. L'essere: la realtà di un diritto penale incerto

Molti dunque sono in principi costituzionali in gioco quando si invoca la *certezza* del diritto penale, e dunque della sua prevedibile e non arbitraria applicazione nel caso concreto. Ma assai diffusa – oggi più che mai – è la sensazione che la *realtà* del diritto penale contemporaneo, specialmente in Italia, sia ben lungi dal corrispondere a questo ideale.

Emblematico il dibattito di questi ultimi mesi – che riprende peraltro una discussione aperta sin dai tempi di “Mani pulite” – sull'abuso d'ufficio: un reato, si afferma, dai confini tanto incerti da rendere di fatto imprevedibile la sua applicazione nel caso concreto, con conseguente alone di incertezza a carico degli amministratori pubblici sulla possibilità che la prioria condotta nell'esercizio delle funzioni sia, domani, qualificata come abuso d'ufficio da un pubblico ministero. Ciò che ingenererebbe un fenomeno di “paura della firma”, gravemente dannoso per la stessa efficienza dell'azione amministrativa, che rischia così di essere paralizzata dal timore di conseguenze penali per ogni decisione innovativa, o che per qualche ragione si discosta dalle prassi consolidate; paura che non sarebbe peraltro schermata dalla considerazione che la grande maggioranza delle indagini per abuso d'ufficio si conclude con provvedimenti di archiviazione, né dal fatto che la stragrande maggioranza dei processi che comunque si celebrano per questo reato si concludano – in primo grado, in appello o in cassazione – con assoluzioni: già lo stato di indagato, e più ancora quello di imputato, è infatti idoneo a recare gravi pregiudizi personali, finanziari e politici al pubblico amministratore di volta in volta interessato.

Simili preoccupazioni, cui ha dato voce recentemente anche una pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 8 del 2022, *Considerato in diritto* n. 2.4.), non sono peraltro confinate a questo reato: da tempo la dottrina penalistica denuncia un insostenibile tasso di incertezza del diritto penale in Italia.

Incertezza che, a ben guardare, concerne sia la definizione del raggio applicativo delle norme penali, sia le conseguenze che l'ordinamento ricollega alla loro violazione. Incertezza, dunque, delle *fattispecie*, e delle *pene*.

2.1. Incertezza delle fattispecie

Un primo fattore che mina la certezza del diritto penale è – lo si è già rilevato – l'imprecisione delle norme penali: la loro *vaghezza*, per utilizzare un'espressione corrente nel diritto costituzionale nordamericano.

2.1.1. Vaghezza del linguaggio

Al riguardo, occorre però sin da subito sottolineare che l'ideale illuministico di una legge penale assolutamente precisa, tale da rendere inutile ogni interpretazione (*in claris non fit interpretatio!*) e da ridurre il lavoro del giudice a quello del mero applicatore della previsione normativa al fatto concreto, sconta un'ingenuità di fondo. Quella, cioè, di non prestare la dovuta attenzione alla ineliminabile vaghezza, porosità, imprecisione del linguaggio – di *ogni* linguaggio: di quello comune, ma anche di quello usato nelle norme. Quanto più, anzi, il linguaggio utilizzato dalle norme si avvicina al linguaggio comune – ciò che pure corrisponde a un ideale del pensiero giuridico illuminista –, tanto più la norma si carica delle caratteristiche del linguaggio comune, che è ricco di vocaboli polisemici, naturalmente aperti all'interpretazione.

Persino vocaboli apparentemente univoci come “uomo”, utilizzato dalla norma incriminatrice dell'omicidio volontario (art. 575 c.p.) – l'archetipo, potremmo dire, delle norme penali – non è privo di ambiguità semantiche. Anzitutto, il legislatore del 1930 intendeva certamente ricomprendere nel suo significato anche la “donna”: ma, allora, perché non ricorrere alla scelta, certamente più inclusiva, “persona”, pure utilizzata nella contigua norma che incrimina l'omicidio colposo (art. 589 c.p.)? Né è autoevidente *quando* un essere vivente *cominci* a essere qualificabile come “uomo”, e quando *cessi* di essere considerato tale. Se alla seconda domanda un'altra norma reperibile nell'ordinamento sembra fornire una risposta sufficiente chiara (esiste un “uomo” sino a quando non sopraggiunga la morte cerebrale, definita dall'art. 1 della legge n. 578 del 1993 come cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo), più risposte diverse sono plausibili alla prima domanda, discutendosi presso la dottrina penalistica e la stessa giurisprudenza se il concepito acquisti la qualità di “uomo” – e quindi, di possibile soggetto passivo di un omicidio, anziché di un mero aborto – soltanto quando venga alla luce, ovvero quando inizi il processo naturale del parto, o ancora già al momento in cui raggiunga un tale grado di sviluppo da essere capace di vita autonoma al di fuori del corpo della madre (tesi, quest'ultima, che a sua volta presenta forti margini di incertezza in relazione alla precisa determinazione di tale momento, che i progressi delle neonatologia tendono continuamente ad anticipare). Tutto ciò spalanca un ampio spazio all'interpretazione, e crea dunque una fisiologica *incertezza* nell'applicazione di una norma presente in ogni diritto penale, in qualsiasi epoca storica e in qualsiasi ordinamento.

2.1.2. Applicazioni analogiche delle leggi penali

Da molti decenni, d'altra parte, la dottrina penalistica si duole – oltre che dei margini di incertezza, più o meno fisiologici, insiti nelle espressioni utilizzate dal *legislatore* – della propensione dei *giudici* penali italiani a ignorare il divieto di analogia in materia penale, e a estendere conseguentemente l'ambito applicativo di molte norme incriminatrici oltre quanto ragionevolmente consentito dal significato letterale di quelle espressioni, nel perseguimento di obiettivi di tutela “a tutto tondo” dei beni giuridici protetti dalle singole norme incriminatrici.

I manuali e gli scritti della dottrina abbondano, in verità, di simili esempi: dall'estensione, in via interpretativa, di norme che incriminano l'esercizio di attività “senza autorizzazione” alle attività compiute *in presenza* di una autorizzazione *illegittima*; alla applicazione delle norme che incriminano la corruzione per un “atto” dell'ufficio a ipotesi in cui non sia possibile identificare alcuno specifico atto oggetto di illecito mercimonio; alla sussunzione nella fattispecie di truffa, che richiede il compimento di “artifici o raggiri”, di ipotesi di mero *silenzio* di un contraente su determinate circostanze, la cui conoscenza da parte dell'altro contraente lo avrebbe verosimilmente indotto a non concludere il contratto; e l'elenco potrebbe continuare a lungo.

Il problema, del resto, è stato recentemente denunciato dalla stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 98 del 2021, in un caso in cui si discuteva dell'applicazione dell'art. 572 c.p., che vieta i maltrattamenti compiuti nei confronti di “una persona della famiglia o comunque convivente”, a condotte compiute contro una persona con la quale l'agente intratteneva una (mera) relazione affettiva, senza tuttavia con essa convivere; e ciò sulla base di una interpretazione diffusa presso la stessa Corte di cassazione, secondo la quale il reato in questione ben potrebbe configurarsi non solo con riferimento “ai nuclei familiari fondati sul matrimonio”, ma anche “a qualunque relazione sentimentale che, per la consuetudine dei rapporti creati, implichi l'insorgenza di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale”. La Corte costituzionale ha rammentato, in proposito, che “[i]l divieto di analogia non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore”. Secondo la Corte costituzionale, l'orientamento giurisprudenziale cui il rimettente aveva aderito – evidentemente ispirato dall'intento di “assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili, vittime di condotte abusive nell'ambito di rapporti affettivi dai quali esse hanno difficoltà a sottrarsi” – non si era

confrontato con il divieto di analogia, omettendo in particolare “di chiarire se davvero possa sostenersi che la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra imputato e persona offesa nel processo *a quo*, consenta di qualificare quest’ultima come persona (già) appartenente alla medesima ‘famiglia’ dell’imputato; o se, in alternativa, un rapporto affettivo dipanatosi nell’arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell’abitazione dell’altro possa già considerarsi, alla stregua dell’ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di ‘convivenza’”.

2.1.3. Imprecisione delle norme di parte generale

Ma i margini di incertezza del diritto penale vigente crescono esponenzialmente con riferimento a norme diverse da quelle incriminatrici in senso stretto: le norme, cioè, della parte generale del diritto penale, che sanciscono i criteri generali di imputazione della condotta criminosa, ovvero che prevedono circostanze aggravanti o attenuanti, o ancora cause di non punibilità in senso lato.

Si pensi, anzitutto, a tre norme chiave della parte generale – gli artt. 56, 40, comma 2, e 110 c.p. – che sanciscono, rispettivamente, rispettivamente, i presupposti della responsabilità a titolo di tentativo, di omesso impedimento dell’evento e di concorso di persone nel reato. Quando un atto può essere (già) considerato “diretto in modo non equivoco” a commettere un delitto? Quando una persona può essere ritenuta titolare di un “obbligo giuridico di impedire un evento”? E a quali condizioni una condotta di per sé non conforme alla fattispecie astratta di alcuna norma incriminatrice può essere considerata come “concorso” nel reato da altri commesso?

Le articolatissime discussioni che si incontrano in ogni manuale di diritto penale su questi concetti chiave, e la pluralità delle tesi dottrinali che sono ivi illustrate, mostrano l’elevato tasso di incertezza che ancora circonda questi istituti chiave della parte generale, da cui dipende la valutazione finale di rilevanza o irrilevanza penale di condotte concrete, e in definitiva l’applicazione di pene – spesso anche assai gravose – agli imputati di delitti tentati, omissivi e commessi in concorso con altre persone. Può, ad esempio, essere considerato responsabile di omicidio tentato – e, come tale, essere arrestato, e poi essere rinviato a giudizio – chi sia sorpreso, magari grazie a un’intercettazione telefonica, a consegnare una prima *tranche* di denaro a un malvivente appositamente contattato per uccidere il proprio coniuge? Ovvero una simile condotta andrà considerata (ancora) penalmente irrilevante, con la conseguenza che all’aspirante uxoricida sarà applicabile, al più, la blanda misura di sicurezza della libertà vigilata, ai sensi dell’art. 115 c.p.?

Problemi ancora più complessi pongono, poi, le norme che disciplinano i criteri di imputazione oggettivi o soggettivi su cui si fonda la teoria del reato, come la causalità, il dolo e la colpa: criteri sul cui esatto significato da sempre si discute animatamente nella dottrina penalistica, sulla base di fondamenti normativi rappresentati da disposizioni spesso tautologiche, ovvero utilizzanti clausole generali destinate a essere riempite *ad libitum* da parte degli interpreti. Si pensi alla definizione di colpa, che rinvia da un lato ai concetti elastici di negligenza, imprudenza e imperizia, e dall’altro – genericamente – alla violazione di “leggi, regolamenti,

ordini o discipline”. Sulla base di una simile, estesissima definizione, accade frequentemente di vedere formulato l’addebito ad un imputato di avere cagionato un determinato evento lesivo in conseguenza della violazione di una specifica legge o di uno specifico regolamento avente finalità cautelare, “o comunque per negligenza, imprudenza o imperizia”, senza che nell’imputazione si specifichi ulteriormente quale fosse la condotta diligente, prudente o perita che l’imputato avrebbe dovuto compiere in luogo di quella contestatagli. Il che rende assai arduo l’esercizio stesso del diritto di difesa all’imputato, e fatalmente imprevedibile l’esito del processo, dal momento che l’apprezzamento dello standard di diligenza, prudenza e perizia attese sarà esclusivamente frutto della discrezionale valutazione del giudice, senza alcun preciso punto di riferimento nell’ordinamento.

2.1.4. Ai confini della responsabilità penale: cause di non punibilità e circostanze del reato

Un ulteriore profilo di incertezza delle norme da cui dipende la responsabilità penale, questa volta poco esplorato dalla dottrina, concerne poi le norme che delineano, per così dire, i confini negativi della responsabilità penale, configurando cause di non punibilità (comprehensive di cause di giustificazione, scusanti e cause di non punibilità in senso stretto). Molte di queste norme sono costruite attorno a clausole generali, o comunque a concetti elastici. Si pensi ai requisiti di “necessità” e “proporzione”, che abbondano nelle norme che configurano cause di giustificazione; ovvero alla clausola del fatto di “particolare tenuità” contenuta nella causa di non punibilità di cui all’art. 131-*bis* c.p.

Si tende spesso a pensare che tali previsioni non siano abbracciate dal principio di legalità, o quanto meno non da tutti i suoi corollari, trattandosi – si afferma tradizionalmente – di norme “di favore”, proprio in quanto escludono la responsabilità penale. Conseguentemente, esse non sarebbero vincolate ai medesimi requisiti di precisione che vigono per le norme incriminatrici; non sarebbero soggette al divieto di analogia; e, addirittura, per esse non varrebbe la riserva di legge.

Una discussione analitica su ciascuna di queste affermazioni trascenderebbe i limiti di questo contributo. Basti qui osservare che esse non sembrano confrontarsi, nel loro complesso, con l’obiezione secondo cui la linea di demarcazione tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che non lo è – e dunque, in ultima analisi, se un dato imputato debba o meno essere punito – dipende in egual misura dalla formulazione e interpretazione della norma incriminatrice, così come dalla formulazione e interpretazione delle norme che limitano il suo ambito di applicazione, disponendo la non punibilità di determinate condotte che – in assenza della norma di favore – risulterebbero ricomprese dalla sua fattispecie astratta. Sicché l’eventuale incertezza nell’interpretazione di una norma “di favore” determina, inevitabilmente, un’incertezza nell’applicazione delle stesse norme incriminatrici nel caso concreto.

Infine, molte norme configuranti circostanze (aggravanti o attenuanti) sono anch’esse costruite attorno a concetti-chiave elastici, e in definitiva assai affini a clausole generali. Il caso più evidente è rappresentato dalle cosiddette circostanze attenuanti generiche, previ-

ste dall'art. 62-*bis* c.p., che consente al giudice di diminuire sino a un terzo la pena quando sussistano "altre circostanze" (*id est*, diverse da quelle espressamente disciplinate dalla legge), qualora egli "le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena": la legge rinuncia qui ad enunciare qualsiasi criterio che possa guidare la discrezionalità del giudice, lasciandolo in definitiva libero di adeguare la pena prevista dalla legge al proprio senso di giustizia, anche al di sotto del limite minimo di pena ordinariamente previsto per il reato di cui è causa. Ma anche altre circostanze – la cui applicazione in relazione a gravi reati, come l'omicidio volontario, può determinare addirittura il passaggio da una pena temporanea all'ergastolo, e viceversa – contengono requisiti fortemente imprecisi, il cui apprezzamento nel caso concreto è riservato in larga misura alla sensibilità del singolo giudice – dai motivi "abietti o futili" (art. 61, n. 1 c.p.) o, all'opposto, "di particolare valore morale o sociale" (art. 62, n. 2, c.p.), al "danno patrimoniale di rilevante gravità" (art. 61, n. 7, c.p.), o al traffico di "quantità ingenti" di sostanze stupefacenti (art. 80, comma 2, t.u. stup.).

2.2. Incertezza delle pene

Un secondo macro-fattore di incertezza del diritto penale concerne la stessa applicazione delle pene. Prevedere la tipologia e l'entità della pena che sarà in concreto inflitta a un determinato autore di reato è impresa assai ardua nell'ordinamento italiano; e ancor meno prevedibile sarà in che misura la pena formalmente inflitta sarà effettivamente scontata dal condannato. Senza contare, poi, i margini di incertezza crescenti relativi alla stessa stabilità della sentenza di condanna definitiva, connessi al processo – dipanatosi tumultuosamente negli ultimi dieci anni – di progressiva erosione della stabilità del giudicato penale, istituto paradigmaticamente funzionale alla certezza del giudizio.

2.2.1. Gli arcani della commisurazione

Per cominciare, la commisurazione della pena nell'ordinamento italiano è largamente affidata alla discrezionalità del giudice, sì che gli esiti sanzionatori concreti possono essere, a parità di reato, assai differenziati tra condannato e condannato.

Il legislatore si limita, in effetti, a fissare in genere la tipologia di pena – a volte, peraltro, lasciando al giudice la scelta se infliggere una pena detentiva o pecuniaria – e a indicare un minimo e un massimo, all'interno del quale il giudice ha il compito di individuare la pena da applicare in concreto, sulla base dei (vaghi e variegati) criteri elencati nell'art. 133 c.p. (nonché, per quanto riguarda la pena pecuniaria, nell'art. 133-*bis* c.p.).

Ma gli stessi minimi e massimi sono tutt'altro che invalicabili.

Anzitutto per effetto delle circostanze, che possono determinare abbassamenti o innalzamenti di pena assai significativi, e la cui concreta applicazione è peraltro affidata alla discrezionalità del giudice: non solo per la ragione già sopra segnalata, connessa alla vaghezza dei presupposti di molte di esse (si rammenti l'esempio delle attenuanti generiche), ma anche

perché, nella frequente ipotesi del concorso tra attenuanti e aggravanti, il giudice ha un potere pressoché illimitato, ai sensi dell'art. 69 c.p., di applicare soltanto le une o le altre circostanze, ovvero di non applicarne alcuna.

Amplissimi poteri commisurativi sono poi a disposizione del giudice quando l'imputato deve essere giudicato per più reati: nel caso di concorso formale ovvero di reato continuato – ipotesi, quest'ultima, ricorrente con grande frequenza nella prassi giurisprudenziale, anche in conseguenza della vaghezza (ancora!) del suo presupposto (la presenza di un “medesimo disegno criminoso”) e della usuale generosità nella sua abituale interpretazione – il giudice deve aumentare la pena stabilita per il reato più grave “fino al triplo”: ossia, trattandosi di pena detentiva, da un solo giorno di detenzione sino a tre volte la pena stabilita per quel reato. A fronte di una pena base di cinque anni di reclusione (già stabilita, poniamo, all'interno di una cornice edittale da quattro a otto anni di reclusione), il potere discrezionale del giudice gli consentirà di applicare, in caso di concorso formale con altro reato o reato continuato, una pena detentiva che spazia da cinque anni e un giorno a quindici anni.

I margini di imprevedibilità della concreta commisurazione della pena aumentano ulteriormente se si considerano gli effetti dei riti alternativi. In caso di patteggiamento, ad esempio, è frequente che difensore e pubblico ministero si accordino su una pena pari al minimo di legge, con tutte le diminuzioni massime previste in presenza di circostanze attenuanti – in particolare, delle attenuanti generiche, regolarmente riconosciute in sede di patteggiamento –, e con l'ulteriore diminuzione di un terzo prevista per il rito speciale. Con la conseguenza che per reati per i quali è prevista una pena minima, poniamo, di sei anni di reclusione, la pena medesima può ridursi – per effetto di un paio di attenuanti e della diminuzione connessa al rito – al di sotto della soglia dei due anni, che consente normalmente la concessione della sospensione condizionale della pena; mentre laddove lo stesso reato sia giudicato in dibattimento, le *chances* di una consistente pena detentiva sarebbero assai elevate. Quanto poi al rito abbreviato, che prevede una riduzione “secca” di un terzo della pena, l'esperienza concreta di molti difensori è che l'entità finale della pena, in caso di condanna, dipende in larga misura dalle personali prassi commisurative del singolo giudice per l'udienza preliminare cui il fascicolo sarà assegnato: di talché due identici fatti di vendita di stupefacenti, relativi alla stessa sostanza e alla stessa quantità, compiuti da due imputati non recidivi, rischiano di essere sanzionati – in presenza di un quadro edittale di eccezionale ampiezza, che si estende tra un minimo di sei e un massimo di vent'anni di reclusione – l'uno con una pena contenuta di pochissimi anni di reclusione, suscettibile di essere eseguita sin da subito in regime di affidamento in prova al servizio sociale, e l'altro con una pena di media o elevata estensione, destinata inesorabilmente a essere eseguita in carcere. Con buona pace del principio di eguaglianza.

2.2.2. L'esecuzione delle pene

Il quadro di incertezza del diritto penale vigente si infittisce ulteriormente non appena si volga uno sguardo alla fase di effettiva esecuzione delle pene.

Qui il condannato gode di numerose opportunità di ottenere una misura alternativa alla detenzione, e dunque di vedere radicalmente modificato l'impatto della pena sui propri diritti fondamentali. Ma, naturalmente, se queste opportunità si realizzeranno in pratica non può essere previsto *ex ante*: sicché una pena di otto anni di reclusione potrà, in concreto, essere eseguita interamente in carcere, oppure "convertirsi" – a partire grosso modo dalla metà della pena scontata – in semilibertà e/o affidamento in prova; ferma restando l'ulteriore possibilità per il condannato, nella fase finale, di accedere alla liberazione condizionale, la quale determina la cessazione dell'esecuzione della pena, e la sua sostituzione con la blanda misura di sicurezza della libertà vigilata.

L'esecuzione della pena è, insomma, per sua natura *incerta*, le sue concrete modalità – e la sua stessa durata – dipendendo dalle valutazioni da parte dei tribunali di sorveglianza circa i progressi dei condannati verso l'obiettivo della rieducazione e risocializzazione.

2.2.3. L'instabilità del giudicato

Infine, il quadro della incertezza del diritto penale non sarebbe completo senza, almeno, un cenno alla sempre maggiore instabilità degli stessi giudicati di condanna nel nostro ordinamento.

Una delle ragioni d'essere del giudicato è, per l'appunto, quello di conferire stabilità e, dunque, certezza alle decisioni giudiziali, una volta che la loro correttezza sia passata attraverso tutti i filtri delle impugnazioni ordinarie. Ciò vale, in linea di principio, anche nell'ambito del diritto penale, sia pure con importanti correttivi, da sempre e ovunque riconosciuti: in particolare, rispetto all'eventualità che emergano nuove prove, non vagliate nei gradi ordinari di giudizio, che dimostrino l'innocenza di chi sia stato condannato in via definitiva; ipotesi in cui ogni ordinamento riconosce una possibilità di revisione della condanna, considerandosi prevalenti le ragioni di tutela dei diritti del condannato rispetto alle stesse esigenze di certezza del diritto sottese al giudicato.

Una serie di sviluppi giurisprudenziali che hanno avuto luogo approssimativamente nell'ultima decina d'anni – sui quali non è possibile in questa sede soffermarci nel dettaglio – hanno peraltro progressivamente esteso le possibilità di travolgere i giudicati di condanna a una quantità di altre ipotesi, in nome di una tutela sempre più incisiva dei diritti fondamentali del condannato. Anzitutto nel caso – oggetto prima di una sentenza additiva della Corte costituzionale, la n. 113 del 2011, poi di vari interventi della Corte di cassazione (in particolare, Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza n. 18821 del 2014) e ora della novella legislativa con la quale si è introdotto il nuovo art. 629-*bis* c.p.p. – in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia accertato una violazione dei diritti convenzionali del condannato, nel corso del processo o in conseguenza dell'applicazione delle norme sostanziali poste a base della stessa condanna o della concreta determinazione della pena. E poi in una serie di altri casi non previsti espressamente dalla legge, che spaziano dalla sopravvenienza di una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che abbia accertato l'incompatibilità tra le norme

penali applicate al condannato e il diritto dell'Unione (Corte di cassazione, sentenza n. 14276 del 2012) alla sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della pena edittale prevista dalla legge, sulla cui base sia stata commisurata la pena inflitta al condannato (Corte di cassazione, sentenza n. 42858 del 2014).

Anche il giudicato penale di condanna è, insomma, oggi tutt'altro che certo.

3. Alla ricerca di equilibri sostenibili

La diagnosi appena tratteggiata sulla *realtà* del diritto penale – la realtà di un diritto penale lontanissimo dall'ideale illuministico di certezza, per ciò che attiene sia all'*an* della responsabilità, sia al *quomodo* e al *quantum* della risposta sanzionatoria – non deve però trarre in inganno, e indurre alla semplicistica conclusione che ogni incertezza debba auspicabilmente essere eliminata. Taluni margini di incertezza sono, in effetti, fisiologici e salutari, in omaggio ad altri principi fondamentali che presiedono alla materia penale.

Occorre, dunque, separare il grano dal loglio, e impegnarsi pazientemente – nell'ambito, così sensibile, del diritto penale – nella ricerca di equilibri sostenibili tra aspirazione alla certezza del diritto e le confliggenti esigenze che di volta in volta vengono prese in considerazione.

3.1. Sull'interpretazione delle fattispecie normative

Prendendo le mosse dall'interpretazione delle fattispecie normative – il settore ove l'imprevedibilità della decisione giudiziale risulta particolarmente pregiudizievole, rispetto ai vari principi costituzionali rammentati all'inizio di questo contributo –, due ordini di rimedi vengono immediatamente in considerazione, allo scopo di attenuare i segnalati margini di incertezza: da un lato, una vigilanza più attenta da parte della Corte costituzionale sul rispetto del principio di precisione delle norme incriminatrici; dall'altro, una maggiore attenzione da parte della giurisprudenza comune al proprio ruolo di garanzia della prevedibilità nell'applicazione della norma penale, nel senso che cercherò di meglio chiarire tra qualche istante.

3.1.1. Il ruolo della Corte costituzionale

Anzitutto, se le norme da cui dipende la responsabilità penale di una persona sono imprecise, il rimedio principe dovrebbe essere la loro dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Per la verità, l'efficacia di tale rimedio non può essere sopravvalutata.

Ogni norma – persino, come dicevamo poc'anzi, quella che incrimina l'omicidio volontario – presenta margini fisiologici di imprecisione, in conseguenza della naturale vaghezza del linguaggio. Ciascun termine utilizzato dal legislatore ha un nucleo di significato univoco, che coincide con l'insieme di oggetti che qualsiasi parlante medio ricondurrebbe a quel termine, ed è in grado di escludere con altrettanta univocità altri oggetti, che nessun parlante ricondurrebbe, invece, a quel termine. Ma ogni termine presenta una “zona grigia” più o meno ampia,

che coincide con l'insieme degli oggetti la cui riconducibilità al segno linguistico potrebbe essere oggetto di discussione tra i parlanti medi di una certa lingua. Pensiamo al termine "prostituzione": un italiano medio non avrebbe esitazione nel riferire questo termine ad atti sessuali dietro pagamento in denaro compiuti con una pluralità indeterminata di partner; e altrettanto certamente escluderebbe che possa parlarsi di "prostituzione" con riferimento ad un atto sessuale compiuto da un giovane con una signora benestante, nella speranza che lei si decida a sposarlo. Ma potranno ravvisarsi atti di prostituzione nelle ipotesi – tutte oggetto di ampia discussione nella giurisprudenza più recente – di atti sessuali compiuti nei confronti di un solo partner, in cambio di compensi in denaro o di altra natura, ancora non determinati nella tipologia e nel *quantum* al momento del compimento della condotta? ovvero di atti sessuali compiuti, a pagamento, davanti ad una webcam, in contatto soltanto virtuale con il cliente? ovvero, ancora, nel caso di atti sessuali compiuti – ancora, dietro compenso pecuniario – davanti a una macchina da presa, allo scopo di produrre materiale pornografico? Su tutte queste ipotesi, più parlanti medi che pure condividano un unico *medium* linguistico potrebbero legittimamente trovarsi in disaccordo circa la riconduzione della condotta che di volta in volta viene in considerazione al termine "prostituzione", che disvela dunque una – ineliminabile – zona grigia.

Pensare che il legislatore possa risolvere *ex ante* tutti questi dubbi mediante complesse definizioni normative è probabilmente illusorio. È soltanto il confronto della norma con la realtà che, spesso, fa emergere problemi difficilmente prevedibili al momento della formulazione della norma incriminatrice: le norme in vigore in materia di prostituzione sono nate, ad esempio, in un'epoca in cui nessuno avrebbe potuto immaginare fenomeni come la "prostituzione online". La realtà, come afferma un detto popolare fondato sul buon senso, spesso supera la fantasia.

Esistono tuttavia limiti, oltre i quali è chiaro che il tasso di apertura semantica delle espressioni utilizzate dal legislatore nelle norme incriminatrici sconfinava in una violazione del principio di legalità. Nell'antesignana sentenza n. 96 del 1981, la Corte ha dichiarato illegittima la norma incriminatrice del plagio, ivi definito come "stato di totale soggezione" di una persona nei confronti di un'altra. La sentenza stigmatizzò "l'impossibilità di attribuire [a tale norma] un contenuto oggettivo, coerente e razionale e pertanto l'assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione". "Giustamente" – proseguì la Corte – la norma "è stata paragonata ad una mina vagante nel nostro ordinamento, potendo essere applicata a qualsiasi fatto che implichi dipendenza psichica di un essere umano da un altro essere umano e mancando qualsiasi sicuro parametro per accertarne l'intensità".

Recentemente, nella sentenza n. 25 del 2019, la Corte ha fatto applicazione dei medesimi principi, dichiarando parzialmente incostituzionale una norma che incriminava, tra l'altro, la violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" da parte di chi sia sottoposto a misura di prevenzione personale. La sentenza è particolarmente significativa perché la medesima disposizione era già stata dichiarata non contrastante con il principio di

precisione della legge penale con la sentenza n. 282 del 2010, che aveva ritenuto che la doppia clausola in questione consentisse comunque al destinatario di avere una percezione sufficientemente chiara degli obblighi cui è sottoposto: e cioè del dovere di rispettare “tutte le norme a contenuto precettivo”, e non solo quelle sanzionate penalmente, dovendosi poi ritenere che l’obbligo di “vivere onestamente” avesse soltanto valore rafforzativo di quegli obblighi, senza un autonomo contenuto precettivo. Nove anni più tardi – dopo che la Grande camera della Corte europea dei diritti dell’uomo, con la sentenza *de Tommaso contro Italia* del 23 febbraio 2017, aveva ritenuto che la norma in parola fosse incompatibile con l’esigenza di prevedibilità della legge penale, discendente dall’art. 7 CEDU – la Corte costituzionale è pervenuta ad un risultato diametralmente opposto, riconoscendo in buona sostanza che l’amplessima formulazione della norma non fosse compatibile con esigenze minime di prevedibilità dell’applicazione della legge penale nel caso concreto.

3.1.2. Il ruolo della giurisprudenza comune

Al di fuori però di simili casi macroscopici, il compito di garantire una ragionevole prevedibilità dell’applicazione della legge penale, e di tutelare pertanto la certezza delle libere scelte di azione del consociato, deve essere svolto anche dalla giurisprudenza comune, grazie alla capacità di orientamento dei suoi precedenti.

Ciò è affermato a chiare lettere dalla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. “*The Court has acknowledged in its case-law*” – si legge in una recente pronuncia in tema di art. 7 CEDU (Grande camera, sentenza 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*, § 141) – “*that however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice (see, mutatis mutandis, The Sunday Times (no. 1), § 49, and Kokkinakis, § 40 [...]). The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain (see, mutatis mutandis, Cantoni [...]). Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, ‘provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen’ (see S.W. v. the United Kingdom [...], § 36, and Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [GC])*”.

Al riguardo, è bene premettere – a scanso di ogni fraintendimento – che riconoscere il ruolo di chiarificare gradualmente le regole del diritto penale, dissipando i relativi dubbi interpretativi, non significa affatto attribuire alla giurisprudenza il potere di integrare liberamente le scelte del legislatore, e di introdurre in tal modo, in via interpretativa, nuove fattispecie di reato. Il divieto di analogia, su cui abbiamo già richiamato l’attenzione, mira

precisamente a riaffermare la *priorità delle scelte del legislatore*, specialmente in materia di incriminazioni, precludendo ai giudici di estendere *praeter legem* le incriminazioni stesse a fattispecie non riconducibili al dato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore. Ma *all'interno* dei possibili significati compatibili con tale dato letterale, sarebbe irrealistico non riconoscere alla giurisprudenza il ruolo di precisare gradualmente a quali ipotesi la norma debba essere riferita, e a quali invece non lo debba essere: chiarendo, per riprendere l'esempio di poc'anzi, se nella zona grigia dei possibili significati del termine "prostituzione" debba essere o meno ricompresa anche la situazione di chi compia atti sessuali, a pagamento, davanti ad una webcam.

In questi limiti – che potremmo tentare di afferrare con l'espressione tradizionale di interpretazione *secundum legem* – i *precedenti* giurisprudenziali operano, quanto meno di fatto, come *fonti* del diritto. Essi restano subordinati, certo, rispetto alla legge, al cui metro le decisioni dei giudici potranno sempre essere falsificate; ma difficilmente se ne potrebbe disconoscere una vera e propria forza normativa, idonea a costituire criterio per la decisione di casi futuri.

La teoria generale del diritto contemporanea nega, d'altronde, che l'interpretazione normativa sia un atto meramente *ricognitivo* di un significato già implicito nella norma, ammettendo che con tale operazione il giudice compia in realtà una *scelta* – e dunque un atto di natura *volitiva* – tra più possibili significati, tutti compatibili con il dato testuale della norma, che segna i confini delle legittime interpretazioni. Attraverso l'interpretazione, dunque, il giudice *prosegue e completa l'attività normativa del legislatore*, definendo il preciso contenuto del precetto da applicare nel caso concreto.

Questa attività di completamento del diritto – o, se vogliamo, di *con-formazione* del diritto – si attua tipicamente mediante la formulazione da parte del giudice di una *regula iuris* specificamente ritagliata sulla tipologia di casi – o sulla "sottofattispecie" – cui è riconducibile il caso concreto all'esame. Una regola più specifica di quella contenuta nella legge, dunque, ma che conserva carattere *generale e astratto*, e si candida così a fungere da reale premessa maggiore di futuri sillogismi giudiziali (ad esempio: "compiere atti sessuali su se stesso davanti a una webcam a pagamento, in collegamento diretto con il cliente, costituisce atto di prostituzione; conseguentemente, chi organizza tale servizio, risponde di favoreggiamento della prostituzione"). Questa regola è, del resto, ciò che si definisce – nel linguaggio dei codici di procedura – il "principio di diritto" enunciato dalla Corte di cassazione, nel suo ruolo di nomofilachia: ossia nello svolgimento del suo ruolo di garanzia dell'uniforme interpretazione della legge nell'ordinamento italiano (art. 65 ord. giud.).

Simili regole non sono a stretto rigore vincolanti, negli ordinamenti di *civil law* – e certamente non lo sono in un ordinamento come quello italiano, in cui il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) –; ma la loro capacità di orientare i futuri atti di interpretazione e applicazione della legge da parte dei giudici di merito, e degli stessi giudici di legittimità, è indiscutibile, e corrisponde anzi all'aspirazione sottostante all'appena citato art. 65 ord. giud., che definisce le funzioni essenziali della Corte di cassazione. I giudici ten-

dono ad *applicare* queste regole, sempre più facilmente reperibili sulle banche date online, alla stessa stregua delle regole di rango legislativo: nei gradi di merito, non foss'altro che per un ovvio istinto alla conservazione dei propri provvedimenti, che rischierebbero altrimenti di essere riformati o annullati in caso di contrasto con i precedenti della Cassazione; e in sede di legittimità, per una altrettanto ovvia preoccupazione di non contraddire la giurisprudenza consolidata, e non fornire così messaggi equivoci ai giudici di merito.

Riconoscere alla giurisprudenza una funzione autenticamente *normativa* – sia pure, ripetiamolo una volta di più, *gerarchicamente subordinata* rispetto alla legge, e sottoposta come tale al vincolo della sua compatibilità con la legge stessa –, e più precisamente riconoscere tale funzione all'insieme delle *regolae iuris* enunciate o comunque estraibili dai precedenti, in particolare di legittimità, non ha rilievo soltanto sul piano *descrittivo*, ma assume altresì un preciso significato *deontologico-prescrittivo*. L'aspirazione alla certezza del diritto, e dunque alla *prevedibilità* della sua applicazione – valori così rilevanti nell'ambito del diritto penale, per le ragioni poc'anzi ricapitolate –, *deve* essere perseguita, a mio avviso, anche attraverso l'acquisizione di una precisa *consapevolezza*, da parte dei giudici (specie di legittimità), di questa loro funzione, e della necessità di un suo esercizio responsabile, in funzione proprio di una migliore tutela di quei valori.

Ciò comporta anzitutto – se non un obbligo in senso stretto, che sarebbe incompatibile con l'art. 101, comma 2, Cost. – la *stringente opportunità che ogni giudice si conformi alla giurisprudenza consolidata, salvo che esistano ottime ragioni per non farlo*. Stringente opportunità che segna, a mio avviso, un punto di bilanciamento virtuoso tra lo stesso principio della soggezione del (singolo) giudice “soltanto” alla legge e il fascio dei menzionati principi e diritti fondamentali sottesi alla certezza del diritto.

Una tale opportunità è particolarmente evidente nel diritto penale, ove è fondamentale che ogni consociato sia posto in condizioni di prevedere se il comportamento che intende compiere sarà o meno considerato reato, e ove è naturale che tale previsione sia effettuata sulla base non solo di quanto scritto nei codici, ma anche di quanto deciso dalla giurisprudenza nell'interpretazione di quei codici, come pragmaticamente riconosce la Corte europea dei diritti dell'uomo. Inoltre, assicurare – anche attraverso interpretazioni costanti e uniformi – la prevedibilità nell'applicazione della legge penale è funzionale, come si è detto, ad un esercizio responsabile dell'azione penale, che eviti inutili sprechi di risorse e azioni destinate a provocare inutili costi e sofferenze a carico degli imputati; e assieme alla garanzia dell'effettività del diritto di difesa degli imputati stessi. *Last but not least*, attenersi ai precedenti significa anche contribuire all'obiettivo di assicurare una giustizia eguale per tutti, come richiesto dall'art. 3 Cost.

A fronte di tali esigenze, il personale senso di giustizia del giudice, e la sua libertà di confrontarsi direttamente col testo normativo per individuare la soluzione interpretativa a suo avviso più persuasiva tra quelle compatibili con la lettera della legge, dovrebbero fare un passo indietro, proprio in omaggio a quel fascio di interessi costituzionalmente rilevanti

che sono sottesi alle esigenze di certezza e prevedibilità dell'applicazione della legge penale. Il giudice non è, e non deve concepirsi come, una monade: ma come esponente di un potere *corale*, chiamato *nel suo complesso* a interpretare e a inverare nei casi concreti i precetti normativi emanati dal legislatore, secondo regole che è bene concepire sempre come (tendenzialmente) uniformi.

Tutto ciò salvo che, come anticipavo, ci siano ottime ragioni per discostarsi da un precedente: perché, ad esempio, esso appaia tanto 'ingiusto', o comunque 'sbagliato' (perché, magari, in palese contrasto con la lettera della legge, ovvero dimentico di ovvie esigenze di interpretazione conforme a fonti sovraordinate, costituzionali o internazionali), da far apparire necessario sacrificare almeno parzialmente i diritti e interessi sottesi alla prevedibilità della decisione giudiziaria (e alla certezza del diritto), in nome dell'esigenza... di non perseverare nell'errore.

In tal caso, si imporrà però un *onere di motivazione rafforzato*: il giudice di merito che intenda discostarsi da una giurisprudenza di legittimità consolidata dovrà avere cura di illustrare puntualmente le ragioni del proprio dissenso, con l'obiettivo di persuadere le istanze superiori di giudizio – e in definitiva – gli stessi giudici di cassazione sull'opportunità di modificare tale orientamento, specie qualora esso sia nel frattempo *divenuto* incompatibile con nuovi dati sistematici, non debitamente considerati quando l'orientamento in questione si era formato.

Quanto ai giudici di cassazione, l'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., introdotto nel 2017, disegna oggi un particolare procedimento con il quale si impone alla sezione semplice, che non condivida un principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, di rimettere la decisione del ricorso alle sezioni unite, all'evidente scopo di consentire a queste ultime di riconsiderare il principio stesso. Dal che pare evincersi, *a contrario*, che le sezioni semplici non possano più (oggi) discostarsi *tout court* dalla giurisprudenza delle sezioni unite.

Già il testo originario dell'art. 618 c.p.p., al comma 1, prevedeva peraltro il coinvolgimento delle sezioni unite ogniqualvolta una sezione rilevi che la questione di diritto sottoposta al suo esame "ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale", evidenziando così la necessità di prevenire, o quanto meno risolvere, le contraddizioni tra i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità, in omaggio alle esigenze di certezza e prevedibilità sulle quali ci siamo fin qui soffermati.

Dopodiché, resta ferma la possibilità per le stesse sezioni unite di modificare gli orientamenti consolidati, attraverso un loro vero e proprio *overruling* o un sapiente *distinguishing*, che conduca a enunciare speciali sotto-regole per situazioni in precedenza non considerate. Ma il valore della certezza del diritto (e della prevedibilità della sua applicazione) imporrà che del potere di effettuare *overrulings* sia fatto, dalle stesse sezioni unite, un uso il più possibile parco, onde non frustrare gli affidamenti (dei singoli individui, ma anche dei pubblici ministeri e degli operatori della giustizia in generale) nel frattempo ingenerati. Una regola aurea, quest'ultima, che la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva in passato sempre seguito, e che

purtroppo oggi sembra stata clamorosamente abbandonata nella decisione sul recentissimo caso *Dobbs*, in materia di diritto all'aborto.

Non solo.

Una più matura presa di coscienza, da parte della giurisprudenza, del proprio ruolo con-formativo del diritto (anche penale) dovrebbe condurla a un'attenzione particolare nell'enunciare le *regulae iuris* che costituiscono le *rationes decidendi* delle proprie sentenze, che si candidano al ruolo di precedenti per future decisioni. Anche i giudici hanno infatti il compito di contribuire, con le proprie sentenze, a rendere prevedibile l'applicazione del diritto ai consociati, e in particolare – per quel che riguarda il diritto penale – a scolpire con chiarezza la linea di confine tra il lecito e l'illecito, così come tra le singole fattispecie incriminatrici o le relative circostanze aggravanti o attenuanti (linee di confine, queste ultime, spesso trascurate dalla riflessione teorica, ma dalle quali possono dipendere anni in più o in meno di carcere, o la stessa alternativa tra pena detentiva e modalità alternative di esecuzione della stessa, o ancora la possibilità della sua sospensione condizionale).

Da ciò deriva la necessità, per la giurisprudenza, di formulare in modo il più preciso queste regole, in modo che esse possano fungere da (reale) criterio di decisione per casi futuri; ciò che non accade quando la regola giurisprudenziale (la “massima”) si riduca essa stessa a un rinvio in bianco alla discrezionalità del giudice di merito. Il che avviene quando la massima stessa richiami il giudice – come si legge in una nota sentenza delle sezioni unite sul delicatissimo tema della demarcazione tra concussione e induzione indebita a dare o promettere un'utilità – a “una puntuale e approfondita valutazione in fatto, sulle specificità della vicenda concreta, tenendo conto di tutti i dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco, dei principi e dei valori che governano quello specifico settore di disciplina” (Cassazione, sezione unite penali, 24 ottobre 2013, n. 12228, Maldera). Simili formulazioni costituiscono, a ben vedere, una fuga dalla stessa funzione nomofilattica, rinunciando a fornire all'interprete – in chiave di precisazione, o di “continuazione”, della stessa funzione normativa affidata alla legge – alcun maneggiabile criterio astratto di giudizio per la soluzione di casi futuri, al metro del quale il consociato prima, e poi gli operatori della giustizia penale – polizia, pubblici ministeri, avvocati e giudici di merito – possano compiere le proprie scelte, negli ambiti di rispettiva competenza.

Nell'ottica qui sostenuta, mi pare invece meritino deciso apprezzamento le decisioni con cui la Corte di cassazione assume senza timore la responsabilità di enunciare proposizioni normative che – restando all'interno del perimetro segnato dalla legge – fungano programmaticamente quale criterio di giudizio non solo nel singolo caso sottoposto al suo esame, ma anche per casi futuri, compiendo *scelte* fra possibili opzioni interpretative, nessuna delle quali *vincolata* dal testo della legge. Un esempio particolarmente significativo è rappresentato da una recentissima sentenza della sesta sezione (3 novembre 2022, n. 45061), in cui si dà atto anzitutto di uno studio commissionato all'Ufficio per il processo presso la Corte di cassazione istituito dalla riforma Cartabia, con il quale sono state analizzate circa quat-

trocento decisioni della Corte in materia di spaccio di lieve entità, punibile ai sensi dell'art. 73, comma 5, del testo unico sugli stupefacenti. Tale studio ha permesso di individuare i quantitativi medi relativi alle cessioni di sostanze stupefacenti più diffuse (cocaina, eroina, marijuana, hashish) ritenute di lieve entità dalla giurisprudenza. Su questa base la sentenza ha ritenuto, in assenza di altre circostanze comunque indicative di una particolare gravità della condotta, di riqualificare il fatto commesso dall'imputato – relativo a un quantitativo di hashish inferiore rispetto a tale valore medio – ai sensi, appunto, del comma 5, con conseguente annullamento della sentenza e rinvio alla competente corte d'appello per la rideterminazione della pena.

La sentenza appena menzionata, in effetti, estende al delitto di traffico di droga di lieve entità una tecnica già sperimentata dalle sezioni unite (sentenza 24 maggio 2012, n. 36258, Biondi) a proposito della circostanza aggravante prevista dall'art. 80, comma 2, del medesimo testo unico, relativa al traffico di “quantità ingenti” di sostanze stupefacenti: in quella occasione, parimenti, la Cassazione aveva dato conto di un esame statistico delle sentenze in materia pronunciate negli ultimi due anni, dal quale era emerso che l'aggravante in parola non era stata di norma ravvisata quando la quantità fosse inferiore a 2000 volte la dose massima giornaliera, individuata da un decreto ministeriale ai fini dell'esclusione della responsabilità penale dell'assuntore; e aveva quindi stabilito di attenersi, anche per il futuro, a quella indicazione nella definizione dei confini applicativi dell'aggravante (ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito quando quei limiti fossero superati), conferendo così una almeno relativa precisione alla formula elastica utilizzata dal legislatore.

A fronte della (prevedibile) obiezione di invasione del campo riservato al legislatore da parte di simili pronunce, mi pare debba chiedersi se sia davvero preferibile lasciare che ciascun singolo giudice, di fronte a clausole come la “lieve entità” del fatto ovvero le “ingenti quantità” di sostanze stupefacenti, resti del tutto libero di apprezzare la loro integrazione nel caso concreto. Quest'ultima soluzione apre in effetti, inevitabilmente, la via a disuguaglianze di trattamento tra situazioni identiche, a seconda del personale senso di giustizia del giudice; disuguaglianze di trattamento, peraltro, dagli effetti imponenti sui diritti fondamentali del condannato. Sicché il tentativo, da parte della giurisprudenza, di precisare i confini delle fattispecie in questione – sulla base, peraltro, di una mera rilevazione statistica di prassi già esistenti – mi pare debba essere senz'altro apprezzato, specie se associato all'opportuna precisazione che il giudice di merito ha sempre la possibilità di discostarsi dalle indicazioni quantitative così fornite, ove sussistano circostanze fattuali concrete che inducano a ritenere una particolare tenuità o, all'opposto, una speciale gravità del fatto.

L'alternativa radicale sarebbe, d'altronde, quella di rinunciare del tutto alle clausole generali nel diritto penale: ma si tratterebbe davvero di riformare l'intero sistema, che è ricco di clausole siffatte, quali requisiti di norme esimenti, nonché delle previsioni di parte generale relative alle norme estensive della punibilità, alle circostanze aggravanti o attenuanti, ovvero alla determinazione della pena.

Proprio prendendo atto dell'abbondante presenza di clausole generali nel diritto penale positivo, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha, in una celebre sentenza del 2010 (BVerGE 126, 170, par. 98), enunciato un vero e proprio “*Präzisionsgebot*”, o “dovere di precisazione”, in capo alla giurisprudenza penale: chiamata da un lato a non adottare interpretazioni che accrescano le incertezze sul campo di applicazione delle norme penali, e dall'altro a eliminare i margini di ambiguità che risultino dal testo normativo attraverso un'opera di precisazione e concretizzazione dei significati del testo. Questo dovere è tanto più rilevante, prosegue la corte tedesca, rispetto a quelle fattispecie che contengono clausole generali o comunque espressioni flessibili e “aperte” all'interpretazione. Rispetto ad esse, anzi, la giurisprudenza ha uno speciale dovere – così, ancora, il Tribunale federale – di contribuire a rendere immediatamente riconoscibili al destinatario della norma i presupposti della punibilità, attraverso la creazione di orientamenti interpretativi consolidati sul suo ambito di applicazione.

Ciò senza alcuna violazione della riserva di legge: che – ripeto – resta rispettata, nella misura in cui la giurisprudenza non ecceda, in questa opera di progressiva precisazione attraverso l'interpretazione, i confini di quanto consentito dalla lettera della disposizione legislativa.

3.2. Sull'incertezza delle pene

Qualche cenno soltanto, prima di concludere, al tema dell'incertezza nell'applicazione ed esecuzione delle pene.

La difformità dei criteri utilizzati nella commisurazione delle pene da parte di ciascun giudice è spesso lamentata dagli avvocati penalisti, ed è comprensibilmente avvertita come una grave ingiustizia da parte degli stessi condannati. E tale difformità è particolarmente pregiudizievole allorché difensore e imputato debbono decidere se optare per il giudizio abbreviato, anziché affrontare il dibattimento, a fronte della diffusa sensazione che molti giudici dell'udienza preliminare applichino la riduzione obbligatoria di un terzo della pena legato alla scelta di quel rito partendo da pene assai più elevate di quelle che sarebbero verosimilmente inflitte in sede dibattimentale.

Una sensazione di disparità di trattamento è, d'altra parte, diffusa tra i detenuti condannati in via definitiva, i quali spesso si dolgono della non uniformità dei criteri con i quali la magistratura di sorveglianza decide sulla concessione o non concessione di benefici penitenziari, misure alternative, liberazione condizionale.

E il progressivo scardinamento dell'intangibilità del giudicato, cui abbiamo dedicato poc'anzi qualche breve riflessione, contribuisce esso pure a restituire una complessiva immagine di incertezza della pena.

Tuttavia, non è facile immaginare correttivi in grado di rendere davvero prevedibile *ex ante* l'*an*, la tipologia e il *quantum* di pena applicabile a ciascun reato.

Cominciando dall'ultimo aspetto segnalato, la cedevolezza del giudicato rispetto a circostanze sopravvenute in grado di dimostrare non solo l'innocenza del condannato, ma anche

che nel suo processo sono stati violati i suoi diritti fondamentali, appare ben difficilmente criticabile. Gli interessi che stanno dietro l'intangibilità di un giudicato di condanna – *in primis*, l'esigenza di porre un limite alle risorse che l'ordinamento può investire nell'assicurare il diritto di difendersi a chi sia accusato di un reato – sono certamente recessivi rispetto alla necessità di porre rimedio alla violazione dei suoi diritti fondamentali, causata dall'esecuzione di una pena che per qualsiasi motivo si sia rivelata illegittima, o inflitta in esito a un processo illegittimo.

Quanto poi alla incertezza nella commisurazione o nelle vicende esecutive della pena, sono proprio i principi elaborati da una pluridecennale giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire dalle idee guida di proporzionalità della pena e di funzione rieducativa della stessa, a rendere inevitabili ampi margini di flessibilità al giudice nella operazione di *individualizzazione* della pena in relazione alla concreta gravità del fatto e alla personalità del suo autore, così come nella valutazione dei concreti *progressi* del detenuto nel cammino verso la risocializzazione. Un maggior grado di certezza nella commisurazione e nella valutazione su benefici, misure alternative e liberazione condizionale finirebbe per legare le mani al giudice e tradursi – in fase di cognizione – nella inflizione di pene sproporzionate, nonché – in fase di esecuzione – in automatismi e preclusioni incompatibili con l'art. 27, comma 3, Cost.

Ci si potrebbe invero chiedere, con riguardo almeno alla fase di commisurazione della pena da parte del giudice di cognizione, se sia possibile attenuare le segnalate disuguaglianze di trattamento attraverso l'introduzione, anche nel nostro paese, di *linee guida* per la commisurazione della pena, quanto meno per i fatti di reato più comuni, rispetto ai quali non apparirebbe certo impossibile individuare una serie di sotto-fattispecie l'una contigua all'altra, suddivise a seconda dell'entità del danno cagionato e di alcune ricorrenti caratteristiche della condotta – secondo, grosso modo, il modello già sperimentato dalla giurisprudenza di legittimità relativo ai delitti di droga, in relazione alla tipologia e alla quantità della sostanza stupefacente oggetto della condotta. La stessa giurisprudenza di legittimità potrebbe, in quest'ottica, elaborare linee guida con indicazioni più precise delle fasce di pena applicabili per ciascuna singola sotto-fattispecie, ferma restando poi la possibilità per ciascun giudice di deviare verso il basso o verso l'alto dal *quantum* di pena indicato dalle linee guida, previa specifica motivazione, ogniqualvolta sussistano ragioni concrete che parlino in favore di una maggiore o minore gravità del fatto rispetto al caso ordinario contemplato dalle predette linee guida.

Ma si tratterebbe, naturalmente, di una prospettiva tutta da studiare, e verso cui avvicinarsi con ogni cautela, anche perché il suo probabile effetto collaterale sarebbe – allo stato – quello di innalzare il livello medio delle pene applicate, che oggi tendono ad assestarsi verso il minimo edittale, probabilmente in conseguenza della diffusa percezione dell'insostenibile elevatissima delle pene massime in rapporto alla gravità dei singoli fatti di reato. Ciò che potrebbe essere ritenuto un ottimo argomento per... *quieta non movere*, e accettare quindi come un male inevitabile le attuali disuguaglianze nella commisurazione delle pene nel nostro paese.

4. Osservazioni conclusive

Le osservazioni che precedono hanno mostrato, mi pare, che anche nel diritto penale – nonostante la presenza di un principio di legalità particolarmente stringente, con i suoi corollari rappresentati dal mandato di determinatezza della norma penale e dal divieto di analogia – l'ideale della certezza della sua applicazione, a sua volta funzionale alla tutela di numerosi altri principi costituzionali, è lungi dall'essere realizzato. E forse è lungi dal *poter* essere realizzato, per un insieme di ragioni non tutte riconducibili a patologie del sistema.

Questa considerazione non esime, tuttavia, dalla necessità di lavorare nella direzione di una maggiore certezza e prevedibilità, quanto meno, nell'applicazione delle norme incriminatrici, e di tutte le norme dalle quali dipende l'individuazione di una certa cornice di pena, nel cui ambito sarà destinata a dispiegarsi la discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena da infliggere al condannato. Un simile impegno dovrebbe idealmente coinvolgere tanto il legislatore – chiamato a evitare formulazioni eccessivamente imprecise, come tali incompatibili con l'art. 25, comma 2, Cost. –, quanto la Corte costituzionale – dalla quale potrebbe essere legittimo attendersi una maggiore vigilanza sul rispetto di tale principio –, quanto infine la giurisprudenza comune. Sulla quale pure incombe, io credo, un preciso dovere di contribuire, attraverso i propri precedenti, ad un'applicazione più prevedibile della legge penale nei singoli casi concreti.

Il che passa, però, per una rimediazione *ab imis*, da parte della stessa giurisprudenza, del proprio ruolo con-formativo del diritto vigente, anche in un ordinamento di *civil law* come quello italiano: un ruolo che merita di essere preso sul serio, e che impone però a ciascun giudice di pensare al proprio lavoro non già, sulla base di una unilaterale lettura dell'art. 101, comma 2, Cost., come all'opera di un *solista* chiamato a confrontarsi direttamente con il testo legislativo, da un lato, e con il caso concreto, dall'altro; ma piuttosto come all'opera di un interprete chiamato, *assieme a tutti gli altri giudici*, a fornire interpretazioni unitarie e coerenti a quel testo.



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence

DIRITTI ANTICHI

Per una ricerca sulla certezza del diritto nell'esperienza greca.
Tra speculazione filosofica e prassi retorica

EMANUELE STOLFI

Ius certum e attività normativa in età monarchica e decemvirale.

Lo sguardo di Pomponio

M. FLORIANA CURSI

I responsa prudentium in Gai 1.7 e in Inst. 1.2.8

GIUSEPPE FALCONE

LE TRADIZIONI GIURIDICHE

Certezza del diritto e ordine giuridico moderno: un inventario tra ieri e oggi

ITALO BIROCCHI

La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate

PIETRO COSTA

FIGURE DELLA CONTEMPORANEITÀ

La certezza del diritto nello Stato fascista

ERNESTO DE CRISTOFARO

A proposito di certezza del diritto

RICCARDO GUASTINI

Certezza del diritto e legalità costituzionale

ROBERTO BIN

Sulla (in)sostenibile incertezza del diritto penale

FRANCESCO VIGANÒ

ISBN 979-12-5477-283-6



9 791254 772836 € 60,00