DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

IL PRINCIPIO DI PREVEDIBILITÀ DELLA DECISIONE GIUDIZIALE IN MATERIA PENALE (·)

di Francesco Viganò

Abstract. La recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha stimolato presso la dottrina penalistica una rimeditazione del principio di prevedibilità della decisione giudiziale, assunto da quella giurisprudenza quale contenuto fondamentale della stessa garanzia del *nullum crimen*. Questo contributo analizza fisionomia e corollari del principio, soffermandosi poi sui suoi fondamenti normativi, anche a livello costituzionale; e si chiede quindi quale sia il ruolo rispettivo del *legislatore*, del *giudice comune* e della *Corte costituzionale* nella concreta attuazione del principio nell'ordinamento penale, sottolineando in particolare come anche in un ordinamento di *civil law* come quello italiano gravi *su ogni giudice comune* – di legittimità, ma anche di merito – il dovere non solo di rendere giustizia nel caso concreto, ma anche di *rafforzare* e comunque di *non frustrare*, attraverso le proprie decisioni, la prevedibilità delle *future* decisioni di casi simili da parte di altri giudici. E ciò, da un lato, attraverso l'enunciazione in forma chiara e precisa – e per ciò stesso generalizzabile – della *ratio decidendi* che sostiene la soluzione di questioni nuove; dall'altro, attraverso il tendenziale vincolo del giudice alle soluzioni offerte dalla giurisprudenza consolidata, laddove esistente, a meno che non sussistano cogenti ragioni che militino in senso contrario.

SOMMARIO: 1. *Habent sua sidera lites*? – 2. Fisionomia e corollari del principio. – 3. La *ratio* e i fondamenti normativi del principio. – 3.1. Il principio di legalità in materia penale (art. 25, co. 2, Cost.) – 3.2. Il principio di colpevolezza (art. 27, co. 1 e 3, Cost.). – 3.3. Il *nullum crimen, nulla poena sine lege* in prospettiva europea. – 3.4. Il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). – 3.5. Il fascio di interessi costituzionali sottesi a una corretta (ed efficiente) amministrazione della giustizia penale (artt. 24 co. 2, 25 co. 2, 81, 111, 112 Cost.). – 4. Il ruolo del legislatore. – 5. Il ruolo dei giudici comuni. – 5.1. Alcune premesse di teoria generale sul ruolo normativo della giurisprudenza. – 5.2. Prevedibilità della decisione giudiziale e qualità delle regole

· Il presente contributo costituisce la relazione – ampliata, aggiornata e corredata di note – presentata dall'A. al convegno annuale dell'Associazione dei Professori di diritto penale svoltosi presso l'Università Federico II di Napoli il 7 e 8 novembre 2014. Il lavoro è ora pubblicato nel volume C.E. Paliero, S. Moccia, G,A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni e L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, ESI, Napoli, 2016, che raccoglie gli atti del convegno. *Diritto penale contemporaneo*, e l'A. personalmente, ringraziano i curatori del volume e l'editore per avere consentito alla sua pubblicazione anche su questa *Rivista*.

 (cc) BY-NC-ND 2010-2014 Diritto Penale Contemporaneo

di giudizio elaborate dalla giurisprudenza. – 5.3. Prevedibilità della decisione giudiziale e questioni già decise dalla giurisprudenza della Cassazione. – 5.4. Due possibili obiezioni, e altrettante repliche. – 6. Infine, il ruolo della Corte costituzionale. – 7. Una nota conclusiva.

1. *Habent sua sidera lites*?

Raccontavo qualche giorno fa ad un amico, esperto avvocato, del tema che mi era stato assegnato in questo convegno: la prevedibilità della decisione giudiziale. La sua reazione fu una sonora risata: ti hanno chiesto di parlare, mi disse, di qualcosa che non esiste, e che non è mai esistito. Il processo penale, come ogni processo, è una lotteria; anche quando credi di avere in pugno il giudice, che magari ti ha continuamente sorriso durante il processo, annuendo con compiacimento ai passaggi più acuti delle tue conclusioni… beh, è proprio lì che ti arrivano le bastonate più sonore al momento della lettura della sentenza.

Questa antica saggezza forense si declina del resto in un'autentica folla di brocardi: da *habent sua sidera lites*, a *tot capita tot sententiae* – e cioè "tutto capita nelle sentenze", come amava tradurre, sornione, il mio maestro Giorgio Marinucci.

Credo, tuttavia, di interpretare il graditissimo invito dell'Associazione e del suo Presidente, che affettuosamente ringrazio, come avente ad oggetto, più che l'*essere*, il *dover essere* del sistema penale: e dunque la prevedibilità della decisione giudiziaria come *obiettivo*, come *principio* (di carattere prescrittivo), o in altre parole ancora come *imperativo* da perseguire a carico del sistema penale nel suo complesso.

Muovendo allora da questo angolo visuale, la mia riflessione si articolerà attorno a tre scansioni fondamentali:

- una sintetica illustrazione dei possibili *contenuti* del principio, e dei suoi fondamentali corollari, declinati con specifico riferimento alla materia penale (§ 2);

- un'analisi un po' più distesa della sua *ratio* e dei *fondamenti normativi* (§ 3); e infine

- un tentativo di sistematizzazione dei compiti, discendenti dalla logica di questo principio, incombenti su ciascuno dei suoi protagonisti: il legislatore (§ 4), i giudici comuni (§ 5) e la Corte Costituzionale (§ 6).

2. Fisionomia e corollari del principio.

Cominciamo allora dai *contenuti* del principio. Che significa, più concretamente, che i consociati debbono essere in grado di prevedere le decisioni dei giudici in materia penale?

Nella sua massima estensione logica, il principio – applicato, ripeto, allo specifico ambito del diritto penale – implica almeno tre corollari, correlati ma distinti. In un mondo ideale, occorrerebbe che il consociato fosse in grado di prevedere, prima di compiere la propria condotta:

a) se la condotta stessa sarà considerata *illecita*;

b) se, oltre che genericamente illecita, la condotta sarà considerata altresì *penalmente rilevante*; e infine

c) quale pena egli dovrà scontare nell'ipotesi in cui venga sottoposto a processo: prognosi, quest'ultima, che presuppone a sua volta la possibilità di prevedere *(i)* in quale *fattispecie astratta* di reato sarà sussunta la propria condotta concreta, *(ii)* quale *circostanze* aggravanti o attenuanti saranno ritenute applicabili, *(iii)* quale sia conseguentemente il *quadro edittale* entro il quale dovrà muoversi la discrezionalità giudiziale nella commisurazione della pena, *(iv)* come verrà concretamente esercitata questa discrezionalità al momento dell'*inflizione della pena*, e infine *(v)* quali saranno le condizioni alle quali il condannato potrà eventualmente accedere a meccanismi di *sospensione del processo o della pena*, nonché a s*anzioni o misure alternative* applicate dallo stesso giudice di cognizione ovvero dei giudici preposti all'esecuzione della pena.

Vedremo subito se nell'ordinamento siano rinvenibili indicatori normativi sulla cui base riconoscere l'operatività di tutti quanti i corollari ora enunciati in via puramente astratta, ovvero di alcuni soltanto di essi. Sin d'ora, mi pare tuttavia importante sottolineare come dalla prevedibilità della decisione *giudiziale* dipende altresì la prevedibilità delle decisioni di tutti gli altri organi deputati al *law enforcement* (polizia e pubblici ministeri *in primis*), la cui attività è in grado di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo ben prima dell'intervento del giudice (di cognizione) che definisce il processo. D'altra parte, poiché la dimensione concreta della pena dipende, per il destinatario del precetto penale, non solo dalle decisioni del giudice di cognizione, ma anche – e in maniera determinante – da quelle del giudice dell'esecuzione e della magistratura di sorveglianza, mi pare che che l'idea di prevedibilità della decisione giudiziaria in materia penale debba anche comprendere anche le decisioni di queste ulteriori istanze giudiziarie, sulle quali incombe il compito di assicurare che il precetto legale trovi compiuta applicazione nel caso di specie, mediante l'esecuzione della sanzione da esso prevista.

Il principio qui esaminato potrebbe dunque essere riformulato come "prevedibilità delle decisioni delle agenzie di *law enforcement* rispetto all'applicazione della legge penale", coprendosi con questo concetto l'intero spettro di eventi che vanno *dal primo atto di indagine* (o dall'eventuale *applicazione di misure precautelari* ad opera della polizia*) sino all'effettiva esecuzione della pena* inflitta dal giudice della cognizione. Un arco temporale, dunque, che inizia molto prima del processo, e che può concludersi anche molti anni dopo.

3. La *ratio* e i fondamenti costituzionali del principio.

Stabilita così l'estensione (meglio, la massima estensione teorica) del principio qui in discussione, resta però da verificare quale ne sia la *ratio* e, soprattutto, se ne sia individuabile un chiaro *fondamento normativo* nel diritto italiano vigente, in particolare a livello costituzionale.

Nella riflessione compiuta dagli studiosi di altre branche del diritto, il concetto di prevedibilità della decisione giudiziale è spesso immediatamente associato a quello

di *certezza del diritto*. Il richiamo a tale valore è, in particolare, costante in tutti quegli autori che – muovendo da una diagnosi di *diffusa imprevedibilità delle decisioni giudiziali nel nostro ordinamento*, a sua volta radicata non solo e non tanto nella vaghezza dei dati normativi (che è fenomeno di per sé non problematico in settori del diritto non dominati da un principio di stretta legalità e nei quali abbondano le clausole generali), ma dall'inesistenza di meccanismi che assicurino la coerenza della giurisprudenza nell'interpretazione delle disposizioni normative, e dunque dalla presenza di significativi e persistenti *contrasti giurisprudenziali* – invocano anche nel nostro ordinamento l'introduzione di una qualche forma di vincolatività dei precedenti, in particolare della Corte di cassazione, all'ovvio fine di rendere più stabile – e, dunque, più prevedibile – l'applicazione della legge da parte dei giudici[1].

Torneremo più innanzi su queste proposte, che non hanno trovato del tutto insensibile nemmeno la dottrina penalistica[2], in nome della medesima esigenza di certezza del diritto, che sarebbe anzi un valore particolarmente prezioso nelle materie criminali. Ciò che preme sin d'ora sottolineare è che il richiamo al valore della certezza del diritto è altresì costante, in ambiti diversi dal diritto penale, nella giurisprudenza della Corte EDU, che riconosce una violazione del diritto individuale all'equo processo di cui all'art. 6 CEDU, laddove il ricorrente abbia subito un pregiudizio in conseguenza di una situazione caratterizzata da "*profondi e duraturi contrasti nella giurisprudenza nazionale*", e dall'assenza di meccanismi per superare questi contrasti. Una tale situazione, evidenzia la costante giurisprudenza della Corte, mina la *certezza del diritto*: la quale costituisce un corollario fondamentale dello Stato di diritto (*rule of law*), nella misura in cui garantisce la *stabilità delle decisioni giudiziarie*, che è a sua volta condizione essenziale della *fiducia dei consociati nel sistema giudiziario*[3].

---

[1] Cfr. ad es. GORLA, *Precedente giudiziario*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, 1991, p. 4 (e *ivi* ult. rif. bibl.).

[2] Il riferimento è, in particolare, a CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, rist. 2007.

[3] Cfr., da ultimo, Corte EDU, sent. 22 dicembre 2015, *Stanković e Trajković c. Serbia*, ric. 37194/08 e 37270/08, § 40 ss., laddove – prima di motivare nel senso dell'insussistenza della violazione allegata dai ricorrenti, stante la prevedibilità del mutamento giurisprudenziale in relazione all'intervenuto mutamento della situazione fattuale sulla quale il precedente orientamento si basava – la Corte ribadisce i principi stratificati dalla propria giurisprudenza in materia, e in particolare dalla sentenza della Grande Camera 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia*, ric. n. 13279/05, principi che vale qui la pena di integralmente riportare, omettendo le numerosissime citazioni ai precedenti:
"(*i) It is not the Court's function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention [...]. Likewise, it is not its function, save in the event of evident arbitrariness, to compare different decisions of national courts, even if given in apparently similar proceedings, as the independence of those courts must be respected […];*
(ii) The possibility of conflicting court decisions is an inherent trait of any judicial system which is based on a network of trial and appeal courts with authority over the area of their territorial jurisdiction. Such divergences may also arise within the same court. That, in itself, cannot be considered contrary to the Convention […];
(iii) The criteria that guide the Court's assessment of the conditions in which conflicting decisions of different domestic courts, ruling at last instance, are in breach of the fair trial requirement enshrined in Article 6 § 1 of the Convention consist in establishing whether "profound and long-standing differences" exist in the case-law of the domestic courts, whether the domestic law provides for a machinery capable of overcoming these inconsistencies, whether that machinery has been applied and, if appropriate, to what effect […];

La particolare fisionomia della materia penale, tuttavia, suggerisce di ricercare *ratio* e fondamento del principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali nei principi e nei diritti costituzionali e/o convenzionali specificamente ritagliati su questa materia[4], sì da meglio focalizzare perché la generica esigenza di "certezza del diritto", o di "stabilità delle decisioni giudiziarie", sia tanto importante proprio *in criminalibus*.

3.1. Il principio di legalità in materia penale (art. 25, co. 2, Cost.).

Il primo, ovvio riferimento per il penalista nella prospettiva qui studiata è lo stesso *nullum crimen sine lege*, da noi consacrato nell'art. 25, co. 2, Cost.

Tra le *rationes* tradizionalmente indicate alla base di tale principio sta la *garanzia delle libere scelte d'azione del cittadino*[5] (ma meglio sarebbe, oggi, parlare della *persona* anziché del cittadino, abbandonando anche terminologicamente ogni prospettiva 'nazionalistica' e 'statualistica'); il quale deve essere posto in condizione di sapere – prima di compiere una data condotta – se essa sarà considerata penalmente rilevante e costituire, così, il presupposto per l'inflizione di una pena nei suoi confronti.

Nel pensiero illuministico classico, quale espresso in particolare dalla *Déclaration* del 1789, un tale risultato era di per sé stesso garantito dalla previsione del fatto di reato da parte di una *legge* espressiva della volontà popolare, promulgata e pubblicata prima del fatto commesso; la garanzia declinandosi in pari misura contro gli arbitri del potere *esecutivo*, rappresentati da *lettres de cachet* e da imprigionamenti senza base legale, così come contro quelli del potere *giudiziario*, e dalla pretesa di quest'ultimo di derivare la responsabilità penale dell'individuo non direttamente dalla

---

(iv) The Court's assessment has also always been based on the principle of legal certainty which is implicit in all the Articles of the Convention and constitutes one of the fundamental aspects of the rule of law […];
(v) The principle of legal certainty guarantees, inter alia, a certain stability in legal situations and contributes to public confidence in the courts. The persistence of conflicting court decisions, on the other hand, can create a state of legal uncertainty likely to reduce public confidence in the judicial system, whereas such confidence is clearly one of the essential components of a State based on the rule of law […];
(vi) However, the requirements of legal certainty and the protection of the legitimate confidence of the public do not confer an acquired right to consistency of case-law […]. Case-law development is not, in itself, contrary to the proper administration of justice, since failure to maintain a dynamic and evolutive approach would risk hindering reform or improvement […]".

[4] Dal momento che l'ottica nella quale si muoveranno le considerazioni seguenti è quella della ricerca di precisi fondamenti *normativi*, nella Costituzione o nelle fonti sovranazionali vincolanti per il legislatore *ex* art. 117, co. 1, Cost., non verrà qui tematizzato il possibile nesso tra prevedibilità della decisione giudiziale e *prevenzione generale* (positiva o negativa), tale scopo della pena non avendo alcun preciso ancoraggio nella normativa superprimaria né internazionale. Su tale profilo, cfr. peraltro le considerazioni di CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p 55.

[5] Cfr., *ex multis*, MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, p. 12, in adesione – anche terminologica – alla notissima formulazione contenuta nella sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale.

legge, ma dalla sua interpretazione ad opera di una giurisprudenza percepita quale fortemente creativa (e per ciò solo arbitraria) dagli autori illuministi[6].

Nella prospettiva penalistica contemporanea, l'ingenua fiducia che la particolare qualità della *fonte* – la legge parlamentare, o comunque gli atti aventi forza di legge (con il connesso intervento preventivo o successivo del Parlamento) – costituisca *di per sé* sufficiente garanzia di prevedibilità della decisione giudiziaria è del tutto svanita: non meno che le antiche grida manzoniane, anche la legge adottata nel pieno rispetto delle procedure democratiche previste dalla Costituzionale può essere – e sovente è – oscura, complessa, difficile da decifrare non solo per il profano, ma anche per l'esperto di diritto; ed abbisogna dunque di un'intensa opera di *interpretazione* da parte della giurisprudenza, assistita dalla dottrina. D'altra parte, in queste condizioni la chiarezza della norma – assente in fase genetica – non riesce spesso ad essere assicurata, 'a valle', dalla stessa opera di interpretazione, i cui risultati finiscono così per risultare tutt'altro che prevedibili. Il problema diviene, insomma, quello della *qualità* della norma, più che quello della sua *origine*.

La garanzia della prevedibilità della decisione giudiziale viene pertanto affidata oggi, anziché alla riserva di legge, agli altri corollari del *nullum crimen* rappresentati dal principio di *precisione* (o sufficiente determinatezza, o 'tassatività', precetto penale), nonché dal *divieto di analogia*. Leggi dai contorni precisi, si afferma, dovrebbero indicare con chiarezza al consociato ciò che è vietato dalla legge; e il divieto di analogia dovrebbe correlativamente garantire che la pena (e l'intero apparato di *law enforcement*) non possano essere attivati nei suoi confronti per fatti diversi da quelli espressamente previsti dalla legge.

L'esigenza è sacrosanta, come avrò modo di ribadire più volte in questo lavoro; ma che tutto ciò basti a garantire la prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale, è quanto meno dubbio.

Anzitutto, 'guardiana' della precisione della legge penale è, istituzionalmente, la Corte costituzionale, che è il 'giudice delle leggi' nell'architettura costituzionale corrente nei sistemi continentali (oltre che nella stragrande maggioranza degli ordinamenti anglosassoni), e che ha tutti i poteri per invalidare i prodotti normativi legislativi non rispettosi del canone della precisione (riconosciuto come implicito nella garanzia della legalità penale quanto meno a far data dalla sent. 96/1981). Il problema è, come ben noto, che la Corte costituzionale italiana ha sinora fatto uso di questo potere con estrema parsimonia, in occasioni davvero estreme che si lasciano contare sulle dita di una mano[7]; salvando invece sistematicamente leggi penali dal precetto assolutamente indeterminato come – non so trovare esempio più emblematico – quella che sanziona, tra l'altro, la violazione dell'obbligo di "vivere onestamente" imposto ai

---

[6] Cfr., anche per puntuali citazioni alla letteratura illuministica, PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in Dolcini, Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, vol. I, p. 658.

[7] Si veda, in proposito, la perspicua rassegna compiuta nel 2001 da MARINUCCI, DOLCINI, *Corso*, cit., p. 143, alla quale purtroppo – a quindici anni di distanza – non v'è da aggiungere granché, nessuna disposizione penale essendo stata nel frattempo dichiarata incostituzionale per contrasto con il principio di precisione (o sufficiente determinatezza, ovvero ancora "tassatività") della norma incriminatrice.

destinatari della misura di prevenzione della sorveglianza speciale[8]. Il tutto mediante un sistematico (quanto criticato dalla dottrina) richiamo al lavorio di concretizzazione e precisazione del precetto 'geneticamente' indeterminato ad opera della giurisprudenza: un richiamo che finisce per restituire ai giudici comuni – in diametrale opposizione rispetto all'ideale illuminista di separazione dei poteri – il compito di definire, tramite le loro pronunce, i confini del precetto penalmente sanzionato[9].

Quanto poi al divieto di analogia, esso soffre di un clamoroso paradosso che passa in genere sotto silenzio presso la dottrina italiana: a vegliare su tale divieto – al quale tutti attribuiscono rango costituzionale, nell'alveo accogliente dell'art. 25 co. 2 Cost. – è soltanto la *stessa giurisprudenza comune*, e in particolare la Corte di cassazione, la cui attività ermeneutica si vorrebbe però *limitata* proprio da quel divieto (con il connesso dubbio, irrisolto nel nostro sistema, del *quis custodiet custodes*, che è invece superato i quegli ordinamenti – come quello tedesco – che ammettono un ricorso in ultima istanza del condannato alla Corte costituzionale per violazione del divieto di analogia da parte della giurisdizione penale comune).

D'altra parte, il principio di legalità in materia penale nel suo complesso – così come tradizionalmente inteso nell'ordinamento italiano – si presenta congenitamente incapace di fornire una qualche garanzia contro le incoerenze della giurisprudenza nell'interpretazione delle norme incriminatrici, laddove tale interpretazione si mantenga *al di qua* del limite del divieto di analogia. Poiché ben di rado una data interpretazione può essere radicalmente falsificata in quanto incompatibile con il significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore (che segna, secondo la *communis opinio*, il limite tra interpretazione estensiva – consentita anche in materia penale – e interpretazione analogica), è fisiologico che di una data norma incriminatrice – anche di quella che appaia *ex ante* meno censurabile sotto il profilo della precisione! – possano darsi diverse interpretazioni, tutte legittime al metro del principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2 Cost.; e che tali interpretazioni possano di volta in volta essere adottate in giurisprudenza, senza che il principio di legalità possa fornire alcun contributo per indicare quale tra esse debba prevalere. Con conseguente inidoneità del principio stesso a tutelare l'individuo contro i rischi di imprevedibilità della decisione giudiziale derivanti non già dalla cattiva qualità dei precetti, bensì dall'esistenza di contrasti giurisprudenziali nella loro interpretazione[10].

---

[8] C. cost., sent. n. 94/2012.

[9] In senso fortemente critico contro il richiamo al diritto vivente in chiave sanante rispetto ai vizi di imprecisione della norma incriminatrice, cfr. ancora, per tutti, MARINUCCI, DOLCINI, *Corso*, cit., p. 145 s.

[10] In senso parz. diff., cfr. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 267; ID., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 24. L'A. giustamente osserva che "la legalità, come principio che postula la *prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie azioni*, trova attuazione effettiva soprattutto relativamente alla legge come interpretata dai giudici, ovvero, detto altrimenti, al 'diritto vivente'. Proprio per questo, se il diritto vivente (o *law in action*) è incerto, perché il precedente giurisprudenziale non ha sufficiente valore, e pullulano i contrasti, allora la legalità intesa come si è detto ne soffre irrimediabilmente. Non vale a nulla avere un codice ben fatto, se poi le interpretazioni dei giudici sono volubili come bandierine al vento". Giustissimo: ma il problema è che il principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2 Cost., così come di solito ricostruito dagli interpreti italiani (e dalla stessa giurisprudenza

3.2. Il principio di colpevolezza (art. 27 co. 1 e 3, Cost.).

Una qualche maggiore garanzia per l'individuo, sotto il profilo da ultimo menzionato, è piuttosto offerta dal principio di colpevolezza, come è noto enucleato dalla sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale a partire dal principio di "personalità" della pena, letto attraverso il prisma della sua funzione rieducativa e – in ultima analisi – dalla stessa *ratio* di tutela della libertà di agire individuale sottesa al principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost.

Se l'idea di fondo sottesa a quella storica sentenza è quella secondo cui la pena presuppone un *rimprovero personale* a carico dell'autore per avere compiuto un fatto tipico e antigiuridico, ben se ne comprende il corollario – che costituiva d'altronde lo specifico *thema decidendum* allora sottoposto alla Corte – della necessaria *conoscibilità della norma penale* quale presupposto della responsabilità penale, e della correlativa esclusione del rimprovero in presenza di una *ignoranza inevitabile* sul contenuto della legge stessa. Dalla casistica passata in rassegna in quella pronuncia, d'altra parte, emerge evidente come la Corte pensasse ad un'ignoranza inevitabile della legge penale non solo e non tanto in ipotesi estreme come quella della mancata pubblicazione della legge sulla Gazzetta Ufficiale, quanto piuttosto a situazioni in cui – in ragione ad es. dell'oscurità o contraddittorietà del precetto, ovvero dell'esistenza *di contrasti giurisprudenziali in seno alla stessa Corte di cassazione* – il consociato non fosse in grado, al momento di decidere se compiere o meno una certa condotta, di *prevedere se la propria condotta sarebbe stata in seguito considerata penalmente rilevante*. Una simile situazione – questo il messaggio di fondo della sentenza n. 364 – comprime indebitamente la libertà del singolo al momento dell'azione, e lo espone *ex post* a una sanzione senza che possa essere mosso nei suoi confronti un giusto rimprovero per avere compiuto una scelta errata, pur avendo egli la possibilità di rendersi conto (eventualmente anche attraverso l'assolvimento di doveri strumentali di informazione) di tale erroneità.

Anche in questo caso, i principi sono sacrosanti; ma dell'effettività del presidio della prevedibilità delle decisioni giudiziarie apprestato al singolo con questo strumento, è più che lecito dubitare.

Anzitutto, la sentenza n. 364 – subito acclamata come 'storica' dalla dottrina penalistica coeva[11] – è stata sistematicamente ignorata dalla giurisprudenza comune successiva, e pochissimo ripresa dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Gli effetti

---

costituzionale), non si interessa dell'interpretazione giudiziale della norma penale, se non nella (limitatissima) misura in cui vieta al giudice di procedere a interpretazioni analogiche. Il concetto di legalità penale qui adottato dall'illustre A. è, piuttosto, quello ricavabile dalla giurisprudenza della Corte EDU a proposito di art. 7 CEDU, su cui si discuterà tra poco nel testo (altra questione, di cui parimenti si dirà, è poi se tale concetto possa, e/o addirittura debba, essere importato nel nostro ordinamento, in chiave di integrazione e completamento rispetto alla tutela già offerta a livello interno dall'art. 25, co. 2, Cost.).

[11] Così, letteralmente, PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 686 ss.

della svolta inaugurata nel 1988 possono, invero, apprezzarsi – e anche qui col contagocce – rispetto a diverse questioni pure connesse al principio di colpevolezza, come quella relativa all'esigenza di un'imputazione per colpa degli eventi aggravatori della responsabilità[12]; ma le assoluzioni per errore inevitabile sul precetto penale sono rimaste – più che *rarae aves* – eventi del tutto straordinari, e tutto sommato casuali[13].

D'altra parte, i principi espressi dalla sentenza n. 364 nella specifica materia dell'errore inevitabile sulla legge penale sono subito stati fatti oggetto di una lettura tendenzialmente restrittiva da parte della giurisprudenza (e a volte della stessa dottrina). Così, si sostiene sovente che l'errore rilevante *ex* art. 5 c.p. – nella versione modificata dalla Corte – debba avere oggetto la generica *illiceità* della condotta, e non necessariamente la sua qualificazione come *reato*: con conseguente irrilevanza dell'erroneo convincimento che la condotta costituisca mero illecito amministrativo[14]. Ancora, si afferma frequentemente che allorché il soggetto si rappresenti un (ragionevole) *dubbio* circa la natura lecita o illecita della propria condotta, egli sia tenuto ad *astenersi* dall'agire, per evitare di incorrere in una possibile responsabilità penale[15]: un'affermazione esattamente agli antipodi rispetto all'esigenza illuministica di garantire al cittadino che tutto ciò che non gli sia espressamente (e *chiaramente*) vietato non potrà costituire il presupposto per l'applicazione di una pena (e in genere dell'esercizio della potestà coercitivo-punitiva statale). Infine, la garanzia riconosciuta dalla sentenza n. 364 è sempre stata intesa come limitata ad eventuali errori inevitabili sul *precetto*, nulla dicendo invece sulla necessaria conoscibilità, altresì, delle *conseguenze*

---

[12] Particolarmente significativa, in questo senso, Cass., sez. un. pen., 22 gennaio 2009, n. 22676, Ronci, in materia di imputazione per colpa dell'evento letale in conseguenza di condotta costituente altro delitto.

[13] Istruttiva, in proposito, la recentissima e assai ampia rassegna di decisioni giurisprudenziali compiuta da PUSATERI, *Art. 5*, in Dolcini, Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., 2015, p 228 s.: la stragrande maggioranza delle sentenze citate ritengono, per una ragione o per l'altra, inescusabile l'errore invocato dall'imputato; mentre le sentenze che riconoscono un errore inevitabile sulla legge penale sono in gran parte di primo grado (e spesso risalenti nel tempo), senza che sia dato sapere se siano poi in effetti passate in giudicato. Pochissime, per contro, le sentenze segnalate di assoluzione *ex* art. 5 c.p. pronunciate dalla Cassazione. Non sembra pertanto giustificato, a sommesso avviso di chi scrive, il pur cauto ottimismo manifestato recentemente da MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, V ed. agg. da Dolcini e Gatta, p. 381., a parere dei quali l'atteggiamento restrittivo della Cassazione nel riconoscere rilievo scusante all'errore inevitabile sul precetto sarebbe almeno in parte superato: una tale affermazione è infatti supportata da tre sole sentenze recenti del supremo collegio (in materia di evasione dagli arresti domiciliari, di esercizio abusivo della professione medica e di rifiuto di indicazioni sulla propria identità personale), a fronte della massa esistente di sentenze della Cassazione che viceversa rigettano le corrispondenti allegazioni difensive. Auspica, da ultimo, un uso più generoso dell'*error iuris* da parte della giurisprudenza PALAZZO, *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016, p. 7.

[14] In questo senso la giurisprudenza ampiamente maggioritaria: cfr., per ampie citazioni, ancora PUSATERI, *Art. 5*, cit., p. 227. In dottrina, nello stesso senso, PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., 2011, p. 445; PULITANÒ, *Diritto penale*, V ed., 2013, p. 618; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, p. 107 ss.

[15] In questo senso, cfr. ad es. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 379 (e *ivi* puntuali rif. giur.). Sulla questione, con ulteriori ampi rif. dottr. e giur., cfr. ancora PUSATERI, *Art. 5*, cit., p. 223 ss., nonché, con particolare acribia, M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 110.

sanzionatorie (previste in astratto e concretamente eseguibili) in caso di violazione del precetto medesimo.

Rispetto poi alla garanzia incorporata nel *nullum crimen*, la garanzia della conoscibilità del precetto penale si limita ad offrire una tutela *ex post* (e pressoché solo teorica, come si è visto) all'individuo, comportando una mera rinuncia dell'ordinamento alla pena nei confronti di chi abbia versato senza propria colpa nell'ignoranza della legge penale. Un tale rimedio, tuttavia, lascia sopravvivere la legge penale stessa, anche quando la causa dell'ignoranza risiede nella sua oscurità, equivocità, imprecisione: vizi tutti che ne dovrebbero, invece, determinare la radicale illegittimità costituzionale al metro dell'art. 25 co. 2 Cost. Di talché esso costituisce una garanzia di grado decisamente *inferiore* – come una sorta di rimedio di ultima istanza, quando altri rimedi più efficaci non abbiano operato – rispetto a quella potenzialmente assicurata dal principio di legalità in materia penale, nei suoi corollari della precisione e del divieto di analogia; se non fosse che, come poc'anzi si è detto, anche la capacità di rendimento del *nullum crimen* si è rivelata a conti fatti, nel nostro ordinamento, come ben poca cosa.

Con il *nullum crimen* nell'accezione 'nostrana' di cui all'art. 25, co. 2, Cost., il principio di colpevolezza condivide poi la medesima inidoneità a porsi quale garanzia contro le situazioni di contrasti giurisprudenziali nell'interpretazione delle norme penali, che minano in pratica – forse ancor più di quanto non faccia l'imprecisione *genetica* delle norme stesse – la prevedibilità della decisione giudiziale nel caso concreto. Il principio di colpevolezza impone infatti all'ordinamento nel suo complesso – e segnatamente ai giudici – di astenersi dal punire un soggetto che abbia ignorato il contenuto del precetto penale, in presenza di non risolti *contrasti giurisprudenziali* – anche in seno alla Suprema Corte – sulla sua esatta portata. Così facendo, il principio di colpevolezza si limita però a *prendere atto* di tali contrasti, traendo la conseguenza dell'impossibilità di rimproverare il cittadino che abbia avuto dalla giurisprudenza indicazioni contraddittorie sul significato del precetto; ma non si dirige, in quanto tale, alla stessa giurisprudenza, imponendole di *sciogliere* tali contrasti e di pervenire a interpretazioni coerenti, in grado di assicurare anche *per il futuro* – e nei confronti della *generalità* dei consociati – la prevedibilità delle decisioni giudiziali.

Anche sotto questo profilo, il principio di colpevolezza opera, insomma, come un rimedio individuale – e, per così dire, meramente *sintomatico* – a una situazione patologica dell'ordinamento, senza riuscire ad aggredire le *cause* reali della malattia.

3.3. Il nullum crimen, nulla poena sine lege *in prospettiva europea.*

Una maggiore capacità di rendimento sotto i profili che qui rilevano sembra invece possedere il *nullum crimen* in quanto *diritto umano,* così come riconosciuto in

particolare dall'art. 7 CEDU e dalla giurisprudenza formatasi in proposito a Strasburgo[16].

> Al riguardo, conviene anzitutto premettere come qualsiasi discorso sul principio di legalità in materia penale non possa, oggi, non tenere conto anche della dimensione *europea* di tale principio, che integra ed arricchisce quella nazionale fondata sull'art. 25 co. 2 della Costituzione. Le norme della CEDU (tra cui lo stesso art. 7) penetrano nell'ordinamento interno attraverso molte vie, che la dottrina e la nostra giurisprudenza (ordinaria e costituzionale) stanno esplorando a ritmo incessante negli ultimi anni: *(i)* come norme *incorporate* nell'ordinamento giuridico italiano, in forza della legge n. 848/1955 di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione dell'ordinamento interno, con conseguente loro *diretta applicabilità* da parte dei giudici comuni; *(ii)* come *canoni ermeneutici*, orientando l'interpretazione delle norme di legge (comprese quelle in materia penale!) da parte, ancora, dei giudici comuni; *(iii)* come *criteri ermeneutici* delle stesse norme costituzionali ad opera della Corte costituzionale, che spesso guarda alla CEDU così come alle altre fonti internazionali per precisare o arricchire di contenuto le stesse garanzie riconosciute dalla nostra Costituzione; nonché – dopo le sentenze gemelle del 2007 – *(iv)* come *parametri interposti* di legittimità costituzionale nei giudizi incidentali e principali avanti la Corte costituzionale *ex* art. 117 co. 1 Cost. Il *nullum crimen sine lege* non può, allora, non leggersi sulla base del *combinato disposto* dell'art. 25 co. 2 Cost. con l'art. 7 CEDU e – in generale – delle corrispondenti garanzie riconosciute dal diritto internazionale dei diritti umani, come l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Con la peculiarità, peraltro, che l'art. 7 CEDU dovrà leggersi non solo e non tanto sulla base del suo dato testuale, quanto alla luce della lettura fornitane dal 'suo' giudice – la Corte EDU, che gli Stati hanno indicato all'art. 32 della Convenzione come l'organo deputato a "interpretare" autoritativamente le disposizioni convenzionali – attraverso la propria giurisprudenza, che continuamente ne precisa ed arricchisce il significato, con ricadute immediate anche negli ordinamenti degli Stati parte.
>
> Tale giurisprudenza, d'altra parte, *penetra nel diritto dell'Unione europea* costituendo il contenuto minimo del corrispondente "principio della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene" riconosciuto dall'art. 49 della Carta europea dei diritti fondamentali (CDFUE), in forza della 'clausola di equivalenza minima' di cui all'art. 52 § 3 CDFUE (a tenore della quale il significato e la portata dei diritti riconosciuti dalla Carta sono per lo meno uguali a quelli riconosciuti dalle disposizioni corrispondenti della CEDU, ferma restando la possibilità della Carta di riconoscere ad essi una protezione più ampia). Con una conseguenza, ancora non chiaramente esplorata dalla giurisprudenza italiana, ma potenzialmente deflagrante: quella cioè – almeno nell'ambito di applicazione del diritto UE (art. 51 CDFUE) – di riconoscere all'*acquis* di Strasburgo in materia di art. 7 CEDU, tramite il passaggio attraverso l'art. 49 CDFUE, la stessa *primazia* rispetto al diritto nazionale caratteristica delle *fonti primarie di diritto UE*: fonti, queste ultime, idonee non solo a essere *direttamente applicate* dal giudice comune, ma anche a determinare in capo al giudice medesimo – senza necessità di alcun passaggio preliminare innanzi alla Corte costituzionale – l'obbligo di *disapplicare* le norme di legge nazionali con esse contrastanti.

Tanto premesso – anche al fine di spazzare da subito l'impressione che il riferimento all'art. 7 CEDU abbia funzione meramente esornativa nella trama dell'argomentazione –, vediamo perché la dimensione convenzionale del *nullum crimen* offra una protezione più estesa alla prevedibilità della decisione giudiziale rispetto a

[16] Su tale giurisprudenza cfr., per tutti, MANES, Art. 7, in Bartole, De Sena, Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2012, p. 258 ss.

quanto non faccia il combinato disposto, puramente 'interno', degli artt. 25, co. 2, e 27, co. 1 e 3, Cost.

Come è noto, alla *ratio* dell'art. 7 CEDU è estraneo il principio della separazione dei poteri legislativo e giudiziario, che costituisce una delle anime della riserva di legge riconosciuta dall'art. 25 co. 2 Cost.; e tra i suoi corollari non si annovera, conseguentemente, la riserva di legge, a fronte della presenza – tra le stesse parti originarie della Convenzione – di Stati che conoscono (ancor oggi, seppur in proporzione oggi affatto marginale) reati di pura creazione giurisprudenziale (i c.d. *common law crimes*). Il fuoco della tutela apprestata dall'art. 7 CEDU sta altrove: in particolare, nell'interesse dell'individuo ad essere tutelato contro un esercizio del potere punitivo che non sia per lui prevedibile e calcolabile – diremmo – nell'*an* così come nel *quantum*. *Accessibilità* (=conoscibilità) del precetto e *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie sono le parole chiave nella giurisprudenza pertinente di Strasburgo, che naturalmente legge il *nullum crimen, nulla poena sine lege* come *diritto* dell'individuo, anziché come 'principio' ordinamentale funzionale alla tutela di interessi pubblici (come la stessa separazione dei poteri, o la garanzia della funzione generalpreventiva della norma penale, spesso evocate nel dibattito nazionale sul principio di legalità in materia criminale[17]).

L'accessibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie sono, d'altra parte, costantemente declinate dalla Corte di Strasburgo con riferimento non solo alla *disposizione legislativa* che prevede il precetto e la sanzione, ma anche alla *giurisprudenza nazionale* che ne precisa il significato all'atto della sua concreta applicazione, attraverso la formazione di *precedenti* che orientano il comportamento della giurisprudenza successiva, e sulla base dei quali il destinatario della norma è tenuto a orientare il proprio comportamento[18]. E ciò – si noti – non solo rispetto ai pochissimi crimini di (pura) creazione giurisprudenziale riconosciuti ancora, quali autentici relitti storici, in alcuni ordinamenti di *common law*[19]; ma anche rispetto ai reati che hanno base in una legge statale (come la totalità dei reati previsti nell'ordinamento italiano), la quale tuttavia necessiterà sempre, secondo la (realistica) considerazione dei giudici di Strasburgo, di essere precisata nei suoi contorni applicativi – specie di fronte a *hard cases* non previsti, e a volte nemmeno prevedibili, dal legislatore – dalle decisioni dei giudici chiamati a darvi o a non darvi applicazione. In tal modo, la Corte riconosce nei fatti alla giurisprudenza penale nazionale un ruolo *con-formativo* del precetto penale; attribuendole però – correlativamente – la *responsabilità* di orientare in tal modo

---

[17] Cfr., per tutti, ancora MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 63.

[18] Come da ultimo ribadito dalla Corte, in un noto caso concernente proprio il nostro paese: cfr. Corte EDU, sent. 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia (n. 3)*, ric. n. 66655/13, § 60 laddove – citando altri precedenti – i giudici di Strasburgo ribadiscono che "*la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente,* au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux *et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef* ".

[19] Come nel caso del reato di *breach of the peace* previsto dal *common law* scozzese, oggetto di scrutinio in Corte EDU, sent. 28 ottobre 2014, *Gough c. Regno Unito*, ric. n. 49327/11.

la condotta dei consociati, i quali avranno un preciso diritto di fare affidamento sull'*interpretazione* del precetto medesimo fornita dalla giurisprudenza, e di regolare conseguentemente il proprio comportamento, senza rischiare di essere *sorpresi ex post* da un'interpretazione (e una conseguente applicazione) della norma *non prevedibile* a proprio danno[20].

Così ricostruito, il *nullum crimen* convenzionale è *diritto* individuale al quale fa da *pendant* il correlativo *dovere* a carico di *tutti* gli organi e poteri dello Stato che esercitano lo *ius puniendi* di fissare in modo chiaro e agevolmente comprensibile dai loro destinatari i contenuti dei precetti penalmente sanzionati, ciascuno nell'ambito delle relative competenze: legislatore, dunque, *e giudici*, sui quali pure incombe la responsabilità di rendere agevolmente riconoscibili i contorni del precetto penale che il consociato è tenuto ad osservare, così come – in negativo – di evitare di disorientare il consociato medesimo attraverso interpretazioni gravemente discordanti. In quest'ottica, l'art. 7 CEDU svolge dunque – *in criminalibus* – la medesima funzione assolta dall'art. 6 CEDU in ambiti diversi da quello penale, alla quale accennavo in apertura di questo paragrafo, ponendosi anch'esso come baluardo contro quei "profondi e duraturi contrasti nella giurisprudenza nazionale" che normalmente determinano una situazione di contrasto con il diritto ad un equo processo in materia civile o amministrativa.

Questa semplice logica non cessa di generare fraintendimenti presso la dottrina italiana, che è bene sin da subito cercare di dipanare: a beneficio, almeno, di chi sia disposto a fare un piccolo sforzo di comprensione, e non muova da un'avversione preconcetta rispetto a tutto ciò che proviene da Strasburgo, o comunque da oltre confine. La Corte EDU non pretende affatto di costringere gli ordinamenti degli Stati parte ad accettare l'idea secondo cui il reato possa essere di creazione puramente giurisprudenziale, né che possa essere la giurisprudenza a stabilire che cosa sia reato e che cosa non lo sia. La logica del diritto internazionale dei diritti umani è sempre quella della *massimizzazione delle tutele*: come recita a chiare lettere l'art. 53 CEDU, "nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi". Se, dunque, l'ordinamento costituzionale italiano prevede che soltanto la *lex parlamentaria* – o atti aventi forza equiparata – siano

[20] Si noti: la Corte EDU non vieta in assoluto – né in materia extrapenale (cfr. *supra*, nota 3), né in materia penale – che la giurisprudenza nazionale possa mutare il proprio orientamento nell'interpretazione di una norma legislativa; ma richiede, affinché lo Stato non incorra in una violazione dell'art. 6 nel primo caso, e dell'art. 7 nel secondo, che tale mutamento sia *ragionevolmente prevedibile* dal destinatario della norma. Per l'enunciazione di questo principio in materia penale, cfr. la celebre sentenza 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92, § 36 ss., ove si affermò la prevedibilità del mutamento giurisprudenziale che condusse le corti inglesi ad estendere per la prima volta le disposizioni in materia di violenza sessuale alla condotta compiuta dal marito nei confronti della moglie. Cfr. anche, per un altro celebre (e assai più recente) caso in cui la Corte – all'opposto – ritenne l'imprevedibilità di un mutamento interpretativo compiuto dal Tribunal Supremo spagnolo sulle disposizioni del codice penale relative all'esecuzione della pena, cfr. Corte EDU (Grande Camera), sent. 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09.

legittimati a porre in essere norme penali, questa garanzia resta impregiudicata dall'art. 7 CEDU, che semplicemente *si aggiunge* alle garanzie costituzionali. E se l'ordinamento costituzionale italiano pretende, secondo la lettura fornita – almeno a parole – dalla Corte costituzionale dell'art. 25 co. 2 Cost., che le leggi penali siano formulate in modo *preciso* (o 'sufficientemente determinato'), pena la loro illegittimità costituzionale, anche in questo caso si tratterà di una garanzia – di per sé non richiesta sul piano convenzionale –, che potrà però benissimo *coesistere* con quelle *ulteriori* riconosciute dall'art. 7 CEDU.

La garanzia *ulteriore* riconosciuta dall'art. 7 CEDU che nel nostro contesto viene in considerazione è, per l'appunto, quella secondo cui – di fronte a qualsiasi norma di legge in vigore, magari già passata indenne al vaglio della Corte costituzionale sotto il profilo della sua precisione – l'individuo potrà fare, al momento della decisione se agire o non agire, legittimo *affidamento* sulla *interpretazione* che di quella norma abbiano fornito i giudici interni, avendo – così – un preciso diritto a non essere sorpreso *ex post* da estensioni interpretative di quella stessa norma *non prevedibili ex ante*. E ciò del tutto indipendentemente dal fatto che queste estensioni interpretative siano compatibili con il dato letterale della norma incriminatrice, e che possano avere dietro di sé ottimi argomenti sul piano storico, teleologico, sistematico: ciò che conta, dal punto di vista della garanzia di cui all'art. 7 CEDU, è soltanto se l'individuo *potesse ragionevolmente prevedere* tale estensione, sulla base delle indicazioni della giurisprudenza – giuste o sbagliate che fossero – nello stato in cui si trovava al momento della commissione del fatto.

> Il recente caso *Contrada c. Italia* fornisce una vivida illustrazione di quanto appena affermato. A differenza di quanto affermato da una *vulgata* che si è subito diffusa presso una parte della dottrina e della giurisprudenza italiane, la violazione dell'art. 7 CEDU ravvisata dalla Corte nella condanna di Bruno Contrada *non* risiede nell'affermazione secondo cui il 'concorso esterno nell'associazione mafiosa' sarebbe un 'reato di creazione giurisprudenziale': affermazione per un verso del tutto irrilevante dal punto di vista della Corte europea (che come si è detto *ammette* reati di creazione giurisprudenziale), e per altro verso *erronea dal punto di vista del diritto nazionale*, nella misura in cui il 'concorso esterno' risulta semplicemente dall'applicazione di una norma estensiva della punibilità (l'art. 110 c.p.) a una norma incriminatrice (l'art. 416-*bis* c.p.), in esito a un'operazione sostenibilissima sul piano della sua compatibilità con il diritto positivo di fonte legislativa.
>
> Il problema rilevato dalla Corte europea è, piuttosto, che all'epoca dei fatti commessi dall'imputato (e dunque dal 1979 al 1988) lo stato della giurisprudenza italiana sulla possibilità di applicare il combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. era *incerto* e *contraddittorio* – essendo intervenute proprio in quel periodo varie pronunce della Cassazione di annullamento relativi a provvedimenti o sentenze fondate su quel combinato disposto –, sì da rendere per l'imputato *non prevedibile* la prospettiva di una propria futura sottoposizione a procedimento penale a quel titolo[21]. Un problema, questo, che certamente è oggi scomparso dopo il definitivo assestamento della giurisprudenza in materia di 'concorso esterno' a partire dalla sentenza *Demitry* delle Sezioni Unite del 1994, che rende oggi ampiamente concreta per chiunque la prospettiva di essere condannato in forza del combinato disposto degli artt. 110 e

[21] Cfr. Corte EDU, *Contrada c. Italia*, cit., § 67-75.

416-*bis* c.p. nell'ipotesi in cui intenda fornire consapevolmente un contributo causale alla sopravvivenza o al mantenimento in vita di un'associazione di tipo mafioso.

Non è questa, naturalmente, per una valutazione *in fatto* della correttezza della conclusione cui la Corte EDU è giunta nel caso concreto appena citato: occorrerebbe, a questo fine, studiare meglio la giurisprudenza in materia esistente sino al 1988, per chiarire se davvero non fosse prevedibile alla fine degli anni ottanta, per un alto funzionario di polizia, la possibilità di una propria futura condanna, se non per 'concorso esterno', addirittura per 'partecipazione' a un'associazione mafiosa, in conseguenza di condotte come la fornitura di notizie riservate a capimafia su procedimenti penali in corso. Ciò che qui unicamente rileva è il *principio* enunciato dalla Corte EDU: un principio che si colloca pienamente nel solco della giurisprudenza consolidata in materia di art. 7 CEDU, secondo cui – in definitiva – è il *law in action*, e non il *law in the books*, a orientare la condotta dei consociati. È come la disposizione 'vive' e viene interpretata e applicata nella prassi – non già come la disposizione *potrebbe essere (anche legittimamente) interpretata* – a creare in capo all'individuo affidamenti che l'ordinamento ha poi il dovere di proteggere[22].

Come poi l'ordinamento possa concretamente tutelare tali affidamenti, evitando di sottoporre a pena chi abbia senza propria colpa confidato nel fatto che la propria condotta non sarebbe stata considerata penalmente rilevante, è problema che la Corte EDU lascia saggiamente alla discrezionalità degli Stati parte: i quali hanno tutto il diritto, anche nell'ottica convenzionale, di modificare anche *in peius* la propria giurisprudenza consolidata, estendendo in via ermeneutica la portata di incriminazioni preesistenti o – come nel caso del concorso esterno – combinando in modo in precedenza inedito disposizioni di parte generale e speciale, con un effetto ampliativo della responsabilità; purché, però, assicurino l'operatività di *correttivi* (come il c.d. *prospective overruling*[23], o – nel nostro ordinamento – il troppo spesso ignorato art. 5 c.p. nella versione modificata dalla sent. 364/1988) in grado di evitare che il mutamento giurisprudenziale ridondi a danno di chi aveva commesso il fatto *in precedenza*, confidando senza colpa nell'irrilevanza penale della propria condotta sulla base della giurisprudenza *sino ad allora* dominante (ovvero, come potrebbe essere avvenuto nel caso *Contrada*, *non avendo indicazioni univoche* in tal senso dalla giurisprudenza consolidata).

Questa garanzia – ripeto, *supplementare* rispetto a quelle già assicurate dal diritto costituzionale sul piano interno – si estende d'altronde ben oltre i confini assegnati in genere dalla dottrina italiana al principio della conoscibilità della norma penale, dedotto dall'art. 5 c.p. nella versione modificata dalla Corte costituzionale.

---

[22] Sia consentito il rinvio, sul punto, a VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., p. 179, anche per puntuali richiami alla dottrina in lingua tedesca pertinente.

[23] Su cui cfr., ad es., MATTEI, *Precedente giudiziario e* stare decisis, in *Dig. disc. priv. – Sez. civile*, vol. XIV, 1996, p. 163.

Anzitutto, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, prevedibile non dev'essere solo la (generica) *illiceità* della condotta, ma anche la sua specifica *rilevanza penale*[24]. Non solo: prevedibile deve essere anche il *tipo di pena*, e (almeno grosso modo) la *quantità di pena* che potrà essergli inflitta in caso di commissione del fatto. La conoscibilità/prevedibilità non investe, dunque, soltanto, la parte *precettiva* della norma penale, ma anche le *conseguenze sanzionatorie*. Particolarmente illustrativo in questo senso il caso *Kafkaris c. Cipro*, del 2008, in cui la violazione viene riconosciuta per avere lo Stato resistente modificato *ex post facto* le norme (secondarie!) sull'esecuzione della pena dell'ergastolo – già legittimamente comminabile per il fatto di cui il ricorrente si era reso responsabile –, che era stata così di fatto *trasformata* da pena potenzialmente *temporanea* (stante l'ammissibilità di una liberazione condizionale dopo vent'anni di esecuzione della pena, sulla base della normativa vigente al momento del fatto) a pena *effettivamente perpetua*, salvi casi eccezionali rimessi alla discrezionalità del potere politico: il che configura, secondo la Corte, una violazione dei principi impliciti nell'art. 7 CEDU, secondo i quali "*an individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation, what acts and omissions will mak him crimminally liable* and what penalty will be imposed for the act committed"[25].

Dal momento poi che la prevedibilità della pena (nel suo concreto *quantum*, oltre che nella sua tipologia) dipende anche dall'*interpretazione* fornita dalla giurisprudenza delle *norme in materia di esecuzione*, la Corte EDU è giunta recentemente ad affermare – nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*, deciso dalla Grande Camera nel 2013 – che lo stesso condannato ha un diritto, discendente dall'art. 7 CEDU, a essere tutelato contro *mutamenti in peius della giurisprudenza relativa*, come quello verificatosi nel caso di specie (in cui, per effetto di un mutamento della lettura da parte del Tribunal Supremo spagnolo del combinato disposto di alcune norme in tema di esecuzione della pena detentiva e di liberazione anticipata in cambio della prestazione di lavoro intramurario, una condannata per gravissimi delitti di terrorismo si era vista improvvisamente *posticipare* – si noti, a quadro normativo invariato! – *di ben nove anni il momento della liberazione anticipata*)[26].

Breve: la *prevedibilità della condanna, dell'inflizione e poi dell'esecuzione concreta della pena*, sulla base dei dati normativi *e* della giurisprudenza pertinente, costituisce il contenuto chiave del *diritto* al *nullum crimen, nulla poena sine lege* riconosciuto dall'art. 7 CEDU e conseguentemente – limitatamente all'ambito di applicazione del diritto UE – dall'art. 49 CDFUE; in termini, dunque, ben più stagliati di quanto non risulti dalla lettura tradizionale delle norme costituzionali poc'anzi esaminate, da parte della dottrina e della giurisprudenza (costituzionale e ordinaria) nostrane.

---

[24] Il principio si trova già chiaramente espresso in Corte EDU, sent. 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, ric. n. 17862, § 29: "*Il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente (art. 7) et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa* responsabilité pénale".

[25] Corte EDU (Grande Camera), sent. 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, § 140.

[26] Corte EDU (Grande Camera), *Del Rio Prada*, cit.

Di talché ecco una *prima conclusione* rilevante ai nostri fini: proprio il principio di legalità in materia penale, in un'accezione 'integrata' comprensiva delle fonti costituzionali e sovranazionali pertinenti, unitamente allo stesso principio 'nostrano' di colpevolezza fondato sull'art. 27 co. 1 e 3 Cost., costituiscono chiare e inequivoche *basi normative del principio di prevedibilità della decisione giudiziale*: principio da assumere, grazie al decisivo apporto della giurisprudenza di Strasburgo, *nell'accezione più ampia* tra quelle illustrate in apertura (cfr. *supra*, § 2), e dunque come comprensiva anche della prevedibilità della *pena* che potrà essere inflitta e concretamente eseguita, superando ogni residua timidezza dottrinale e giurisprudenziale in proposito.

3.4. Il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.).

Ma la prevedibilità della decisione giudiziale non risponde soltanto – e sarebbe già molto – ad una logica di tutela dei *diritti soggettivi* (fondamentali!) del destinatario della norma penale, e poi dell'indagato, dell'imputato e del condannato. La prevedibilità è, altresì, funzionale alla tutela di principi e interessi 'oggettivi' di rango costituzionale, i quali hanno sì anche una proiezione individuale, ma vengono in considerazione soprattutto quali interessi 'di sistema', o 'ordinamentali', più che come diritti soggettivi.

Il primo di tali principi è, mi pare, il *principio di eguaglianza*, consacrato dall'art. 3 Cost. L'osservazione è ovvia e non è nuova – e vale d'altronde in ogni settore dell'ordinamento –, ma è spesso dimenticata proprio dai penalisti[27]: la prevedibilità della decisione giudiziale, in materia penale come altrove, è legata a doppio filo alla *parità di trattamento tra casi simili*. Un sistema in cui le decisioni sono imprevedibili – un sistema, insomma, in cui davvero *habent sua sidera lites*, e in cui a ogni giudice corrisponde una diversa sentenza, secondo quanto affermato dall'altro buon vecchio brocardo *tot capita, tot sententiae* – costituisce l'*esatta negazione del principio di eguaglianza*, consacrando il luogo comune secondo cui la decisione del caso concreto dipenderà – nella migliore delle ipotesi – dal personale senso di giustizia del giudice nel quale si avrà la ventura di imbattersi.

> Nella concreta realtà ordinamentale italiana, un simile rischio si manifesta non solo in relazione all'interpretazione del precetto di molte norme incriminatrici, sui quali la giurisprudenza di legittimità non riesce ad imporre (o ad imporre tempestivamente) orientamenti uniformi[28]; ma è presente in maniera macroscopica anche in materia di *commisurazione della pena*. E ciò anche in conseguenza della pratica rinuncia da parte della Corte di cassazione all'esercizio di un serio sindacato sulla discrezionalità del giudice di merito in proposito; nonché, mi pare, della istintiva resistenza opposta dai giudici a qualsiasi

[27] Beninteso, con rimarchevoli eccezioni: cfr., ad es., CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 267; ID., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 14 s.

[28] Proprio con una vivida illustrazione di numerosi recenti contrasti interpretativi in materia penale, e delle loro ricadute in termini di lesione del principio di eguaglianza di trattamento tra casi identici, si apre non a caso il volume di Cadoppi appena citato: v. p. 1 ss. (ma cfr. anche, più analiticamente, p. 73 ss.).

prospettiva di introduzione di linee guida o criteri uniformi di commisurazione, quanto meno per i reati di più frequente applicazione per i quali, pure, sarebbe certamente pensabile la standardizzazione di criteri commisurativi in relazione a indicatori oggettivi o soggettivi di non difficile enucleazione (si pensi alla materia paradigmatica degli stupefacenti, dove la determinazione della pena da parte del giudice dipende in effetti da un numero assai ristretto di criteri, facilmente generalizzabili: qualità e quantità della sostanza, occasionalità o professionalità nella commissione del fatto, assenza o presenza di precedenti, etc.).

Il risultato, come ogni avvocato ben sa, è che – sulla base di quadri edittali ampiamente divaricati, come la reclusione "da sei a venti anni", come accadeva con l'art. 73 co. 1 l. stup. prima della sentenza n 32/2014 della Corte costituzionale – è *impossibile prevedere la pena che sarà inflitta* (anche in sede di giudizio abbreviato) *al singolo imputato*, ovvero la pena che sarà ritenuta congrua in sede di patteggiamento, almeno *sino a che non si sappia a quale giudice finirà il fascicolo*: giacché solo in quel momento sarà possibile fare ragionevole affidamento sulla *personale* scala sanzionatoria da quel giudice elaborata, e – si spera – da lui o da lei applicata in modo coerente nei singoli casi concreti. Con conseguenti evidenti disparità di criteri commisurativi tra un magistrato e l'altro nello stesso ufficio, che aumentano esponenzialmente – come ben sa, questa volta, qualsiasi giudice di corte d'appello – allorché si confrontino le prassi sanzionatorie di *diversi uffici giudiziari* appartenenti allo stesso distretto. Che cosa accada poi su scala nazionale, nessuno lo può seriamente immaginare, posto che dalla lettura delle sentenze di cassazione spesso accade di non vedere neppure menzionata l'entità della pena inflitta al ricorrente dai giudici di merito.

Il *costo* di tutto ciò non dovrebbe essere difficile da immaginare, e si chiama – senza mezzi termini – *diseguaglianza di trattamento tra casi simili*. Un costo che contrasta in modo frontale con l'art. 3 Cost., e che è diretta conseguenza della – o comunque è strettamente correlato alla – imprevedibilità della decisione giudiziale in materia penale.

3.5. Il fascio di interessi costituzionali sottesi a una corretta (ed efficiente) amministrazione della giustizia penale (artt. 24 co. 2, 25 co. 2, 81, 111, 112 Cost.).

I costi legati all'imprevedibilità delle decisioni giudiziarie in materia penale, tuttavia, oltrepassano di molto la violazione del principio di eguaglianza, di cui ciascuno di noi è titolare a fronte del potere punitivo, così come di ogni potere pubblico.

Nella prospettiva dell'imputato, e del suo difensore, l'incertezza su come il giudizio verrà definito interferisce pesantemente con l'esercizio del *diritto di difesa*, inducendo chi disponga di scarsi mezzi economici a definizioni 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'irrilevanza 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 (sulla base di una legislazione che obiettivamente incentiva le impugnazioni infondate), ma anche di poter beneficiare prima o poi di qualche interpretazione favorevole (magari sulla base di qualche decisione eterodossa della giurisprudenza di legittimità), formatasi su dati normativi

spesso oscuri e farraginosi, lontani mille miglia dall'ideale di chiarezza e precisione illuministico; con conseguente *spreco di risorse processuali*, che potrebbe essere evitato laddove fossero chiare le prospettive di insuccesso – quanto meno in punto di diritto – dell'impugnazione.

Ma è anche nella prospettiva della pubblica accusa che devono apprezzarsi i danni della imprevedibilità delle decisioni giudiziarie, e – dunque – dell'*incertezza* sullo stato del diritto vigente. In un mondo ideale, il pubblico ministero dovrebbe trovarsi nelle condizioni di valutare con una almeno relativa sicurezza non solo se una data imputazione reggerà *in punto di fatto* alla prova del fuoco del dibattimento; ma anche se, una volta raggiunta tale prova, il fatto addebitato all'imputato sarà considerato *in punto di diritto* come costitutivo di uno o più reati. L'incertezza su quest'ultimo profilo – che si aggiunge all'alea connaturata alla prova del fatto nella sua materialità – non solo rende arduo impostare strategie processuali alla pubblica accusa, ma – soprattutto – comporta il rischio che vengano iniziati e proseguiti, attraverso l'udienza preliminare e poi una sequela di gradi di giudizio di merito e di legittimità potenzialmente infinta, *procedimenti e processi* dall'esito incerto: in cui l'incertezza dell'esito dipende, ripeto, non dalla difficoltà di prova di un fatto sicuramente costitutivo di reato – come nei casi di omicidio volontario che tanto appassionano certa opinione pubblica –, bensì dalla mancata chiarezza preliminare su ciò che *già in astratto* integra o non integra la fattispecie di reato individuata dal pubblico ministero alla base della propria accusa. Con il rischio che, alla fin dei conti, processi durati anni – se non talvolta decenni – si concludano con un nulla di fatto, rappresentato dalla valutazione dell'organo di ultima istanza che il fatto concreto, pur pienamente provato, *non è penalmente rilevante* alla luce di una retta interpretazione del diritto vigente.

> Esempi siffatti abbondano, purtroppo, nella recente esperienza giudiziaria italiana; ma i *costi* rappresentati da simili vicende giudiziarie restano forse sottostimati, o non sufficientemente analizzati dalla dottrina, e dalla stessa magistratura – che dovrebbe, forse, esercitare qualche più penetrante dote di autocritica a questo proposito.
>
> Pensiamo alla triste vicenda del (primo) processo Eternit[29], in cui la pubblica accusa aveva inteso evitare la prova defatigante del nesso causale tra l'esposizione ad amianto e la morte di oltre duemila persone ammalatesi e – spesso – decedute per tumore, in moltissimi casi mesotelioma pleurico; e aveva pertanto scelto di affidarsi a una duplice imputazione *ex* artt. 434 e 437 c.p., imperniata sull'addebito secondo cui l'imputato avrebbero causato con la propria condotta (oltre che una serie di 'infortuni') un 'disastro' rappresentato *(a)* dalla diffusione di fibre di amianto nell'ambiente e *(b)* dal conseguente impressionante aumento di letalità e morbilità nella popolazione dei soggetti esposti per effetto di un tumore tipicamente 'firmato' come il mesotelioma. Il processo che ne è seguito è stato, però, afflitto non tanto dalla difficoltà di provare in punto di fatto questo aumento di letalità e morbilità, che era a ben guardare fuori discussione; quanto dalla *piaga genetica* rappresentata dall'*incertezza*, in *punto di diritto*, su che cosa si dovesse, e si debba, intendere rettamente per 'disastro'[30]: con tutte le

[29] Conclusosi, come è noto, con la dichiarazione di prescrizione del reato da parte della S.C.: cfr. Cass., Cass. pen., sez. I, 19 novembre 2014 (dep. 23 febbraio 2015), n. 7941, imp. Schmidheiny, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2015 con nota di ZIRULIA, *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*.

[30] Sul punto, cfr. ampiamente – con riferimento alle non coincidenti impostazioni dell'accusa e dei giudici di primo e secondo grado – ZIRULIA, *Processo Eternit: a che punto siamo?*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre

conseguenze che questa incertezza recava con sé anche rispetto alla determinazione del *dies a quo* della prescrizione, su cui si è alla fine giocato – in modo fatale per l'accusa – l'intero processo.

Proviamo, allora, ad individuare analiticamente i *costi* di simili vicende, in termini di valori, principi, interessi (oltre che di diritti) di rango costituzionale[31].

Anzitutto, indagini e processi così complessi, che richiedono tra l'altro da parte della pubblica accusa la commissione di studi epidemiologici *ad hoc* destinati poi a essere sezionati e discussi in dibattimento nel contraddittorio con i consulenti della difesa, hanno *costi economici* tutt'altro che trascurabili per la collettività, per quanto sia difficile ottenere dati affidabili in proposito: e proprio per questo – incidentalmente – mi è parso comunque opportuno, nonostante la provocatorietà di tale indicazione, evocare nel titolo di questa sezione l'art. 81 Cost. tra le norme costituzionali sulle quali può ragionevolmente essere fondato, accanto a molte altre, l'imperativo di prevedibilità della decisione giudiziale.

Al di là poi – per così dire – delle *spese vive* a carico dell'erario pubblico, in termini di retribuzioni dei consulenti e/o dei periti, neppure possono essere trascurati i costi, che pure potrebbero essere quantificati in termini economici, legati allo straordinario *impegno, da parte dello Stato, di risorse umane* (in parte ad altissima specializzazione), quali quelle coinvolte nelle indagini e poi nel processo penale – polizia giudiziaria, pubblici ministeri, giudici, ma anche cancellieri, ufficiali giudiziari, etc. –, determinato da processi che si dipanano nell'arco di un numero spesso esorbitante di udienze, a partire dall'udienza preliminare sino a tutto il primo e talvolta anche il secondo grado. Un impegno gravosissimo, che si inserisce in un quadro di *risorse drammaticamente scarse*, che è quello che caratterizza – oggi – la realtà del processo penale italiano, chiamato a far fronte a un numero di procedimenti processi che non è possibile gestire in tempi ragionevoli.

Ancora, processi dall'esito così incerto – ma il discorso potrebbe svolgersi analoghi per molti altri procedimenti paralleli avviati ormai in molte parti d'Italia – creano fatalmente *enormi aspettative di giustizia da parte delle persone offese*, che rischiano di rimanere amaramente frustrate nella sede del processo penale: con tutte le conseguenze che ancora la vicenda Eternit ha evidenziato, con vittime che avevano perso i propri cari o con malati di mesotelioma le quali gridavano la loro rabbia, nelle austere aule della Suprema Corte, contro i giudici che avevano appena annullato senza rinvio la sentenza di condanna a loro carico.

Ma il danno più grave, forse, lo subisce la stessa *credibilità complessiva del sistema della giustizia penale italiana*[32]: a cominciare dai suoi protagonisti, i magistrati, che

---

2013, nonché – con uno sguardo retrospettivo sull'intera vicenda processuale – MASERA, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1565 ss.

[31] Cfr. anche, sul punto, la parallela analisi di PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 50 s.

[32] E cioè dello stesso interesse individuato dalla Corte EDU a fondamento dell'interesse alla certezza del diritto e alla stabilità dei precedenti giudiziari, che come abbiamo visto (cfr. *supra*, nota 3) trova la sua naturale collocazione nell'art. 6 CEDU.

devono far fronte oggi – a dispetto dell'abnegazione da essi dimostrata nel gestire carichi di lavoro al limite dell'esigibile – ad una *crisi di fiducia* presso l'opinione pubblica forse senza precedenti nella storia repubblicana. Un fenomeno, questo, che è forse tra i più pericolosi per la stessa tenuta dello stato di diritto, avente tra le sue cause (accanto a molte altre su cui non è qui il caso di indugiare) il disorientamento creato nella pubblica opinione dall'avvicendarsi di soluzioni radicalmente difformi, sulle stesse questioni di diritto, nell'ambito delle medesime vicende processuali.

La *prevedibilità alle decisioni giudiziali* costituisce un potente *antidoto* rispetto a simili, perniciose derive; e si disvela così, anche sotto questo profilo, come un *imperativo di rango costituzionale*, alla luce della rilevanza costituzionale degli interessi coinvolti: il diritto di difesa di imputati e vittime del reato, ma anche l'efficiente uso delle risorse scarse a disposizione del sistema giustizia per pervenire ad accertamenti di responsabilità e alla tutela dei beni giuridici e dei diritti lesi in pericolo dai reati, a cominciare da un uso *responsabile* dell'azione penale (valore, quest'ultimo, che non è affatto antinomico rispetto alla sua obbligatorietà).

4. Il ruolo del legislatore.

Stabilito dunque che la prevedibilità delle decisioni giudiziali corrisponde a un preciso *dover essere* del sistema penale, dotato di precise basi costituzionali e convenzionali, si tratta di esaminare come a tale principio possa essere dato concreta attuazione nell'ordinamento; e, in particolare, *a chi* spetti tale fondamentale compito.

La risposta che sorge immediata sulla bocca del penalista formato alla tradizione illuminista è, naturalmente: il *legislatore*. Lo abbiamo ripetuto poc'anzi: una delle *rationes* originarie della riserva di legge in materia penale, affermata in termini espliciti già dalla *Déclaration* del 1789, era proprio quella di garantire l'immediata conoscibilità per il cittadino delle leggi penali, eccezionalmente limitative della sua innata libertà, in modo da eliminare ogni margine di intervento del potere giudiziario – di quella *iurisprudentia*, vocabolo al quale si tendeva ad associare allora una valenza spregiativa – nella formulazione del precetto penalmente sanzionato: precetto che si assumeva, quasi per necessità logica, semplice e chiaro, sì da ridurre il compito del giudice al mero accertamento della commissione del fatto descritto dalla norma da parte dell'imputato.

Che la chiarezza e precisione *non* siano, in realtà, un connotato necessariamente presente nella legge penale, lo si scoprì ben presto; così come ben presto si comprese che dell'opera *interpretativa* della giurisprudenza il diritto (nemmeno il diritto penale) non poteva fare a meno. Ma l'idea che passò nel costituzionalismo contemporaneo dei paesi di tradizione continentale fu quella secondo cui la chiarezza e la precisione della legge in materia penale siano *requisiti* per la sua stessa validità – sul piano, dunque, del *dover essere* più che dell'essere –, in forza dello stesso principio di legalità e della sua *ratio* di tutela della libertà dell'individuo.

Come in concreto il legislatore debba e possa adempiere tale compito, è stato oggetto anche di recente di indagini magistrali presso la nostra dottrina, alle quali qui

non posso che rinviare, nulla essendo io in grado di aggiungere – in particolare – all'analisi ricchissima compiuta dai miei maestri Marinucci e Dolcini delle *tecniche* di cui il legislatore può servirsi per raggiungere il risultato di una (almeno tendenziale) precisione della norma incriminatrice[33].

L'unica notazione che mi sento di formulare in questa sede è, piuttosto, una sconsolata constatazione: se la doglianza corrente di una sempre maggiore imprecisione delle norme incriminatrici – formulata con riferimento ad un *trend* storico che corrisponderebbe quanto meno agli ultimi tre o quattro decenni (diciamo dalla legislazione dell'emergenza in poi) – sconta a mio giudizio una certa esagerazione, essendo spesso formulata da *laudatores temporis acti* dimentichi del carattere (quello sì) genericissimo di numerose incriminazioni del codice Rocco (in tema, ad es., di reati contro la personalità dello Stato e di reati di opinione), è vero però che la qualità della legislazione penale degli *ultimissimi* anni sembra autenticamente in caduta libera[34]; tanto da far rimpiangere – quanto a tecnica di redazione delle norme – l'era dei governi di centro-destra, i quali producevano sì norme che venivano poi dichiarate sistematicamente incostituzionali, ma che almeno erano chiare nel loro significato e nei loro presupposti applicativi – ciò che, se non altro, ne ha facilitato il vaglio di compatibilità con i principi costituzionali operato dalla Consulta. Gli ultimi interventi normativi in materia penale licenziati dal Parlamento si caratterizzano invece, sempre più spesso, per l'assoluta *inintelligibilità dei precetti*, inintelligibilità che mina in radice la prevedibilità delle (future) decisioni giudiziarie che su quei precetti si baseranno.

> Il caso della legislazione in materia di c.d. 'ecoreati' è, sotto questo profilo, clamoroso.
>
> Il nuovo art. 452 *quater* c.p. definisce al n. 3 quale "disastro ambientale" un *quid* di assolutamente indeterminato come "l'offesa alla pubblica incolumità": un evento in senso *giuridico*, parrebbe, connotato da requisiti dimensionali attinenti alla "rilevanza del fatto in ragione dell'entità della compromissione" (di che cosa?) "o dei suoi effetti lesivi" (rispetto a quale bene giuridico?) *ovvero* "per il numero delle persone *offese o poste in pericolo*"; non risultando in alcun modo comprensibile, tra l'altro, *(a)* in quale *evento naturalistico* si debba sostanziare il disastro, né *(b)* se – come dovrebbe desumersi dalla disgiuntiva "ovvero" – possa esservi disastro 'ambientale' senza alcuna compromissione dell'ambiente, né ancora *(c)* se – come sembrerebbe suggerito dalla giustapposizione tra persone "offese" e semplicemente "poste in pericolo" – gli eventi letali o lesivi a carico di singole vittime siano da considerarsi *costitutivi* del concetto di disastro, con conseguente (e stravagante) assorbimento nella nuova incriminazione di tutti gli omicidi volontari che siano conseguiti alla condotta dell'agente[35].
>
> Lo sconcerto diviene poi definitivo esaminando il successivo art. 452 *quinquies*: che al primo comma sanziona la *causazione per colpa di un inquinamento o un disastro ambientale*, e al comma successivo stabilisce una diminuzione di pena nei casi in cui "dalla commissione dei fatti di cui al comma precedente" (e cioè dalla *causazione* colposa di un inquinamento o di un

[33] MARINUCCI, DOLCINI, *Corso*, cit., p. 123 ss.

[34] Lo denuncia di recente, senza mezzi termini, PALAZZO, *Legalità*, cit., p. 2 s.: "il legislatore ha tradito la legalità prima di tutto dimenticando qualunque cura per il decoro anche solo esteriore della formulazione legislativa".

[35] Su tutti questi profili cfr., *ex multis*, MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiante*, di prossima pubblicazione in *Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016*, già in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2015.

disastro ambientale) "deriva il *pericolo* di inquinamento ambientale o *di un disastro ambientale*". Un pericolo di disastro che deriva da un disastro?

La fantasia dell'interprete potrà pure in questi casi scatenarsi, alla ricerca di ciò che il legislatore storico *aveva in mente*, e che si è tradotto però in formulazioni linguistiche non tanto imprecise, quanto – insisto – del tutto inintelligibili nel loro significato letterale, o comunque palesemente assurde (come nel caso dell'art. 452 *quinquies* appena citato). *Quo usque tandem*, verrebbe qui da esclamare nei confronti di un legislatore siffatto, i cui prodotti normativi più stravaganti meriterebbero di essere al più presto possibile dichiarati incostituzionali, alla pari di tanti loro predecessori del passato decennio: questa volta, però, per contrasto con i più elementari canoni di precisione – e di razionalità – legislativa. Sì da evitare che vengano svolte indagini e aperti avventurosamente processi dall'esito, ancora una volta, tanto incerto quanto lo sono i confini applicativi delle nuove norme, anche nella loro – problematicissima – relazione con gli altri 'vecchi' delitti contro la pubblica incolumità, che semplicemente si affiancano ai reati di nuovo conio.

5. Il ruolo dei giudici comuni.

Quale, però, il ruolo dei *giudici comuni* – i veri convitati di pietra di ogni discorso sulla prevedibilità delle decisioni giudiziali, e cioè delle *loro* stesse decisioni – nell'implementazione di tale principio nell'ordinamento?

Prima di affrontare il tema, credo però sia doveroso esplicitare, sia pure in maniera estremamente sintetica e senza potere approfondire alcuno dei nodi teorici che stanno dietro a ciascuna delle affermazioni che seguiranno, le fondamentali premesse di teoria generale del diritto (e di teoria dell'interpretazione) all'interno delle quali si muoveranno le considerazioni seguenti; sì da giustificare al lettore l'assunto, a prima vista non immediatamente evidente (ancorché, come si è visto, solidamente fondato sul piano delle fonti sovranazionali vincolanti per il nostro paese), secondo cui anche alla *giurisprudenza* – oltre che ovviamente al legislatore – spetta un ruolo essenziale nell'assicurare la prevedibilità delle (future) decisioni giudiziali.

5.1. Alcune premesse di teoria generale sul ruolo normativo della giurisprudenza.

Punto di partenza è il mio personale rifiuto – del resto oggi quasi unanimemente condiviso a livello di teoria generale – di una concezione dell'interpretazione come mero atto *ricognitivo*, in forza del quale il giudice sarebbe semplicemente a ricavare dalla norma un significato implicito che si assume *già presente* in essa[36]. L'interpretazione esprime piuttosto, a mio avviso, una *scelta* (e dunque

[36] Sul punto, si vedano per tutti le penetranti considerazioni di TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, pp. 59 ss., il quale prende atto del fatto che la formulazione dell'art. 65 o.g. – nell'attribuire alla Cassazione

implica un atto di natura *volitiva*) *tra più possibili significati*, tutti compatibili con il dato testuale della norma, che segna i confini delle legittime interpretazioni; e dunque è atto con cui il giudice *prosegue e completa* l'attività normativa del legislatore, definendo il preciso contenuto della norma da applicare nel caso concreto[37].

Questa attività di completamento (e dunque di *con-formazione*) del diritto di matrice legislativa ad opera della giurisprudenza si attua, tipicamente, mediante la formulazione da parte del giudice di una *regula iuris* specificamente ritagliata sulla tipologia di casi[38] cui è riconducibile il caso concreto all'esame, ma che conserva carattere *generale e astratto* e funge, come tale, da (reale) premessa maggiore del sillogismo giudiziale[39] (ad es, "l'uso indebito del telefono d'ufficio da parte del funzionario pubblico costituisce peculato d'uso": premessa maggiore, di carattere generale e astratto, elaborata dalla giurisprudenza in sede di interpretazione dell'art. 314 c.p.[40]; "l'imputato Tizio ha usato indebitamente il proprio telefono d'ufficio": premessa minore; "l'imputato Tizio va punito per aver commesso peculato d'uso": conclusione). Proprio nella formulazione di tale regola consiste, in effetti, la specificità dell'attività di *interpretazione* della norma, come distinta dalla attività (logicamente successiva) di *applicazione* della norma (interpretata) al caso concreto.

---

il ruolo di individuare l'*esatta* interpretazione della disposizione, identificandone dunque il significato *oggettivo* e limitandosi a *dichiararlo* – è fortemente influenzata dall'atteggiamento formalistico tipico di una versione rigorosa del positivismo giuridico. È possibile – si chiede l'Autore – trarre dalla teoria alla base dell'art 65 o.g. coerenti conseguenze a proposito delle funzioni istituzionali della Cassazione, ignorando il fatto che tale teoria è da tempo in crisi «ed anzi è lecito dubitare che vi sia ancora qualcuno che consapevolmente la condivide, pur non potendosi escludere che qualcosa del genere ancora sussista nell'inconscio collettivo dei giuristi (p. 74)»? La risposta, per l'Autore, non può che essere negativa: «sembra davvero che chi ancora coltiva idee di questo genere si trovi nella situazione di colui che cerca di misurare la velocità con cui il sole gira intorno alla terra (p. 76)»; infatti, «interpretare un enunciato normativo non significa descrivere ciò che esso significa ma *ascrivere* ad esso un significato […]. L'attività decisoria non è dunque dichiarativa ma creativa del diritto, in quanto 'crea' e 'sceglie' il significato che alla norma viene volta per volta attribuito (p. 75)».

[37] Vastissima è la dottrina sul punto, tanto che ogni citazione sul punto non potrebbe che apparire arbitraria: basti qui un riferimento, nella dottrina tedesca, al 'classico' manuale di LARENZ, CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, III ed., 1995, p. 187 ss.

[38] Spesso definita dalla dottrina "sottofattispecie": cfr. per questa terminologia CADOPPI, *Il valore del precedente*, p. 176.

[39] Illuminante sul punto ancora TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 712 s.: "la caratteristica più importante delle massime è che si tratta di enunciazioni, concentrate in una o poche frasi, che hanno ad oggetto regole giuridiche. Queste regole hanno solitamente un contenuto più specifico rispetto al dettato testuale della norma di cui costituiscono una interpretazione, ma *sono pur sempre formulate come regole, ossia come enunciazioni generali di contenuto precettivo*. Non a caso le raccolte di giurisprudenza assomigliano a codificazioni più dettagliate di quelle che rappresentano i codici veri e propri, ma pur sempre a 'raccolte di norme'" (corsivi aggiunti). Parla in questo contesto di "sottonorma", o *Zwischensatz* (lett. norma intermedia, evidentemente collocata tra la disposizione legislativa e il caso concreto) CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 176.

[40] Si tratta, come è noto, del principio enunciato da Cass., sez. un. pen., 20 dicembre 2012 (dep. 2 maggio 2013), n. 19054, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2013 con nota di BENUSSI, *Il pubblico funzionario che fa uso del cellulare di servizio per fini privati risponde di peculato d'uso*.

A ben guardare, la *regula iuris* di cui qui è discorso altro non è se non il *principio di diritto* che la Corte di cassazione ha l'obbligo di enunciare quando giudica a sezioni unite o annulla con rinvio una sentenza (art. 173 disp. att. c.p.p.), nonché l'essenza dei "*motivi di diritto su cui la decisione è fondata*" che ciascun giudice ha l'obbligo di enunciare succintamente (art. 546 lett. *e* c.p.p.), in adempimento dell'obbligo costituzionale di motivazione dei provvedimenti giudiziali (art. 111 co. 6 Cost.). E altro non è se non quello che gli anglosassoni definiscono come la *ratio decidendi* di ogni provvedimento giudiziale[41], che rende idoneo – per l'appunto – tale provvedimento ad operare come *precedente*, e cioè come *modello di decisione* per casi consimili futuri che si presenteranno all'attenzione di altri giudici.

Ciò che si indica usualmente come "giurisprudenza" è dunque l'insieme dei precedenti costituiti dalle *regulae iuris* (o, detto all'anglosassone, dalle *rationes decidendi*) – più o meno uniformi e coerenti, più o meno autorevoli secondo il grado gerarchico e il prestigio degli uffici di volta in volta giudicanti – espressamente enunciati dai giudici come premesse maggiori delle proprie decisioni in quella materia, o comunque deducibili da quelle decisioni.

Dal che deriva un'importante conseguenza, decisiva per il prosieguo del discorso: quella, cioè, secondo cui la giurisprudenza (=l'insieme dei precedenti) svolge di fatto, attraverso l'interpretazione, una essenziale funzione *normativa*, anche in una materia come quella penale dominata dalla riserva di legge[42]. I prodotti normativi della giurisprudenza resteranno, beninteso, *subordinati gerarchicamente alla legge*, al cui metro potranno essere *falsificati* in caso di incompatibilità[43]. Ma, nell'ambito dei confini segnati dai possibili significati letterali di tali disposizioni, i giudici restano di fatto liberi di elaborare soluzioni interpretative *non necessitate* in base al testo delle disposizioni medesime, e che potranno – più che essere radicalmente falsificate – soltanto apprezzate e se del caso criticate nella loro maggiore o minore persuasività, sulla base di tutto il vasto ventaglio di tecniche interpretative a disposizione dell'interprete, non necessariamente tra loro coerenti rispetto alla singola questione; soluzioni interpretative che si cristallizzeranno in autentiche proposizioni normative, nella forma – più in particolare – di regole di giudizio (generali e astratte) di

---

[41] Definita per l'appunto da MATTEI, *Precedente giudiziario*, cit., p. 155 come la "*regola generale* senza la quale il caso sarebbe stato deciso diversamente".

[42] Così anche FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, 2002, p. 7: "il ruolo privilegiato a tutt'oggi spettante al principio di legalità in materia penale non ha (e non potrebbe del resto avere) la forza di inibire la valenza 'creativa' connaturata all'attività interpretativa del giudice: per cui principio di legalità e creatività dell'interpretazione delle stesse leggi penali (specie nei 'casi difficili') rappresentano due poli da conciliare sul piano teorico e politico-istituzionale". Nello stesso senso, ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in Dolcini, Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, vol. I, p. 240 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, p. 159 ss.

[43] Insiste giustamente sul punto PULITANÒ, *Crisi della legalità*, cit., p. 34: "può essere difficile (talora impossibile) dire quale sia la migliore interpretazione di un testo, ma *è possibile escludere interpretazioni sicuramente sbagliate*" (cors. agg.). E ciò, per l'appunto, al metro del *senso letterale* delle parole utilizzate dalla disposizione legislativa, che segna – per così dire – l'invalicabile confine esterno dell'interpretazione. Nello stesso senso, cfr. anche FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., 2009, p. 136.

formazione giurisprudenziale, idonee ad operare come criteri per la decisione di casi futuri. Regole con cui quotidianamente operano i giudici (che spesso individuano le singole regole con riferimento al nome dell'imputato dei *leading cases*, per lo più delle Sezioni Unite, in cui sono state enunciate), e che costituiscono del resto la principale materia di studio per gli aspiranti al concorso di magistratura, a definitiva conferma che il giudice – lungi dal confrontarsi direttamente con le disposizioni legislative – si misura innanzitutto, nel decidere un caso concreto, con le regole di giudizio enunciate dalla giurisprudenza a proposito della disposizione medesima.

Esattamente, dunque, come avviene negli ordinamenti di *common law*, sia pure con l'importante precisazione che tali regole non sono *giuridicamente* vincolanti per il giudice italiano, di legittimità o di merito[44], il quale è formalmente sottoposto soltanto alla legge, giusta il disposto dell'art. 101, co. 2, Cost.: e non, appunto, alla giurisprudenza, per quanto autorevole. Ma chiunque abbia esperienza di come i giudici italiani *di fatto* si orientano nelle proprie decisioni, non può non essere consapevole del ruolo fondamentale svolto nella prassi da tali regole, che tendono a essere spontaneamente osservate dai giudici, in particolare di merito, non foss'altro che per un ovvio istinto di conservazione dei propri provvedimenti: i quali rischiano, in caso di decisione eterodossa, di essere immediatamente impugnati e quindi riformati o annullati.

Tutto ciò premesso, vediamo come, a mio avviso, i giudici possano contribuire concretamente a dare attuazione al principio della prevedibilità della decisione giudiziaria, distinguendo tra due fondamentali ipotesi: quella in cui il giudice si trovi ad affrontare una questione *nuova*, o comunque la cui soluzione non si è ancora consolidata in giurisprudenza; e quella in cui invece la questione sia stata già affrontata e risolta dalla giurisprudenza della Cassazione.

5.2. Prevedibilità della decisione giudiziale e qualità delle regole di giudizio elaborate dalla giurisprudenza.

La prima ipotesi che dobbiamo vagliare è, dunque, quella in cui orientamenti consolidati non esistano ancora, e il giudice si trovi di fronte a un caso totalmente o relativamente 'nuovo'. Come potrà, in tal caso, declinarsi l'imperativo della prevedibilità della decisione giudiziaria, in un contesto fisiologico di *incertezza* sullo stato del diritto, ancora non chiarito dall'opera normatrice della giurisprudenza, di cui si è detto nel paragrafo precedente?

A me pare che, in questa fase – per così dire – *genetica* della regola giurisprudenziale, il compito del giudice sia quello di pensare sempre alla propria decisione come a un *potenziale precedente*, in grado come tale di contribuire alla

---

[44] Proprio l'esistenza o meno nell'ordinamento della regola generale dello *stare decisis* costituirebbe, secondo autorevolissima dottrina comparatistica, il criterio discretivo tra sistemi di *civil* e *common law*: cfr. sul punto MATTEI, *Precedente giudiziario*, cit., p. 148 (e *ivi* per ogni rif.).

progressiva costruzione di un (futuro) diritto vivente e, pertanto, di influenzare le decisioni di *altri* giudici chiamati a risolvere casi analoghi. Ed allora – ecco la prima tesi che qui vorrei sostenere – un giudice attento al valore della prevedibilità delle (future) decisioni giudiziali, e consapevole al tempo stesso della funzione di precedente che potrebbe assumere la propria decisione, dovrebbe sempre sforzarsi non solo di *enunciare in termini generali e astratti la* regula iuris *(=il principio di diritto) che sostiene la decisione stessa*, ma anche di *conferire a tale regola contorni il più possibile precisi*, in modo che tale regola si possa quanto meno candidare a fungere da criterio praticabile per future decisioni di casi simili da parte di altri giudici[45].

In quest'ottica, il canone di *precisione* della 'norma' penale – dedotto dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina penalistica dall'art. 25 co. 2 Cost. – assume la veste non già di criterio di valutazione della legittimità costituzionale delle disposizioni legislative, bensì di *criterio di valutazione della stessa attività di produzione normativa* svolta dalla giurisprudenza nella sua attività di interpretazione delle disposizioni legislative: le *regulae iuris* enucleate dalla giurisprudenza – e dunque le *rationes decidendi* che costituiscono, esplicitamente o implicitamente, le premesse maggiori dei sillogismi che conducono alla decisione nel caso concreto – devono esse stesse conformarsi al requisito della precisione, che è condizione indispensabile perché quelle stesse regole (una volta divenute 'diritto vivente', a seguito del loro avallo da parte della giurisprudenza di legittimità) possano orientare in maniera sicura, e dunque *prevedibile*, la futura attività giurisdizionale.

Non si tratta, per la verità, di una tesi del tutto nuova. Già i miei maestri Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini – ai quali non potrebbe certo imputarsi alcun particolare *penchant* per l'idea stessa di 'diritto penale giurisprudenziale', un autentico ossimoro alle loro orecchie – pragmaticamente riconoscevano nel loro *Corso* che il principio di precisione opera non solo quale criterio di legittimità costituzionale delle leggi penali, ma anche come *canone ermeneutico* per la giurisprudenza comune nella propria attività di interpretazione delle leggi penali[46]: con l'importante conseguenza – in tutto e per tutto coincidente nell'esito con la tesi qui sostenuta – che tra due possibili letture di una norma incriminatrice, il giudice dovrebbe privilegiare quella idonea a conferire alla legge in questione contorni applicativi precisi, e per questo facilmente prevedibili per il destinatario[47].

---

[45] Ho già espresso questa idea, nella sostanza, ormai molti anni fa (ahimè) nel quadro di un'indagine volta a ricostruire il concetto penalistico di violenza: cfr. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà personale*, cit., p. 118 ss.

[46] MARINUCCI, DOLCINI, *Corso*, cit., p. 156.

[47] Sia pure in senso dubitativo, cfr. anche PALAZZO, *Legalità fra* law in the books, cit., p. 5 s., il quale discute per l'appunto della possibile adozione di una regola interpretativa per la quale il giudice debba prediligere, fra le varie opzioni possibili, quella implicante il maggior grado di determinatezza concettuale e la più sicura verificabilità processuale della fattispecie. Decisamente nel senso qui sostenuto, cfr. invece – a proposito dell'interpretazione del nuovo art. 319-*quater* c.p. (induzione indebita a dare o promettere un'utilità) – PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen. – Suppl. n. 11*, 2012, p. 14: "Certo, abbiamo a che fare con una norma difficile, resa ancor più sfuggente dalla sua novità. Ma i problemi

In applicazione di questo criterio ermeneutico, dal diretto ancoraggio costituzionale (quanto meno con riferimento alla materia penale), Marinucci e Dolcini rigettavano la tesi – pur autorevolmente sostenuta, e di per sé non implausibile sul piano testuale – che, in materia di abuso d'ufficio, ritiene integrata la "violazione di legge o di regolamento" già nel caso di violazione del (generico) dovere costituzionale di imparzialità nell'azione dei pubblici funzionari (art. 97 Cost.), privilegiando l'opposta interpretazione che – in omaggio a esigenze di riconoscibilità dei confini dell'illecito penale – esige l'individuazione di puntuali e specifiche violazioni di norme di rango primario o secondario quale presupposto dello stesso illecito penale[48].

L'esigenza di chiarezza e precisione delle *regulae iuris* elaborate dalla giurisprudenza come premesse maggiori del sillogismo giudiziale vale, naturalmente, in massimo grado per la *giurisprudenza di legittimità*, alla quale spetta il compito di assicurare l'uniforme applicazione della legge penale nell'intero ordinamento: un compito che è destinato però a non poter essere assolto, nell'ipotesi in cui il principio di diritto cui i giudici di merito dovrebbero auspicabilmente attenersi sia formulato in termini vaghi e imprecisi.

Molti sono, però, gli esempi che potrebbero addursi, anche recenti, di *fallimento* della funzione nomofilattica imputabili proprio all'insufficiente precisione del principio di diritto enunciato dalla Cassazione – a volte anche nella sua più autorevole composizione a sezioni unite – che lascia di fatto senza guida i giudici successivi.

Pensiamo alla *vexata quaestio* della quantificazione del 'profitto' confiscabile: la nota sentenza *Impregilo*, resa dalle Sezioni Unite nel 2008, definisce l'oggetto della confisca nei c.d. 'reati in contratto' – con riferimento specifico all'art. 19 d.lgs. 231/2001, ma con un'enunciazione naturalmente vocata ad un'applicazione universale, in tutti i casi di confisca facoltativa od obbligatoria del profitto medesimo – come il "vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato […], concretamente determinato *al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato*, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente"[49]. Che cosa tale formula significhi, è rimasto però assolutamente controverso nella giurisprudenza successiva, che non è stata in grado di sviluppare criteri di calcolo univoci per determinare il *quantum* oggetto di confisca, allorché l'imputato (o l'ente nel cui interesse o vantaggio il soggetto ha agito) abbia ottenuto con mezzi illeciti (corruzione del pubblico funzionario, comunicazioni di dati falsi nella gara, etc.) un contratto poi parzialmente o totalmente eseguito.

Ma pensiamo, altresì, a un altro importante e recente arresto delle Sezioni Unite in una questione assai spinosa e di grande rilievo prasseologico, come la distinzione tra concussione e induzione indebita a dare o promettere un'utilità, dopo la riforma dei reati contro la pubblica amministrazione di cui alla legge n. 190/2012. La (commentatissima)

---

ch'essa pone appaiono suscettibili di soluzioni ragionevoli, e starà agli interpreti – ad interpreti ragionevoli – assicurare la determinatezza della fattispecie elaborando *interpretazioni prevedibili*".

[48] MARINUCCI, DOLCINI, *Corso*, cit., p. 156.

[49] Cass., sez. un. pen., 27 marzo 2008, n. 26654, ric. Impregilo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1758 con perspicua nota di MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, il quale esattamente pone in luce l'equivocità del criterio enunciato dalle Sezioni Unite.

sentenza *Maldera* del 2014[50] esordisce invero enunciando un criterio dai contorni precisi e facilmente afferrabili, secondo cui si avrebbe sempre concussione in presenza di una *minaccia*, la quale a sua volta sussiste allorché il pubblico agente prospetti al privato un danno *contra ius*, e questi agisca allo scopo di evitare tale danno; mentre sussisterebbe mera induzione indebita allorché, in assenza di una minaccia, il privato agisca motivato dalla prospettiva di conseguire un "indebito tornaconto personale". Subito dopo i supremi giudici aggiungono, però, che anche in talune ipotesi in cui il privato agisca per ottenere un indebito vantaggio, il giudice deve comunque accertare se il privato "si sia venuto a trovare in uno stato di vera e propria costrizione": si noti, in assenza di minaccia da parte dell'agente, e dunque in assenza di quel requisito – la prospettazione di un danno *contra ius* – che poco prima la sentenza aveva ritenuto coessenziale al concetto di "costrizione", e dunque a quello di "concussione". Il risultato è quello di una radicale inidoneità della sentenza, nonostante le sue 63 pagine, a fornire indicazioni univoche alla prassi successiva; il che è, del resto, francamente riconosciuto dalla sentenza medesima, che espressamente incoraggia il giudice a percorrere la strada di un *apprezzamento equitativo*, *caso per caso*, che sarebbe in definitiva preferibile rispetto all'applicazione di un'unica regola di giudizio generale e astratta, ritenuta evidentemente inadeguata a garantire risultati di giustizia in tutti i pensabili casi concreti.

Le Sezioni Unite invitano infatti il giudice 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": parole alate, dietro le quali si legge però – inequivoco – nient'altro che un appello alla personale intuizione, e al senso di giustizia (meglio, di *aequitas*) di ogni singolo giudicante. *L'esatto opposto, cioè, della funzione nomofilattica* che pure la Cassazione è istituzionalmente chiamata a svolgere; con la conseguenza che, oggi più che mai, la previsione dell'esito di una vicenda giudiziaria in materia di concussione, induzione indebita o corruzione appartiene al novero delle missioni impossibili: per gli imputati e i loro difensori, così come per gli stessi pubblici ministeri[51].

Naturalmente, e a scanso di equivoci, la precisione di una regola giurisprudenziale non è l'*unico* criterio per valutare la bontà e condivisibilità della regola medesima: una regola può essere precisa, ma al tempo stesso risultare *erronea* in quanto incompatibile con il dato legislativo, o comunque disarmonica rispetto al sistema normativo nel suo complesso e/o agli obblighi internazionali, vincolanti per il nostro paese; ovvero, ancora, può comunque essere giudicata *inopportuna*, in relazione ad es. ai suoi effetti ingiusti, o disfunzionali rispetto a ragionevoli obiettivi politico-criminali (nel caso specifico del diritto penale). Ma – ecco il punto – *l'imprecisione della regola giurisprudenziale*, già al momento della sua enunciazione astratta, costituisce sempre, a mio avviso, *un buon motivo per criticarla*, proprio in ragione della sua incapacità di contribuire al perseguimento dell'obiettivo della certezza nell'applicazione del diritto penale, e anzi della sua idoneità a fomentare – proprio all'opposto – applicazioni *imprevedibili* del diritto penale stesso.

---

[50] Cass., sez. un. pen., 24 ottobre 2013, n. 12228, ric. Maldera, in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014, con nota di GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*.

[51] Su questi profili, si consenta il rinvio a VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3-4/2014, p. 12 s., anche per i necessari rif. bibl.

Tutto ciò vale, dicevo, in misura speciale per le decisioni del giudice di legittimità; ma vale anche, a ben guardare, per l'attività ermeneutica svolta quotidianamente dal *giudice di merito*. Non solo perché anche le decisioni dei giudici di primo e secondo grado ben possono assumere valore di precedente, soprattutto rispetto a materie in cui non vi siano ancora orientamenti consolidati del giudice di legittimità, in un'epoca per di più in cui l'abbondanza di riviste giuridiche *on line* favorisce un'immediata immissione nei circuiti di discussione delle pronunce di merito che vengano pubblicate; ma anche perché l'individuazione di un chiaro e univoco principio che sorregge la decisione, formulato in termini generali e astratti – tale da trascendere cioè il caso concreto, presentandosi come criterio di decisione per tutti i casi simili che potrebbero presentarsi in futuro – è la condizione essenziale per la *giustizia* della decisione medesima. Non a caso, nell'ambito del giudizio morale (che tanto ha in comune, dal punto di vista strutturale, con il giudizio sulla responsabilità giuridica, e penale in ispecie), la prima formula dell'imperativo categorico kantiano esige, quale condizione per la correttezza di qualsiasi decisione, che essa corrisponda a una *massima* di portata generale, ossia – per l'appunto – *potenzialmente idonea ad essere elevata a legge per tutti i casi simili*.

Insomma: se è vero che ogni attività di (autentica) interpretazione di una disposizione legislativa da parte del giudice si risolve nell'enunciazione di una nuova (sotto)regola di giudizio; allora del tutto consequenziale appare – come del resto pretende la Corte EDU, soprattutto in materia penale – che anche tale (sotto)regola di formazione giurisprudenziale debba soggiacere agli *stessi requisiti di chiarezza e precisione*, che si pretendono giustamente dalla stessa disposizione legislativa: sì da poter fungere come criterio per orientare in modo sicuro (e dunque prevedibile!) le future decisioni giudiziali, e conseguentemente il comportamento dei consociati medesimi.

5.3. Prevedibilità della decisione giudiziale e questioni già decise dalla giurisprudenza della Cassazione.

Rispetto invece alle situazioni in cui il giudice si trovi a decidere una questione giuridica già affrontata dalla giurisprudenza dalla Cassazione, la seconda tesi che vorrei qui enunciare dovrebbe apparire scontata, sulla base delle premesse sinora sviluppate: il giudice dovrà *tendenzialmente* decidere il caso concreto in modo *prevedibile*, e dunque in modo *conforme a tale giurisprudenza*.

Nemmeno questa tesi è nuova; ed è anzi stata enunciata in modo netto al di fuori della dottrina penalistica da parte di voci autorevoli[52], nonché – sia pure in ottica

[52] Ad es., e in particolare, da GORLA, *Precedente giudiziale*, cit., p. 4, a parere del quale sussisterebbe un vero e proprio *dovere giuridico* per i giudici della Suprema Corte e per i giudici di prima e seconda istanza di non distaccarsi dai precedenti della stessa Cassazione, se non in presenza di gravi motivi, di cui vi sarebbe obbligo di dare conto puntualmente in motivazione. In senso conf., tra gli altri, CHIARLONI, *In difesa della*

essenzialmente *de lege ferenda* – all'interno della stessa dottrina penalistica[53]. Varie peraltro sono le sfumature con cui l'idea di un tendenziale vincolo ai precedenti da parte del giudice di merito e di cassazione viene proposta nel nostro ordinamento, nel quale non è formalizzato da alcuna parte il principio anglosassone dello *stare decisis*, e nel quale non è possibile non fare i conti con la presenza dell'art. 101, co. 2, Cost. che – nello stabilire che il giudice è soggetto *soltanto* alla legge – sembra opporsi frontalmente all'idea di un suo vincolo, *oltre* che alla legge, anche alle decisioni di *altri* giudici, per quanto autorevoli[54]. Sicché, da parte di vari autori pur non insensibili alle esigenze di assicurare il più possibile la prevedibilità delle decisioni giudiziali tramite la coerenza della giurisprudenza, si sostiene spesso – più cautamente – l'opportunità di riconoscere (con un'espressione mutuata, ancora una volta, dal contesto giuridico anglosassone) quanto meno natura *persuasiva* ai precedenti della Cassazione[55], alla quale l'ordinamento italiano attribuisce dopo tutto il compito, sancito dall'art. 65 ord. pen., di

---

nomofilachia, *ibidem*, p. 123 ss.; DENTI, *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia* (1986), in M. BIN, *Il precedente giudiziario*, 1995, p. 79 ss.

[53] CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., spec. p. 301 ss. L'A. (che tende invece a escludere la sussistenza *de lege lata* di un simile, auspicabile vincolo: cfr. *ibidem*, p. 297 ss.) propone in particolare, *de lege ferenda*, *a)* un vincolo *verticale* delle sentenze della Cassazione rispetto ai giudici di merito, con possibilità peraltro per il giudice il quale voglia discostarsi dal precedente di sospendere il processo e di rimettere il caso alla Cassazione perché valuti l'opportunità di un *overruling* (p. 305 ss.), nonché *b)* un vincolo *orizzontale* del precedente rispetto alle stesse sezioni semplici della Cassazione, le quali dovrebbero essere vincolate a rimettere il caso alle Sezioni Unite ogniqualvolta intendano discostarsi dai precedenti, ancorché resi a sezioni semplici (p. 310 ss.).

[54] In questo senso cfr., ad es., GUASTINI, *Art. 101*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. La magistratura*, I, 1994, p. 191 s.; ZANON, PANZERI, *Art. 101*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, 2006, p. 1962. Sul punto, cfr. peraltro C. cost., sent. 50/1970, ove si esclude che il vincolo del giudice del rinvio al principio di diritto stabilito dalla Cassazione comporti una violazione dell'art. 101, co. 2, Cost., sulla base dell'argomento per cui "la pronunzia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza": argomento che nel suo tenore letterale parrebbe potersi estendere, senza soverchie difficoltà, anche all'ipotesi in cui il giudice sia chiamato a formare il proprio convincimento sulla base di un *precedente*, reso in relazione ad un diverso caso di specie da una giurisdizione superiore.

[55] TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., p. 89; PIZZORUSSO, *Cassazione e diritto vivente*, in L. LANFRANCHI (a cura di) *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 376. Per una accurata ricostruzione delle posizioni dottrinali sul ruolo nomofilattico della Corte di cassazione si veda, recentemente, CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna*, Torino, 2015, p. 192 ss. Sul punto si veda, da ultimo, CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *corteappellomilano.it*, p. 4: citando a sua volta BORRÈ, *L'evoluzione della Corte nel diritto commerciale, del lavoro, nel diritto pubblico e processuale civile*, in *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico*, Milano, 1996, 252 – l'A. afferma qui che "la nomofilachia, siccome diretta a conferire coerenza e prevedibilità all'interpretazione delle norme, mediante la creazione di decisioni destinate a costituire 'precedenti' per la soluzione di future controversie in casi simili o analoghi, costituisce un valore per la collettività, pur avvertendosi che 'non è un valore assoluto ma metodologico' e, nell'inarrestabile evoluzione della giurisprudenza, confluisce dinamicamente nel 'dovere funzionale di ragionevole mantenimento della soluzione ragionevolmente conseguita'".

assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge" e "l'unità del diritto oggettivo nazionale"[56].

La tesi che intendo qui a sostenere è, però, un pochino più radicale rispetto a queste ultime voci, mirando ad affermare – con Gorla – già *de lege lata* l'esistenza a carico del giudice comune (di legittimità e di merito) di un vero e proprio *dovere giuridico*, fondato sulle norme costituzionali e convenzionali poc'anzi citate, *di attenersi ai precedenti della Cassazione*, quanto meno nell'ipotesi in cui tali precedenti siano tra loro coerenti e non – come purtroppo a volte avviene – tra loro contraddittori. E ciò non solo per non frustrare retrospettivamente l'affidamento che il *singolo* imputato abbia riposto sulla liceità, o comunque sulla penale irrilevanza della propria condotta, alla luce della precedente giurisprudenza; ma anche perché ogni sentenza ha, oltre alla funzione di 'rendere giustizia' nel caso concreto, una valenza *comunicativa* nei confronti della *generalità dei consociati* (e degli operatori del diritto in ispecie), a seconda dei casi rassicurandoli sulla correttezza delle prognosi già formulate sulle future decisioni giudiziarie ovvero – all'opposto – destabilizzando queste prognosi e creando un alone di *incertezza* sullo stato del diritto. Il singolo giudice (specie se di merito, ma a volte anche di legittimità) spesso non è consapevole di questa seconda, importante funzione delle proprie sentenze, che egli tende a pensare come unicamente rivolte ad assicurare un giusto equilibrio degli interessi in gioco nel caso concreto, trascurando così la valenza di *precedente* che qualsiasi sentenza fatalmente assume, come modello per possibili decisioni future[57].

Una tale valenza è assunta fisiologicamente da qualsiasi decisione della Corte di cassazione, in un'epoca in cui *tutte* le decisioni della Suprema corte sono integralmente pubblicate e sono, pertanto, destinate a essere citate quali precedenti in futuri procedimenti, ancorché le loro *rationes decidendi* – magari influenzate in maniera decisiva dalle peculiarità del caso concreto all'esame – risultino in concreto distoniche rispetto a orientamenti giurisprudenziali consolidati, o addirittura del tutto stravaganti: incentivando in quest'ultima ipotesi strategie difensive e ricorsi destinati con ogni probabilità all'insuccesso, ma che nell'immediato ingolfano ulteriormente i ruoli giudiziari. Ma lo stesso vale anche per le decisioni dei giudici *di merito*, specie a fronte della già ricordata considerazione per cui la grande diffusione di riviste

---

[56] Su tale norma, che costituisce la chiave di volta per tutti coloro che sostengono l'esistenza già *de lege lata* di un qualche vincolo dei giudici ai precedenti della S.C., cfr. in particolare l'ampia analisi di TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., p. 59 ss. Cfr. altresì CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 235.

[57] L'alternativa schizzata nel testo fa parte del patrimonio consolidato delle riflessioni sul ruolo della Cassazione, almeno a partire dai fondamentali studi sulla Cassazione civile – risalenti ai primi decenni del secolo scorso – di Pietro Calamandrei; e si compendia nel dilemma se la funzione della Suprema Corte sia, primariamente, quella di assicurare tutela al c.d. *ius litigatoris* (atteggiandosi, in sostanza, come terza istanza di giudizio onde assicurare una decisione il più possibile 'giusta' – o 'equa'? – ai singoli litiganti, o al singolo imputato in materia penale) ovvero al c.d. *ius constitutionis* (e dunque al diritto oggettivo, con sguardo rivolto al *futuro* piuttosto che al passato: e dunque con l'ottica di chi consapevolmente stia ponendo una *regola di giudizio* alla quale i giudici, e la stessa Cassazione, dovranno attenersi nei casi che verranno). Sulla questione, cfr. ancora TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., p. 59 ss. e CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 222.

giuridiche *on line* consente la pubblicazione di un gran numero di sentenze di primo e di secondo grado, spesso selezionate tra quelle che consapevolmente si pongono in contrasto con gli orientamenti consolidati della Suprema Corte, le quali finiscono così per rappresentare esse stesse dei precedenti che verranno invocati in futuri procedimenti dall'una o dall'altra delle parti in conflitto.

La presenza, nell'ordinamento costituzionale italiano, dell'art. 101, co. 2, Cost. osta, invero, al riconoscimento di un dovere *assoluto* a carico del giudice di osservare i precedenti, in termini paragonabili a quelli che discendono dallo *stare decisis* anglosassone – la cui effettiva portata in quegli ordinamenti è, peraltro, assai meno rigida di quanto si potrebbe pensare a prima vista, molte essendo le tecniche con le quali il giudice anglosassone può aggirare la rigida vincolatività di un precedente, e far evolvere così il diritto in direzioni nuove[58]. Ma la libertà interpretativa di ciascun giudice italiano (anche di merito) di fronte alla legge, indubbiamente garantita dalla norma costituzionale citata, non può essa stessa essere intesa come *assoluta*, e deve piuttosto essere *ragionevolmente bilanciata*[59] con il fascio di valori ed interessi costituzionali e convenzionali sui quali ci siamo poc'anzi soffermati, che spingono fortemente verso la *stabilizzazione* degli orientamenti giurisprudenziali, sì da garantire la prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Il punto di equilibrio tra le due opposte esigenze potrebbe stare, allora, proprio nella valorizzazione della portata precettiva dell'art. 65 ord. giud. – per i giudici di merito così come per quelli di cassazione –, e nel conseguente riconoscimento alle decisioni della Suprema Corte (anche alle *singole* decisioni della Corte medesima, senza attendere quel che si chiama comunemente il loro 'consolidamento'[60]) della funzione di *precedenti* cui i giudici successivi, di merito e di legittimità, dovranno *di regola* attenersi, al fine di assicurare appunto – se non l'"esatta osservanza" della legge, che presupporrebbe l'esistenza *in rerum natura* di un'*unica* interpretazione 'corretta' della legge[61] – quanto meno l'"uniforme interpretazione della legge" e l'"unità del diritto oggettivo nazionale", in chiave di garanzia della prevedibilità delle decisioni giudiziarie future e di tutti i valori e interessi costituzionali che da tale prevedibilità dipendono. In quest'ottica, insomma, i precedenti della Cassazione dovrebbero essere seguiti non tanto perché 'corretti', o intrinsecamente 'giusti'; bensì – di fronte anche alla considerazione che nemmeno il giudice successivo può pretendere che la *propria* interpretazione sia quella 'corretta', o 'giusta' – per la pragmatica ragione che

---

[58] Cfr., per tutti, ancora MATTEI, *Precedente giudiziario*, cit., p. 160 ss.

[59] In quest'ottica si muove del resto, sia pure in una prospettiva essenzialmente *de iure condendo*, anche CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 287.

[60] Osserva acutamente TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., p. 102 che "l'autorevolezza delle pronunce di un organo [è] inversamente proporzionale al numero delle volte in cui esso si esprime: com'è noto, l'inflazione provoca svalutazione, e la ripetizione forse giova ma sminuisce il valore della singola affermazione".

[61] Esistenza, come si diceva poc'anzi nel testo, negata dalla teoria generale del diritto oggi maggioritaria. Sulla questione se sia legittimo parlare di *un'unica* interpretazione corretta di una norma, almeno in chiave di ideale da perseguire da parte del giudice (come nella nota impostazione di R. Dworkin), cfr. comunque la perspicua ricapitolazione di TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., p. 77 ss.

conformarsi ai precedenti dell'autorità a cui l'ordinamento affida espressamente il compito di assicurare uniformità all'interpretazione della legge è il modo più efficace per garantire tutela ai diritti individuali e per agli interessi collettivi, di rango costituzionale e convenzionale, sui quali ci siamo ampiamente soffermati. La regola è, insomma, procedurale più che sostanziale: a prescindere da chi abbia ragione nella sostanza (ammesso e non concesso che di ragione si possa parlare in questo contesto), l'ordinamento affida ad una particolare autorità (di volta in volta impersonata da un collegio di cinque giudici esperti) il soggetto giuridico abilitato a scegliere quale sia l'interpretazione preferibile (o 'più giusta') tra quelle compatibili con il dato letterale della norma, in esito a una decisione vocata ad assicurare l'uniformità del diritto oggettivo in tutto il territorio nazionale, e dunque a imporsi nell'ordinamento come *modello* di decisione per tutti i casi futuri.

Tutto ciò *salvo che* – in questa precisazione cogliendosi il senso dell'affermazione di un dovere meramente *tendenziale*[62] di attenersi ai precedenti – a parere del giudice successivo la precedente decisione della Cassazione appaia tanto 'ingiusta', o comunque 'sbagliata' (perché, magari, in palese contrasto con la lettera della legge, ovvero dimentica 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, discostandosi da un precedente che si stima (gravemente) errato: auspicabilmente investendo le Sezioni Unite per sollecitare un *overruling* di quello stesso precedente[63], sì da assicurare così la massima valenza comunicativa della nuova decisione rispetto ai consociati e, soprattutto, ai giudici che in futuro dovranno nuovamente occuparsi della questione.

Sono consapevole, intendiamoci, che una tesi come quella appena enunciata rischia di suonare fortemente impolitica tanto alla dottrina penalistica largamente maggioritaria, quanto alla stessa magistratura[64]: la quale avrà facile gioco ad obiettare – all'unisono, del resto, con una recente e nota sentenza della Corte costituzionale[65] – che

---

[62] Ma non per questo sprovvisto della nota di *giuridicità*, che gli deriva dall'essere deducibile da ben precise basi normative costituzionali e convenzionali: il carattere *tendenziale* dell'obbligo allude, semplicemente, alla sua *derogabilità* nel caso concreto nel quadro di un suo bilanciamento con il principio di soggezione del giudice 'soltanto' alla legge, anch'esso dotato di copertura costituzionale. Il dovere di non uccidere non cessa, d'altronde, di essere un dovere giuridico soltanto perché ne è possibile una deroga, nel quadro di un bilanciamento con altri interessi confliggenti e nel rispetto delle condizioni previste, segnatamente, dall'art. 2 CEDU.

[63] Pur in assenza, allo stato, di una disposizione che, in materia penale, imponga alle sezioni semplici che intendano discostarsi da un orientamento consolidato o addirittura da un principio enunciato dalle Sezioni Unite di rimettere a queste ultime la valutazione relativa all'opportunità di modificare tale orientamento. Si interroga da ultimo sulla congruità di questa disarmonia tra regole che vincolano le sezioni civili e penali della Cassazione PALAZZO, *Legalità fra* law in the books, cit., p. 10.

[64] Sulle vicende storiche che hanno condotto la magistratura di merito, a partire dagli anni cinquanta, a sottrarsi sempre più alla vincolatività dei precedenti della Cassazione, cfr. CADOPPI, *Il valore del precedente*, p. 235 ss.

[65] Corte cost., sent. 230/2012, 'considerato in diritto' n. 10.

proprio nel rapporto diretto (garantito per l'appunto dall'art. 101, co. 2, Cost.) tra la legge e il giudice, senza la mediazione di precedenti vincolanti, sta la differenza strutturale più significativa tra gli ordinamenti di *civil* e *common law*.

Eppure io credo che il sistema penale italiano abbia bisogno, oggi più che mai, di una dose massiccia di *cultura del precedente*: che è, anche, cultura del *limite* al potere del (singolo) giudice, e argine al rischio che il giudice stesso si percepisca come *onnipotente* (tentazione fisiologica in un ordinamento che considera, appunto, ogni *singolo* giudice come un 'potere dello Stato' ai sensi e per gli effetti dell'art. 134 Cost.). Attenersi tendenzialmente ai precedenti consolidati costituisce il miglior modo per contribuire al rafforzamento della certezza del diritto, che è a sua volta – come ho cercato di dimostrare nelle pagine precedenti – garanzia delle libere scelte di azione del cittadino, dell'eguaglianza di trattamento tra gli individui, nonché del fascio di interessi di rango costituzionale che dipendono da un efficiente funzionamento del sistema giustizia. Di talché il perseguimento di questo imperativo ben giustifica un bilanciamento del principio di cui all'art. 101, co. 2, Cost. con quei diritti e interessi; con conseguente necessità che il giudice sia, almeno di regola, essere disposto a *fare un passo indietro*, e a conformarsi agli orientamenti consolidati, *anche laddove egli personalmente avrebbe privilegiato una diversa soluzione interpretativa*, se avesse avuto la possibilità di decidere per primo la questione.

Con ciò resta, ripeto, impregiudicata la piena liceità di una decisione eterodossa, in consapevole antitesi rispetto al diritto 'vivente', da parte anche di un singolo giudice monocratico di provincia. Ma di una tale possibilità quel giudice dovrebbe far uso – è questo il senso della mia tesi – soltanto quando davvero sia certo che *ne valga la pena*, alla luce di una *prudente* valutazione degli interessi in gioco, che passi in particolare per la ponderazione dei costi dell'inevitabile *incertezza* sullo stato del diritto che conseguirà alla propria decisione, e della connessa *frustrazione degli affidamenti* che la precedente giurisprudenza consolidata aveva nel frattempo creato nei consociati[66].

Una tale cautela dovrebbe imporsi tanto per i giudici di merito, quanto per la Cassazione: persino quando quest'ultima si esprima a sezioni unite – e dunque nella formazione istituzionalmente deputata ad assicurare l'uniformità dell'applicazione del diritto nell'ordinamento giuridico nazionale. Ogni corte suprema dispone, certo, dello strumento dell'*overruling* per correggere precedenti che si ritengano sbagliati, o non più adeguati ai tempi[67]; ma questo strumento deve sempre essere utilizzato con grande *self-*

---

[66] Non si tratta dunque soltanto – almeno a mio avviso – di imporre un mero *onere di adeguata motivazione* in capo al giudice (di merito o di legittimità) che intenda discostarsi dai precedenti consolidati, come sostiene, a mio avviso riduttivamente, PULITANÒ, *Crisi della legalità*, cit., p. 57 riprendendo un inciso contenuto nella sentenza n. 230/2012 della Corte costituzionale; bensì di riconoscere con forza il *tendenziale dovere* per ciascun giudice di *attenersi* ai precedenti consolidati, in chiave strumentale rispetto agli interessi di rango costituzionale sottesi alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie, *a meno che* non sussistano *ragioni cogenti* in senso opposto (delle quali dovrà, ovviamente, darsi analiticamente conto nella motivazione della decisione).

[67] Come riconobbe, ad es., la stessa House of Lords inglese – che in precedenza aveva sempre ritenuto di essere vincolata ai propri stessi precedenti – nel celebre *practice statement* del 1966, con la quale la Camera

restraint, come ebbe a sottolineare, nel redigere l'*opinion of the court*, il giudice O'Connor della Corte Suprema degli Stati Uniti, nota per le proprie posizioni *pro-life*, nella sentenza in cui, grazie al suo voto decisivo, fu evitato l'*overruling* della storica sentenza *Roe v. Wade*, che aveva riconosciuto a livello federale il diritto delle donne di abortire. Il rispetto dell'autorità morale di quel precedente – cui, si noti, la Corte Suprema non era affatto vincolata dal punto di vista giuridico – e dell'affidamento sociale nel frattempo creatosi, nei venti e passa anni successivi a *Roe*, fu considerato da Sandra O'Connor una ragione sufficiente per mettere da parte le proprie pur radicate convinzioni morali sull'intrinseca ingiustizia dell'aborto[68]. Rimarchevole esercizio, il suo, di quella *prudentia* che dovrebbe essere la dote prima del giurista, e del *giudice* in particolare; di un giudice che si concepisca non tanto come individuo esercente la delicatissima funzione giurisdizionale, ma come *parte* di un potere *collettivo*, il cui svolgimento esige senso del limite da parte dei singoli individui, e rispetto per l'*auctoritas* delle decisioni precedenti[69] – che è del resto condizione essenziale per pretendere rispetto, da parte dei consociati, per le *proprie* stesse decisioni.

> In questa stessa ottica, particolarmente significativa mi pare anche una recente sentenza delle nostre Sezioni Unite civili[70], nella quale il collegio – al quale era stata rimessa una questione già decisa in precedenza dalle stesse Sezioni Unite – evidenzia che "la *salvaguardia dell'unità e della 'stabilità' dell'interpretazione giurisprudenziale* (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite) è ormai da considerare – specie dopo l'intervento del d.lgs. n. 40 del 2006 e della l. n. 69 del 2009, in particolare con riguardo alla modifica del'art. 374 c.p.c. ed alla introduzione dell'art. 360 bis – alla stregua di un *criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche*. Non l'unico certo e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo".
>
> "Occorre dunque, per derogarvi" – proseguono le Sezioni Unite, esattamente in linea con l'impostazione della Corte suprema americana nel caso appena citato – "che vi siano *buone ragioni*. E, quando si tratta di interpretazione delle norme processuali [come nel caso di specie], occorre che vi siano *ottime ragioni* […] posto che, soprattutto in tale ambito, la 'conoscenza' delle regole (quindi, a monte, l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità della relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di 'giustizia' del processo medesimo".
>
> E ancora: "è per questo che la 'creatività' dell'interpretazione giurisprudenziale deve interpellare il *senso di misura* e soprattutto il *senso di responsabilità dell'interprete*, dovendo, al di

affermò di voler modificare tale consuetudine, e di sentirsi liberi di discostarsi da una propria decisione precedente, sia pure tenendo a mente l'esigenza di certezza del diritto, particolarmente importante proprio in materia penale: cfr. sul tema CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 190.

[68] Corte Suprema USA, sent. 29 giugno 1992, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (O'Connor), spec. p. 854 ss., ove si afferma tra l'altro con nettezza: "*The obligation to follow precedent begins with necessity, and a contrary necessity marks its outer limit. With Cardozo, we recognize that no judicial system could do society's work if it eyed each issue afresh in every case that raised it […]. Indeed, the very concept of the rule of law underlying our own Constitution requires such continuity over time that a respect for precedent is, by definition, indispensable* ".

[69] Cfr. in questo senso già quasi trent'anno fa V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1576, ove si stigmatizzava – con riferimento proprio all'art. 101, co. 2, Cost. – una "lettura eccessivamente individualistica del rapporto giudice-legge" e la "sottovalutazione del significato istituzionale della funzione giurisdizionale".

[70] Cass., sez. un. civ., 6 novembre 2014, n. 23675.

là delle convinzioni tecnico-giuridiche soggettive dei singoli giudici o dei singoli collegi, essere sempre considerati i parametri della 'giustizia' del processo […] intesa come valore tendenzialmente condiviso. Il problema della nomofilachia in realtà è proprio questo: garantire al sistema la possibilità di evolversi, adattarsi, correggersi e al tempo stesso *conservare, entro ragionevole limiti, l'uniformità e la prevedibilità dell'interpretazione* […]. Ciò non impone automaticamente e necessariamente di ritenere che gli *overrulings* in materia processuale debbano essere sempre evitati o sempre operare per il futuro, ma impone certamente al giudice innanzitutto di *valutare con estrema attenzione la sussistenza o meno di buone ragioni per il mutamento di un indirizzo giurisprudenziale* e, prima ancora, di individuare quali siano le condizioni legittimanti l'evoluzione interpretativa".

"In proposito" – continuano le Sezioni Unite in questa perspicua sentenza, che vale davvero la pena di citare per esteso – "non esistono formule matematiche. È, come detto, *un problema di equilibrio e misura: di responsabilità* […]. Perché si possa procedere a un *revirement* giurisprudenziale in materia processuale non è dunque sufficiente che l'interpretazione precedente sia, in ipotesi, ritenuta meno plausibile o meno condivisibile sul piano letterale, logico e/o sistematico dal collegio chiamato a decidere successivamente su analoga questione, posto che, giova ripetere, l'*overruling*, soprattutto in materia processuale non solo incide sull'affidamento dei cittadini in ordine alla portata delle 'regole del gioco', ma […] incide sulla ragionevole durata dei processi e, soprattutto, inflaziona l'intervento nomofilattico depotenziando la relativa funzione, con un ulteriore (indiretta) incidenza anche sulla durata dei processi oltre che sulla 'affidabilità' del sistema".

Considerazioni luminose, quelle delle Sezioni unite civili appena riportate: che mi paiono ben estensibili anche al di fuori della materia processuale, civile o penale che sia, e certamente nell'ambito del diritto penale sostanziale, che qui direttamente ci interessa; e il cui messaggio di fondo – compendiabile nella necessità di *salvaguardare la stabilità degli orientamenti interpretativi* e, dunque, la prevedibilità delle decisioni giudiziali – dovrebbe dirigersi in egual misura ai giudici di legittimità così come a quelli di merito, chiamati anch'essi a contribuire alla salvaguardia di quei valori di fondo nella propria quotidiana attività giurisdizionale, e a rifuggire da pur benintenzionati protagonismi e 'fughe in avanti'. A meno – ma soltanto in questa ipotesi – che *davvero* non ne valga la pena: come nel caso, ipotizzato dalle stesse Sezioni Unite civili, in cui si renda manifesto – "eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società" – che le soluzioni affermatesi nella giurisprudenza precedente risultino arbitrarie, irrazionali o ingiuste.

5.4. Due possibili obiezioni, e altrettante repliche.

Contro le tesi esposte nei sottoparagrafi precedenti potrebbero in particolare essere formulate, tra le molte ipotizzabili, due obiezioni.

In primo luogo, si potrebbe osservare in maniera *tranchante* che il principio di legalità in materia penale, così come espresso dall'art. 25 co. 2 Cost., vieta in radice che la giurisprudenza si sostituisca al legislatore nel creare norme penali. Le regole vigenti in materia penale dovrebbero essere, insomma, soltanto quelle di fonte legislativa; un 'diritto penale giurisprudenziale', formato dall'insieme delle *regulae iuris* elaborate dalla giurisprudenza, non avrebbe alcun diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento.

In secondo luogo, si potrebbe rilevare che – anche a prescindere dalla loro compatibilità o incompatibilità con la riserva di legge in materia penale – tali *regulae iuris* di fonte giurisprudenziale sono strutturalmente destinate ad operare *ex post facto*, essendo per l'appunto elaborate *dal giudice*: e dunque da un soggetto chiamato a intervenire *dopo* che il consociato ha compiuto la condotta. Di qui il carattere strutturalmente *retroattivo* di tali regole, che ne evidenzierebbe – anche sotto questo specifico profilo – la loro incompatibilità con l'art. 25 co. 2 Cost.

Quanto alla prima obiezione, che certamente si sarà affacciata nella mente di molti di coloro che abbiano avuto la pazienza di seguirmi sin qui, essa pecca a mio giudizio della stessa ingenuità nella quale verserebbe chi ancora volesse equiparare il giudice penale ad una mera *bouche de la loi* – ad un mero *applicatore*, cioè, della volontà legislativa nel caso concreto sottoposto al suo esame. In realtà, tutti sappiamo che qualsiasi disposizione legislativa è bisognosa di ulteriori concretizzazioni, prima di poter essere applicata a casi concreti che giacciano al di fuori di quella zona 'centrale' univocamente coperta dalla norma, e che siano piuttosto collocabili in una zona 'grigia' che il legislatore non può sempre prevedere *ex ante*, e che soltanto la prassi farà successivamente emergere[71]. Se – per riprendere un esempio precedente – l'uso indebito del telefono d'ufficio sia inquadrabile nell'ipotesi base di peculato, in quella privilegiata di peculato d'uso, in quella di abuso d'ufficio o – ancora – costituisca un fatto penalmente irrilevante, è questione aperta alla discussione, e sulla quale *più* soluzioni sono non solo possibili ma anche *legittime*, in quanto compatibili con il dato testuale delle disposizioni che vengono in considerazione.

E allora, negare *a priori* alla giurisprudenza la legittimazione a costruire una (sotto)regola generale e astratta, al metro della quale sussumere la classe di ipotesi (la 'sottofattispecie') qui in discussione nell'una o nell'altra di quelle fattispecie legislative, significherebbe consegnare la sorte del singolo imputato alla *personale intuizione* e al *personale senso di giustizia* del *singolo* giudice, per un malinteso omaggio al principio di legalità in materia penale; aprendo altresì la strada ad applicazioni *diseguali* (ed anzi *fortemente* diseguali, come si evince dal mero confronto tra i quadri edittali di quelle disposizioni) della legge penale, in frontale violazione dell'art. 3 Cost. All'opposto, è soltanto la cristallizzazione – ripeto, entro i limiti segnati dalla sua compatibilità con il superiore dato legislativo – di una chiara *regula iuris* giurisprudenziale che riconduca univocamente la sottofattispecie ad *una sola* (o, se del caso, a nessuna) delle fattispecie

[71] Vi è chi sostiene, addirittura, che nessun caso (per quanto facile) può prescindere dall'interpretazione: «se anche il giudice avesse una spiccata consapevolezza teorica, e seguisse le tesi di Hart o di Dworkin, si troverebbe pur sempre a non sapere in partenza qual è la soluzione corretta del caso che deve decidere. Per scoprirla dovrebbe mettere in atto più o meno complesse strategie interpretative, impiegando criteri e direttive, compiendo scelte, e cercando di attribuire alla norma un significato 'giusto' e adeguato al caso […]. Se poi questo giudice reale ritenesse che la soluzione del caso è 'chiara', e che quindi non occorrano particolari marchingegni ermeneutici, sarebbe azzardato ritenere per ciò solo che ci si trovi nel 'nucleo' di Hart, o di avere incontrato il giudice 'perfetto' di Dworkin. Ci si troverebbe invece, con ogni probabilità, solo di fronte a un giudice che non coglie il problema interpretativo o che, molto banalmente, si limita ad impiegare la soluzione più ovvia o che ritiene essere consolidata in giurisprudenza (presupponendo, dunque, una certa interpretazione della norma)». Così ancora TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., p. 82 s.

legislative in discussione, a garantire contro questi rischi, rendendo *prevedibile* l'applicazione della legge penale anche all'interno di quella zona 'grigia' non univocamente regolata dal legislatore. La riserva di legge in materia penale sarà salva, nella misura in cui la regola giurisprudenziale continuerà a fondarsi sulla, e a trarre la propria legittimazione dalla, disposizione penale così interpretata; ma, al tempo stesso, la presenza della regola giurisprudenziale a livello di diritto 'vivente' garantirà la salvaguardia dell'altro essenziale corollario del principio di legalità, rappresentato dalla prevedibilità della decisione giudiziale, nonché di tutti gli altri principi e valori costituzionali sottesi a tale prevedibilità[72].

Quanto poi alla seconda obiezione, legata alla natura intrinsecamente *retroattiva* di ogni regola giurisprudenziale, essa si presta anzitutto ad essere rovesciata, nella misura in cui potrebbe essere rivolta a chi volesse negare una qualsiasi legittimazione alla giurisprudenza della Cassazione a porre in essere regole tendenzialmente vincolanti (di carattere ancora generale e astratto, ancorché più specifiche della disposizione legislativa) nell'ambito della propria attività di interpretazione: in una situazione in cui ciascun giudice sia del tutto libero di assegnare qualsiasi significato alla legge, purché compatibile con il suo tenore letterale, in ogni caso dubbio il destinatario sarebbe in grado conoscere soltanto *ex post* (in esito alla decisione del giudice!) se la propria condotta, già compiuta, costituisca o meno un illecito penale (o quale illecito penale integri). Mentre è proprio la presenza di orientamenti interpretativi percepiti come (almeno tendenzialmente) vincolanti dai giudici a garantire al consociato una conoscenza *previa* della qualificazione giuridica della propria condotta.

Quanto, poi, all'ipotesi in cui il giudice intervenga in una situazione in cui una giurisprudenza consolidata ancora non esista, ovvero intervenga – nei casi eccezionali in cui ne sussista la necessità – *modificando* un orientamento consolidato in senso *sfavorevole* al consociato medesimo, basterà qui rammentare che il nostro ordinamento da tempo conosce uno strumento per evitare applicazioni retroattive di norme (anche di formazione giurisprudenziale!) nei confronti di un imputato che abbia commesso il fatto confidando senza propria colpa (perché sulla base dell'affidamento

[72] Un esempio particolarmente illustrativo della (a mio avviso preziosa) opera di integrazione del precetto ad opera della giurisprudenza è fornito dalla decisione delle Sezioni Unite (sulla quale anche PALAZZO, *Legalità fra* law in the books, cit., p. 6 richiama l'attenzione) con la quale il supremo organo nomofilattico ha fissato un preciso limite quantitativo al di sotto del quale non può apprezzarsi una "ingente quantità" di sostanze stupefacenti ai sensi dell'art 80 t.u. stup.: cfr. Cass., sez. un. pen., 24 maggio 2012, n. 36258, imp. Biondi. L'effetto di una simile pronuncia, schiettamente 'creativa' del diritto, è quello di conferire una maggiore precisione ai contorni applicativi della disposizione in questione: con tutte le conseguenze sulle quali mi sono ampiamente soffermato nel testo (in senso *critico* contro tale intervento delle Sezioni Unite cfr. invece, ora, MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 69, che accusano la S.C. di avere in tal modo *usurpato il ruolo del legislatore*, anziché – come sarebbe stato suo dovere – sollevare questione di legittimità costituzionale sull'art. 80 per violazione del canone di precisione: argomento che, peraltro, se preso sul serio dovrebbe condurre alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di tutte le clausole che, *in bonam* o *in malam partem*, ancorano il *quantum* o talvolta lo stesso *an* della pena – si pensi al nuovo art. 131-*bis* c.p.! – a formule quantitative vaghe come la "particolare tenuità" o "gravità", la "lieve entità", o simili).

legittimamente ingenerato dall'orientamento sino a quel momento consolidato della giurisprudenza) nella liceità della propria condotta. Tale strumento è rappresentato – ovviamente – dall'art. 5 c.p., nella versione risultante dalla sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale; uno strumento, si noti, che ben consente al giudice di formulare – o se del caso riformulare – una nuova regola di giudizio astrattamente sfavorevole all'imputato (ad es., risolvendo in senso affermativo una *quaestio* non futile sulla penale rilevanza di una condotta collocabile nella zona 'grigia' di una determinata disposizione incriminatrice), evitando al tempo stesso di applicare retroattivamente tale nuova regola all'imputato medesimo.

Un'applicazione più generosa – o semplicemente più intelligente – dell'*ignorantia legis* da parte della giurisprudenza potrebbe, insomma, risolvere in radice il problema qui evidenziato; evitando al tempo stesso al nostro paese possibili (e prevedibili!) condanne in sede europea, per violazione dei principi di accessibilità della norma penale e di prevedibilità della conseguenze sanzionatorie, che come abbiamo visto a suo tempo la giurisprudenza di Strasburgo deduce da tempo dall'art. 7 CEDU.

6. Infine, il ruolo della Corte costituzionale.

Riconoscere un ampio ruolo ai giudici comuni nell'attuazione concreta del principio di prevedibilità della decisione giudiziale – attraverso la creazione di (sotto)regole di giudizio più specifiche rispetto alla disposizione legislativa, alle quali poi gli stessi giudici dovrebbero (tendenzialmente) orientarsi nelle proprie decisioni – non significa, peraltro, affermare che ogni vizio *genetico* di imprecisione della disposizione legislativa sia sempre destinato ad essere sanato ad opera della successiva opera di concretizzazione 'normativa' della giurisprudenza.

Vero è che – almeno a mio giudizio – non ogni disposizione legislativa che *nasca* imprecisa debba essere considerata per ciò stesso illegittima al metro dell'art. 25 co. 2 Cost. Come giustamente sottolinea la Corte di Strasburgo a proposito di art. 7 CEDU, ogni disposizione legislativa nasce con inevitabili margini di imprecisione, a fronte della varietà dei casi cui la norma potrebbe essere suscettibile di applicarsi, che soltanto l'esperienza successiva potrà fare emergere[73]; il linguaggio stesso – salvo che in

[73] Cfr., *ex multis*, Corte EDU (Grande Camera), sent. 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, § 141: "*The Court has acknowledged in its case-law 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, both cited above). The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain (see,* mutatis mutandis*,* Cantoni*, cited above). 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*

pochissimi casi, come nei concetti numerici – è, d'altra parte, sempre caratterizzato da equivocità, incoerenza, porosità, vaghezza[74], a fronte di una realtà in continua evoluzione. Sì che del tutto velleitaria si presenta in partenza la pretesa – simile a un pugno battuto sul tavolo – di chi, in nome di ragioni di principio, vorrebbe condannare alla sanzione dell'illegittimità costituzionale qualsiasi norma inidonea a risolvere *sin dall'inizio* ogni dubbio sulla sua portata applicativa. Tale portata applicativa potrà e dovrà, invece, chiarirsi sulla base delle decisioni dei giudici – e delle rispettive *rationes decidendi* – che individueranno gradualmente le classi di ipotesi (le 'sottofattispecie') alle quali la disposizione debba o non debba trovare applicazione.

L'essenziale, anche dal punto di vista della Corte europea, è però che *almeno la giurisprudenza*, nella sua opera di trasformazione, per riprendere ancora una volta la dicotomia crisafulliana, della disposizione legislativa in altrettante *norme* costitutive del 'diritto vivente' – riesca, *in esito all'interpretazione* e al processo di *graduale consolidazione dei precedenti*, nel compito di definire in termini (ragionevolmente) precisi le regole sulla cui base debba essere affermata la responsabilità penale dell'individuo, rendendo così (ragionevolmente) prevedibile la loro applicazione.

Laddove, invece, la giurisprudenza *fallisca* in tale compito – per la propria incapacità di giungere a soluzioni condivise e costantemente osservate, ovvero per l'assoluta vaghezza di un dato normativo che finisce per legittimare qualsiasi interpretazione –, allora il problema dell'imprecisione della norma penale verrebbe a porsi davvero come un, questa volta ineludibile, problema di legittimità costituzionale, *ex* art. 25 co. 2, della stessa disposizione legislativa.

> Un esempio a mio giudizio particolarmente istruttivo in questo senso è quello del concetto di disastro c.d. 'innominato', evocato dagli artt. 434 e 437 co 2 c.p. (nonché dall'art. 449 c.p., che sancisce la punibilità per i fatti descritti dalle prime due norme laddove commessi con colpa). Nonostante gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza comune negli ultimi quindici anni, e dalla stessa giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 327/2008 che dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 434 c.p. sollevata, appunto, in riferimento all'art. 25 co. 2 Cost., che cosa debba intendersi per 'altro disastro' è rimasto più che mai discusso e discutibile, a fronte di un orientamento pretorio (avallato a più riprese dalla Cassazione, da ultimo nella sentenza che ha chiuso il processo Eternit) che considera integrato un tale evento in presenza *non solo* di un evento *distruttivo* (e 'violento') dalle puntuali coordinate spazio-temporali, a suo volta produttivo di pericolo per la vita o l'incolumità di una pluralità indeterminata di persone (come nel caso paradigmatico dello *scoppio* di un impianto industriale); *ma anche* di *processi prolungati nel tempo* (a volte dipanantisi nell'arco di decenni) di *dispersione di sostanze tossiche nell'ambiente*, a loro volta produttivi di pericolo per la vita o l'incolumità delle persone. Una simile nozione – oggi probabilmente riconducibile, almeno nelle intenzioni del legislatore, alla nuova figura del 'disastro ambientale' di cui all'art. 452 *quater* c.p., alla cui formulazione gravemente carente sotto il profilo della precisione ho però già avuto modo di accennare – lascia totalmente senza risposta l'interrogativo, cruciale, relativo alle *caratteristiche minime* che tale dispersione di sostanze tossiche debba assumere, per poter essere considerata, appunto, come 'disastro'. Con

---

and could reasonably be foreseen' (see S.W. v. the United Kingdom, *cited above, § 36, and* Streletz, Kessler and Krenz v. Germany *[GC])*".

[74] Per tutte queste categorie, cfr. KOCH, RÜSSMANN, *Juristische Bergründungslehre*, 1982, p. 192 ss.

la conseguenza che la norma incriminatrice – con tutto il suo grave carico sanzionatorio – rischia di essere applicata a *qualsiasi fenomeno di inquinamento ambientale*, che comporta per sua natura la dispersione di sostanze tossiche e – quindi – in misura maggiore o minore pericolose per la salute umana.

A problemi ancora maggiori si espone la fattispecie – ancora poco studiata dalla dottrina, ma assistita da un crescente successo nella prassi applicativa, quanto meno nelle strategie delle pubbliche accuse – di cui all'art. 439 c.p., che incrimina l''avvelenamento' di acque o sostanze alimentari, prevedendo un quadro edittale identico a quello apprestato per la strage (art. 422 c.p.): reclusione da quindici a ventiquattro anni, con competenza per materia della corte d'assise, nell'ipotesi in cui non si verifichino eventi letali in conseguenza del fatto. Varie procure hanno contestato, negli ultimi anni, questo gravissimo delitto a manager di aziende e amministratori di società asseritamente responsabili di inquinamenti storici delle acque sotterranee o del sottosuolo (con conseguente processo di percolazione delle sostanze inquinanti nelle acque di falda), assumendo che tali inquinamenti fossero stati effettuati nel corso degli anni con la consapevolezza del carattere tossico (e dunque pericoloso per la salute umana) delle sostanze così disperse nell'ambiente. L'esito di questi processi – destinati a durare anni, e a impiegare enormi risorse finanziarie a carico dell'erario pubblico – è sempre però sin dall'inizio fortemente incerto, in relazione alla congenita imprecisione del concetto chiave di 'avvelenamento', che appare sprovvisto di qualsiasi connotato quantitativo e qualitativo in grado di consentirne una razionale (e ragionevole) distinzione – in particolare – rispetto al concetto contiguo di 'adulterazione', che darebbe luogo invece alla assai meno grave incriminazione di cui all'art. 440 c.p. Una tale incertezza nell'ambito applicativo di una norma incriminatrice dalle conseguenze così dirompenti non è in alcun modo 'sanata' dalla sua interpretazione ad opera della giurisprudenza, che è stata sinora del tutto incapace di fornire indicazioni univoche alla prassi applicativa, e in primo luogo agli organi della pubblica accusa: in ciò favorita dalla intrinseca vaghezza di un concetto – quello di 'veleno' – utilizzato ormai nel linguaggio comune come sinonimo di sostanza 'tossica' o comunque, genericamente, 'nociva' per la salute umana, senza alcuna precisazione circa la natura del danno temuto, né sulle dosi minime che si dovrebbero assumere perché ci si possano attendere eventi avversi alla salute umana.

In casi siffatti, il rimedio contro l'imprecisione della *norma* destinata ad essere applicata nel processo penale – e dunque contro l'*imprevedibilità della decisione giudiziale*, che ne è la conseguenza – non può che essere quello della dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione legislativa di riferimento: la quale, anche se letta attraverso le lenti del 'diritto vivente', non risulta idonea a indicare ai consociati in modo sufficientemente chiaro i confini tra le condotte da essa abbracciate, e quelle che ne restano escluse.

Qui davvero occorrerebbe una maggiore dose di coraggio da parte dei nostri giudici delle leggi: i quali, trentacinque anni dopo la storica sentenza n. 96/1981 in materia di plagio, dovrebbero finalmente iniziare a far sul serio con il *nullum crimen* e i suoi corollari, se non per altro con l'obiettivo di evitare nuove condanne per violazione dell'art. 7 CEDU da parte del giudice europeo. La dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme la cui congenita imprecisione non sia stata sanata (e/o addirittura non sia strutturalmente sanabile) attraverso l'opera concretizzatrice della giurisprudenza porrebbe, finalmente, il legislatore di fronte alla responsabilità di scelte chiare sul piano politico-criminale: scelte magari difficili, ma trasparenti e – appunto – chiare, sollevando così la giurisprudenza dallo scomodo compito di procedere a

tentoni nel tentativo di recuperare, *ex post*, confini precisi a precetti irrimediabilmente vaghi.

7. Una nota conclusiva.

Le tesi di fondo espresse in questo contributo, ne sono certo, non mancheranno di irritare quella parte della dottrina penalistica italiana che più è legata all'idea della sacralità della riserva di legge in materia penale, nell'accezione tradizionale che attribuisce al solo potere legislativo il compito di definire ciò che è reato e ciò che non lo è. Tutta la trama dell'argomentazione qui sviluppata muove invece, *a)* sul piano *descrittivo*, dalla *presa d'atto* del ruolo *con-formativo* del precetto penale svolto dalla giurisprudenza, intesa come insieme dei *precedenti* (e delle regole di giudizio ad esse sottesi); e *b)*, sul piano *critico-valutativo*, dalla prospettiva della piena *legittimità* di tale ruolo, al metro degli stessi principi di garanzia che presiedono alla materia penale.

Sono, d'altra parte, fermamente convinto che si tratti di una strada obbligata. Riconoscere apertamente tale ruolo alla giurisprudenza – in termini istituzionali, al *potere giudiziario* – significa anche attribuire alla giurisprudenza stessa una chiara *responsabilità*: quella, cioè, non solo di produrre regole di giudizio *compatibili con la legge* (che resta fonte primaria, al cui metro deve sempre poter essere falsificato il diritto di produzione giurisprudenziale); ma anche di produrre regole *rispondenti a standard minimi di qualità*, in termini di *chiarezza* e *riconoscibilità per i loro destinatari*, sì da fornire guida sicura ai giudici nelle loro future decisioni, e da costituire criterio altrettanto sicuro per orientare le scelte di azione dei consociati; e assieme di assicurare, attraverso il riconoscimento già *de lege lata* della tendenziale vincolatività dei precedenti della Cassazione, la *prevedibilità e stabilità dell'applicazione del diritto* nell'intero ordinamento.

La prospettiva che anima questo contributo non è, allora, quella di un abbassamento degli standard di garanzia, rispetto a quanto di solito insegnato nei manuali; bensì, proprio all'opposto, quella di un *innalzamento* di tali standard, attraverso il coinvolgimento e la responsabilizzazione diretta del potere giudiziario nell'attuazione di principi cruciali per un ordinamento giuridico che voglia fare sul serio con la tutela dei diritti umani. Se la prevedibilità della decisione giudiziale è un valore – funzionale alla tutela dell'intero fascio di diritti e principi, costituzionali e convenzionali, che ho continuamente richiamato nel corso questo lavoro –, allora è del tutto consequenziale che *tutti* gli attori istituzionali dell'ordinamento si debbano far carico della difesa e della promozione di tale valore: a cominciare per l'appunto dai giudici comuni, di legittimità e di merito, sui quali incombe in definitiva la maggiore responsabilità nell'assicurare, nella pratica, che il diritto penale abbia contorni certi e, pertanto, ragionevolmente prevedibili da parte dei suoi destinatari.