

LEGALITA' FRA *LAW IN THE BOOKS* E *LAW IN ACTION* (*)

di Francesco Palazzo

SOMMARIO: 1. Due considerazioni preliminari. – 2. I tradimenti legislativi della legalità. – 3. La nozione debole delle legalità fatta propria dalla Corte costituzionale. – 4. Verso la legalità effettuale o *in action*. – 5. Nuove regole interpretative? – 6. La legalità come certezza soggettiva e l'errore sul precetto. – 7. La legalità come certezza oggettiva e i possibili rimedi all'incertezza. – 8. *Segue*. Il valore vincolante del precedente.

1. Il titolo di questa relazione sembra suggerire l'idea di una distinzione, se non di una divaricazione o contrapposizione, tra la legalità *in the books* e la legalità *in action*, tra la legalità come viene ancora oggi delineata e insegnata nei manuali e quella che si vive nella quotidiana vita del diritto. Ed è del tutto probabile che la frequente constatazione della "crisi" della legalità faccia riferimento alla legalità *in action*, poiché – a differenza ad esempio di quanto avviene in Germania – in Italia non è dato riscontrare nella manualistica corrente nessun cedimento verso la legalità, ma semmai una crescente consapevolezza delle sue difficoltà e uno sforzo per porvi in qualche modo rimedio.

Detto in parole povere, la contrapposizione tra legalità *in the books* e legalità *in action* esprime la chiara idea che a niente varrebbe disporre di leggi anche le più perfette, se poi giudici rissosi, narcisisti e irresponsabili, di quelle leggi facessero strame. Dunque, si potrebbe anche parlare di una "legalità della legge" e di una "legalità dell'esperienza giuridica" o "effettuale". Pare, dunque, chiaro che l'orizzonte problematico in cui quella contrapposizione ci colloca è prevalentemente quello tanto antico quanto attuale del rapporto tra legge e giudice, e di una sua ritenuta degenerazione che non può non chiamare in causa anche la responsabilità della magistratura.

Tuttavia, non è possibile mettere totalmente tra parentesi due considerazioni che contribuiscono a definire più compiutamente le coordinate del nostro tema. In primo luogo, è del tutto scontata una sfasatura tra l'enunciazione astratta o teorica di un principio (*in the books*) e la sua concretizzazione nell'esperienza concreta (*in action*). Infatti, tutti i principi, proprio in quanto tali per il fatto di essere appunto *principi*, presentano una sorta di "eccedenza assiologia" che fa sì che la loro attuazione rimanga sempre indietro e sia ridotta rispetto alla loro potenziale capacità espansiva. In secondo luogo, e soprattutto, va tenuto presente che la legalità "effettuale" è il risultato non solo di come in concreto i giudici comuni maneggiano le leggi, del rapporto insomma che essi instaurano culturalmente e operativamente con la legge. E' anche il risultato dell'idea che della legge hanno gli organi chiamati a presidiare la garanzia della legalità e,

* Il presente contributo riproduce il testo della relazione svolta al Convegno organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Parma, nei giorni 9-10 ottobre 2015, sul tema "Cassazione e legalità penale".

dunque, della fisionomia che alla legalità imprimono la Corte costituzionale e le Corti europee, in particolare quella di Strasburgo.

2. I tradimenti della legalità che si sono consumati in Italia, e che contribuiscono alla crescente divaricazione tra legalità *in the books* e legalità *in action*, non sono tutti attribuibili alla disinvoltura dei giudici comuni. La legalità è stata tradita innanzitutto dal legislatore e poi, in parte, anche dalla Corte costituzionale.

Il legislatore ha tradito la legalità prima di tutto dimenticando qualunque cura per il decoro anche solo esteriore della formulazione legislativa. E ogni esemplificazione sarebbe qui superflua. Ma il legislatore ha tradito poi più profondamente la legalità quando ha cominciato a perdere il senso più profondo della determinatezza della legge penale, specialmente incriminatrice: come è ormai acquisito, la determinatezza della legge non si realizza solo e tanto sul piano della formulazione puramente linguistica del precetto, bensì anche e soprattutto nella capacità di delineare correttamente i *tipi criminosi*. Ebbene, la tecnica legislativa ormai generalmente invalsa non sembra più in grado neppure di tentare di delineare tipi criminosi, poiché trascorre egualmente tra i due estremi entrambi contrari alla individuazione del “tipo”: o ci si accontenta di formule onnicomprensive, incapaci di afferrare concettualmente ed esprimere non solo il c.d. “alone marginale” del significato semantico ma anche il suo “nucleo centrale”; oppure si indulge, al contrario, in una casistica esasperata cercando così di inseguire l’ultimo eclatante episodio criminoso di risonanza mediatica. E, se è sicuramente indeterminata – prima *in the books* e poi *in action* – la formulazione vaga e onnicomprensiva del precetto, anche i tipi troppo frammentati e troppo “angolosi” sono un sicuro fomite di indeterminatezza – almeno *in action* – in quanto fatalmente spingono il giudice verso operazioni interpretative di “arrotondamento” del tipo. Un buon campionario di queste incongrue tecniche di spezzettamento del tipo si ha ad esempio nelle ultime leggi securitarie, ove le pene mutano a seconda dell’ora e dei luoghi in cui il fatto viene commesso.

Il guaio è che questo tradimento della legalità della legge non sempre è dovuto solo a insipienza o trascuratezza del legislatore. Non mancano casi in cui esso risulta consapevole e voluto o quantomeno accettato, rivelando così una evidente caduta di sensibilità nei confronti della legalità della legge e ponendo pertanto le premesse per una conseguente flessione della legalità effettuale. Se, ad esempio, si leggono i lavori preparatori di una riforma così delicata come quella delle false comunicazioni sociali, a proposito dell’ancor più delicata questione del “falso valutativo” e delle incertezze suscitate dalle formula proposta e poi approvata, si legge testualmente quanto segue: «sarà la nostra Corte di cassazione a dover valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all’interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti». Esempio plateale di una incondizionata rinuncia all’esercizio dell’*ars legiferandi*.

E si può incidentalmente notare in proposito come questo regresso dell’*ars legiferandi* sia molto probabilmente una delle cause che hanno spinto tutti, Corte costituzionale, Corti europee e dottrina, a intensificare il proprio interesse per l’*ars*

interpretandi alla ricerca di una sorta di necessario surrogato capace di consentire un recupero proprio di quella legalità effettuale che si vuole così tanto compromessa.

3. Ma non è solo il legislatore che tradisce la legalità della legge, la legalità *in the books*. Anche la Corte costituzionale ha contribuito all'impoverimento di questa legalità rispetto alla potenziale capacità espansiva del principio, come era stata individuata specialmente dalla dottrina del costituzionalismo penale. E non c'è dubbio che un cedimento su questo fronte si ripercuote poi anche su quello della legalità *in action*. Sarebbe lungo elencare tutte le traiettorie lungo le quali si è venuta affermando questa nozione debole della legalità; e forse sarebbe anche un fuor d'opera rispetto agli intendimenti di questo scritto. Ci limiteremo perciò ad un rapidissimo *excursus*.

Notissima è la ritrosia della Corte a dichiarare l'incostituzionalità delle norme penali per insufficiente loro determinatezza. Così come è altrettanto nota l'avvenuta "relativizzazione" della riserva di legge rispetto al ruolo delle fonti secondarie. Altrettanto granitica è la giurisprudenza costituzionale sulla natura della riserva di cui all'art. 25.2 Cost. come riserva di *fonte* e non di *forma* legislativa, con conseguente libero accesso alla decretazione d'urgenza e alla delegazione legislativa anche in materia penale. E' bensì vero che la famosa e meritoria sentenza n. 32/2014 (sulla disciplina degli stupefacenti e sulla equiparazione tra droghe pesanti e droghe leggere) contiene l'importante affermazione che determinate materie di particolare rilevanza sociale non dovrebbero essere sottratte alla discussione dell'aula parlamentare, ma sembra trattarsi essenzialmente di un *obiter dictum* e comunque più di un monito, se non di un auspicio, che di un criterio di valutazione della legittimità della legge. Così com'è senz'altro vero che la Corte, negli ultimi anni, ha reso più penetrante il suo controllo sull'esistenza stessa del potere legiferante in capo al governo e allo stesso parlamento, ma si tratta di un interessante filone giurisprudenziale che non riguarda specificamente la materia penale e che, dunque, non intacca per nulla la consolidata idea di una riserva solo di fonte legislativa nella nostra materia.

Un discorso a parte meriterebbe poi la tendenza della Corte ad ampliare gli spazi di ammissibilità delle questioni *in malam partem*, anche se a noi sembra che almeno finora non vi siano motivi di grande tensione con la riserva di legge. E' comunque indubbio che dalle questioni concernenti le norme favorevoli implicanti un vero e proprio privilegio (certe cause personali di non punibilità) si sia passati a quelle relative a norme speciali che irragionevolmente differenziano più favorevolmente una disciplina generale, per arrivare poi alle ipotesi di inadempimento sopravvenuto, mediante successiva legge abrogativa o più favorevole, di obblighi internazionali di tutela penale. E non c'è dubbio che quest'ultima eventualità si pone agli estremi margini di quanto consentito dalla riserva di legge. Ma, a nostro avviso, la problematicità di questa ipotesi nasce non tanto da una presunta inconcepibilità degli obblighi di penalizzazione e del relativo controllo di costituzionalità, quanto piuttosto dal fatto che – almeno di regola – l'adempimento di tali obblighi presenta solitamente un margine di discrezionalità legislativa di fronte al quale la Corte dovrebbe ritrarsi, salvi i casi estremi.

4. A fronte di questo cedimento della legalità della legge vi è stato uno spostamento d'accento verso la legalità effettuale, sulla quale si è concentrata l'attenzione delle Corti e della scienza penale: nel tentativo di recuperare qua ciò che si perdeva là. Sennonché si è profilato uno strano pericolo, poiché il rafforzamento teorico e pratico della legalità effettuale sembra poter andare in cortocircuito con la legalità della legge, invece di porsi con quest'ultima in rapporto sinergico.

Si può riassumere in due punti essenziali il fenomeno dello spostamento d'accento dalla legalità della legge alla legalità effettuale.

In primo luogo, l'eterno problema della determinatezza della legge penale, condizione fondamentale della auspicata legalità *in action*, ha mutato per così dire collocazione concettuale, avendo ormai definitivamente abbandonato il piano *linguistico* della parola legislativa per installarsi su quello dell'*interpretazione* da parte del giudice. Ed in questo senso molto si è adoperata la nostra Corte costituzionale. E' probabile che questo mutamento del piano concettuale della determinatezza sia dovuto non solo ad un progressivo affinamento delle conoscenze teoriche sul linguaggio e all'irrompere delle teorie ermeneutiche, ma anche alla crescente consapevolezza – almeno nelle riflessioni più avvertite e meno aprioristiche – della scarsa "giustiziabilità" pratica del principio di determinatezza.

In secondo luogo, l'asse portante del principio di legalità si è spostato dall'esigenza *politica* del contenimento del potere del giudice e dell'esaltazione del ruolo monopolistico della fonte legislativa, all'esigenza *universale* di conoscibilità del precetto e di prevedibilità delle conseguenze della violazione in funzione del diritto fondamentale alla autodeterminazione della persona. E in questo senso molto si è adoperata la Corte di Strasburgo.

Su questo punto ci sarebbe molto da riflettere e da dire: con una sintesi espressiva, si potrebbe dire che stiamo assistendo a un movimento evolutivo che va *dalla democrazia verso i diritti fondamentali*. Un movimento, questo, che trae alimento dal crescente e tormentato disincanto nei confronti del "mito" della democrazia parlamentare-rappresentativa, messa a dura prova dalla società globalizzata e massmediatica. Così che si ricerca la salvaguardia della persona direttamente nell'affermazione dei diritti, saltando la mediazione costituita dalla (ormai inadeguata) mediazione della legge democratica. Fenomeno di straordinaria portata, che esige grande sorveglianza e cautela culturale e storica. Degne di riflessione sono al riguardo le parole di un costituzionalista che certo non può essere sospettato di conservatorismo o antistoricismo (M. Dogliani): «Benvenuta l'"età dei diritti". Ma la questione del limite – e dunque del riconoscimento della rappresentanza democratica come insostituibile strumento che costituisce un potere, o meglio una *auctoritas*, cui tutti si sottopongono in nome di un presente tollerabile e di un futuro migliore – è ineludibile, pena il caos o la dittatura».

In queste poche ma efficaci parole è racchiusa l'idea di un'apertura all'"età dei diritti" – e, dunque, diremmo noi in termini penalistici alla legalità effettuale concretantesi nel diritto fondamentale alla conoscibilità della legge – che deve però conciliarsi con l'esistenza di un "potere" capace di regolare in modo riconosciuto e

consensuale i reciproci limiti tra i diritti – e, dunque, diremmo noi in termini penalistici, conciliarsi con l'esigenza di una legalità della legge –.

In definitiva, una volta realizzatosi questo spostamento d'accento a favore della legalità effettuale, il problema teorico e pratico che ci deve occupare è quello di trovare gli strumenti più adeguati a far sì che in concreto, nell'esperienza giuridica appunto, la "nuova" legalità possa realizzarsi *in action* senza entrare in conflitto o in cortocircuito con la più tradizionale legalità della legge. In grande sintesi, diremmo che gli strumenti fondamentali per raggiungere tale scopo possono essere di tre ordini diversi. Essi si pongono in un diverso grado di tensione con la "vecchia" legalità della legge.

5. Il primo ordine di strumenti cui pensare per realizzare un più intenso grado di legalità effettuale, senza peraltro mettere in discussione la legalità della legge, è costituito da più stringenti *regole interpretative*, capaci cioè di supplire alla sempre lamentata incapacità della legge di presentarsi con adeguata determinatezza. E', del resto, questo l'ordine di strumenti cui allude la stessa Corte costituzionale quando – come s'è già detto – sposta il piano della legalità-determinatezza da quello linguistico-testuale a quello interpretativo. Sennonché, la Corte si limita in genere a salvare la norma dalla censura di indeterminatezza quando ne constati e ne affermi la sua "interpretabilità", salvo procedere essa stessa a fornire l'interpretazione tassativizzante (come è avvenuto, ad esempio, nelle sentenze sul disastro innominato o sullo *stalking*), ovvero rimettere questo compito ai giudici comuni. Se, dunque, dalla Corte giunge questo monito ad usare l'interpretazione come strumento per realizzare *in action* la determinatezza della norma, è lecito e doveroso chiedersi se sia possibile immaginare delle regole interpretative che possano rendere più concretamente e univocamente attuabile quel monito. Lo scenario che si apre è ovviamente complesso, ma si possono esemplificativamente tracciare tre possibili soluzioni, anche se non tutte egualmente praticabili.

Si potrebbe immaginare, in primo luogo, una regola che, in presenza di più opzioni interpretative tutte linguisticamente plausibili, imponga di adottare la soluzione più favorevole al reo. In secondo luogo, si può pensare di imporre, tra le varie opzioni possibili, quella implicante il maggior grado di determinatezza concettuale e, soprattutto, la più sicura verificabilità processuale della fattispecie. In terzo luogo, si può ritenere plausibile che, anche in presenza di una norma dal contenuto non facilmente individuabile in sé e per sé (e quindi largamente sospetta di indeterminatezza, quantomeno linguistica), la Cassazione sia autorizzata a individuare un significato – seppure linguisticamente non cogente – desumibile però in modo sufficientemente chiaro da univoci elementi del sistema.

La prima ipotetica regola, sebbene patrocinata da qualche estremismo dottrinale e talvolta equivocamente affiorante in quelle proposizioni che sottolineano l'obbligo di interpretazione restrittiva piuttosto che il divieto d'analogia, non ci parrebbe praticabile. E in effetti non trova riscontro nella pratica giurisprudenziale. Una consimile regola ignora la natura propria del linguaggio di struttura intrinsecamente *aperta*; e finisce con

l'opporre la struttura giuridica e quella del linguaggio, le quali sono invece coerenti nel difficile compito di cercare di "dominare" la realtà.

La seconda regola è quella ad esempio seguita dalla Cassazione nella sua sentenza a Sezioni unite sul criterio distintivo tra concussione e induzione indebita (anche se poi quell'esito interpretativo è stato ridimensionato dalla stessa sentenza e da altre successive) (Cass. S.U. 24 ottobre 2013, n. 12228/14, Maldera). A ben vedere, si tratta di una regola del tutto plausibile e anzi doverosa, in quanto riconducibile all'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione; conforme più precisamente proprio al principio di determinatezza, inteso ovviamente nella sua proiezione verso il giudice (legalità effettuale). Dunque, nessuna difficoltà all'utilizzazione di una siffatta regola, se non quelle derivanti dal fatto che – trattandosi di un canone interpretativo che si pone come uno tra gli altri canoni che possono intervenire – potrebbe in concreto sorgere un problema di temperamento e bilanciamento tra canoni diversi. Insomma, il risultato interpretativo derivante dalla regola tassativizzante potrebbe non coincidere con quello derivante dal canone sistematico o funzionale, ad esempio. E' possibile affermare l'incondizionata prevalenza del canone costituzionale solo perché tale, anche a scapito di tutti gli altri? Oppure si pone l'esigenza di un'utilizzazione complessiva dei vari canoni e di una loro finale ponderazione alla stregua del risultato interpretativo da valutare in relazione a criteri contenutistico-funzionali piuttosto che unicamente formali? Si direbbe che il problema sia del tutto aperto e che nella prassi la giurisprudenza resista a farsi ingabbiare in rigide gerarchie di regole e canoni interpretativi non espressamente previsti dalla legge.

La terza ipotetica regola potrebbe essere quella fatta propria dalle Sezioni unite della Cassazione che hanno introdotto una quantificazione numerica dell'elemento indeterminato dell'"ingente quantità" di stupefacenti quale aggravante dei reati in materia di droga (Cass. S.U. 24 maggio-20 settembre 2012, n. 36258, Biondi). Qui siamo proprio ai limiti della compatibilità tra legalità effettuale (così ottenuta) e legalità della legge (la cui insufficienza viene implicitamente certificata dalla Cassazione senza però sollevare la questione di costituzionalità). Dato atto di ciò, saremmo propensi a ritenere plausibile e legittima la tipologia di regola interpretativa cui si è ispirata la Cassazione, alla condizione – s'intende – che gli indici sistematici alla base della soluzione tassativizzante siano sufficientemente univoci e non antitetici con gli scopi di disciplina perseguiti dal legislatore con una norma consapevolmente e volutamente indeterminata. A queste condizioni l'interpretazione si rivela tale da privilegiare indubbiamente la legalità effettuale ma senza entrare in collisione – anzi – con la legalità della legge. Certo è che una siffatta soluzione, a ben vedere la sostanza delle cose, s'ispira ad una fortemente avvertita esigenza di certezza, lasciando invece nell'ombra quella della riserva di legge. Ma una visione realistica delle cose, oltre che consapevole dell'evoluzione storica della legalità di cui s'è detto, rende accettabile questa soluzione pur estrema e "al limite". Una soluzione diversa, di tipo "legislativo", sarebbe stata infatti improbabile e comunque dubbia nei suoi risultati, con la conseguenza che si sarebbe perpetuata invece l'incertezza.

Sia notato conclusivamente e tra parentesi che lo sforzo di potenziare la legalità effettuale mediante più stringenti regole interpretative viene a scontrarsi con l'ormai

consolidato obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Una regola interpretativa, quest'ultima, carica invero di incertezze a cominciare dall'individuazione delle norme interne soggette alla "conformità" europea e delle norme euro unitarie operanti come parametri di quella conformità.

6. La certezza, e la sua sempre più avvertita esigenza, ispira anche gli altri due ordini di strumenti orientati alla realizzazione della legalità effettuale o *in action*, la quale in effetti è del tutto intrisa di questo valore di stampo universalistico. E ciò proprio perché la "nuova" legalità vive in quella dimensione di effettività applicativa delle norme in cui si manifesta con più urgenza il bisogno di certezza e senza dubbio con più urgenza rispetto alla garanzia di democraticità sottesa alla riserva di legge.

Ora, la certezza può essere intesa in senso prevalentemente *soggettivo*, come effettiva possibilità di conoscenza del precetto quale condizione di autodeterminazione del soggetto agente; ovvero in senso prevalentemente *oggettivo*, come carattere dell'ordinamento pregiudicato da situazioni di confusione normativa indotta tanto dal dettato legislativo quanto anche dall'applicazione giurisprudenziale.

La certezza *soggettiva* trova il suo strumento operativo nell'istituto dell'errore sul precetto e il suo fondamento dogmatico nella colpevolezza modernamente intesa. Una più larga utilizzazione da parte della giurisprudenza dell'errore sul precetto come causa di esclusione della colpevolezza innalzerebbe senz'altro il livello di tutela della certezza *soggettiva*; e si tratterebbe anche di uno strumento relativamente "a buon mercato", per così dire, sia perché ormai conosciuto in tutti gli ordinamenti sia perché supplirebbe alle deficienze della legalità effettuale senza però creare cortocircuiti con la legalità della legge. Certo, se i giudici praticassero su larga scala la via dell'inescusabilità dell'*error iuris*, il legislatore vedrebbe le proprie norme più indeterminate a forte rischio di ineffettività, ma soprattutto il principio di legalità subirebbe un processo di giurisdizionalizzazione. E' vero, inoltre, che il legislatore sarebbe in un certo senso esonerato dall'obbligo costituzionale di determinatezza, ma quest'ultimo sarebbe trasformato in un onere sul cui adempimento il giudice comune finirebbe per avere l'ultima parola in un giudizio però sempre circoscritto al fatto concreto.

Nonostante questi profili problematici dell'errore sul precetto, non sarebbe male se esso riuscisse a penetrare con maggiore larghezza nella prassi applicativa, almeno per quanto riguarda la soluzione di situazioni simili a quella recentemente decisa dalla nota sentenza *Contrada* della Corte di Strasburgo (*arrêt* 14 aprile 2015). Invero, ammesso e non concesso che il reato di "concorso esterno" in associazione mafiosa sia di creazione giurisprudenziale e che, soprattutto, in un certo periodo la sua applicazione fosse contrassegnata da insopportabile incertezza, quale potrebbe essere la via per "rimediare" in futuro ad eventuali situazioni consimili? Certo, non è agevole pensare a dichiarazioni di incostituzionalità. O, rimanendo nella logica della determinatezza *legale*, si ipotizza l'incostituzionalità della disposizione la cui formulazione ha consentito l'incertezza applicativa, cioè – nel caso specifico – dell'art. 110 c.p., ma allora si tornerebbe a quei rigorosi parametri elaborati dalla Corte e secondo i quali la censura di incostituzionalità presuppone addirittura la "non-interpretabilità" della disposizione.

Oppure si profila l'incostituzionalità del *diritto vivente* in quanto però incerto e indeterminato: strada impervia che sarebbe praticabile solo se la Corte se la sentisse di sostituire alle contraddittorie soluzioni interpretative della giurisprudenza una sua propria; senza contare che la contraddittorietà di una certa situazione interpretativa potrebbe essere temporanea e preludere a una successiva consolidazione interpretativa capace di conferire determinatezza applicativa ad una norma vaga, secondo il ricorrente auspicio formulato dalla Corte.

Insomma, e per concludere sul punto, nel ginepraio dei problemi sollevati dagli strumenti diretti a risolvere con efficacia *erga omnes* una situazione di incertezza applicativa, l'errore sul precetto rimane – pur con tutti i suoi limiti – lo strumento tecnico più “a buon mercato”.

7. Se si guardano le cose non più dall'angolo visuale interno, dell'ordinamento italiano incardinato più sulla legalità della legge che su quella effettuale, ma dall'angolo visuale dell'ordinamento europeo incardinato più sulla legalità dell'esperienza giuridica, è facile comprendere come la soluzione dell'errore sul precetto possa apparire inappagante. La prospettiva europea convenzionale sembra essere particolarmente sensibile all'idea e all'esigenza di una certezza concepita in senso *oggettivo*, come requisito proprio di validità di una determinata norma: intesa, quest'ultima, appunto nel suo significato di contenuto normativo risultante dalla combinazione di un testo e della sua interpretazione-applicazione. Ma se questa è l'idea, indubbiamente forte, della legalità effettuale fatta propria dalla CEDU, quali possono essere gli strumenti – necessariamente anche interni – per tradurre in atto, davvero *in action*, questa idea?

La situazione di incertezza interpretativa di una determinata norma è sufficiente alla Corte di Strasburgo per ritenere violata la legalità (effettuale e “convenzionale”) e per trarne le conseguenze che sono caratteristiche dei suoi poteri di intervento, cioè la condanna dello Stato che ha applicato una tale norma in un caso specifico. Sono sostanzialmente queste le linee lungo le quali si è mossa la Corte, ad esempio, nelle sentenze *Contrada c. Italia* e *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo* (*arrêt* 30 luglio 2015). Ma, dal punto di vista interno, lo Stato italiano dovrebbe necessariamente mettere in opera dei meccanismi per “aggredire” in modo generalizzato quella norma legale proprio in quanto affetta da incertezza applicativa.

Il pensiero corre immediatamente ad una possibile dichiarazione di incostituzionalità della norma legislativa in ragione dei contenuti indeterminati assunti nella prassi applicativa (il diritto vivente). Ma già abbiamo visto che si tratterebbe di una strada forse non impossibile ma certo molto difficile, lungo la quale la Corte costituzionale sarebbe trascinata a entrare in tensione con la Corte di cassazione quale supremo organo di nomofilachia. Si consideri, tra l'altro, che le sorti delle norme legislative, anche di quelle in sé più determinate, sarebbero rimesse nelle mani della giurisprudenza: l'insorgenza di contrasti giurisprudenziali ingiustificati dalla formulazione della norma sarebbe infatti sufficiente per mettere in forse la sua sopravvivenza. E, comunque, l'esigenza di non creare vuoti legislativi spingerebbe probabilmente la Corte costituzionale a dirimere lei stessa il contrasto interpretativo

proponendo la soluzione ermeneutica (a suo avviso) più corretta, scelta tra più soluzioni interpretative tutte però costituzionalmente legittime: si realizzerebbe così una vera e propria espropriazione dei poteri propri della Corte di cassazione.

Un'altra via sembra intravedersi nella trama argomentativa della sentenza *Contrada*. In fondo, muovendo dall'implicita premessa che lo stato d'incertezza interpretativa in qualche modo *inficia la validità* della norma legislativa, una sua applicazione a fatti commessi durante lo stato di incertezza finirebbe per essere sostanzialmente equiparabile ad un'applicazione sfavorevole retroattiva: e ciò in quanto diretta a sanzionare fatti che, al momento della loro commissione, non erano coperti da una disciplina "valida". Seguendo quest'ordine d'idee si entrerebbe nel problematico campo della trasposizione dei principi di garanzia, in particolare di quelli sulla validità nel tempo della legge penale, al diritto giurisprudenziale. Attualmente, come noto, la nostra Corte costituzionale ha opposto un forte argine al riguardo, ritenendo che il passaggio da una legalità della legge (o interna) ad una legalità anche effettuale (o convenzionale) sia impedito dallo stesso assetto costituzionale del nostro Stato (così la famosa sentenza n. 230/2012). Ma, se il cortocircuito con la legalità interna è già evidente nel caso di *mutamento* giurisprudenziale che da una determinata soluzione passi ad altra diversa, ancora più complessa sarebbe la questione rispetto all'ipotesi di uno stato di incertezza interpretativa cui si voglia porre rimedio rendendo la norma che lo ha prodotto inapplicabile mediante il ricorso al secondo comma dell'art. 2 c.p. In effetti, il giudice constatando lo stato di incertezza applicativa, dovrebbe bloccare la protrazione non applicando al caso concreto la norma incriminata in quanto sostanzialmente retroattiva. A ben vedere, saremmo ai limiti del "fantadiritto". E ciò non tanto per la necessità di disporre di un nuovo articolo 2 c.p. in tal modo congegnato, ma perché questo ipotetico strumento si rivelerebbe peggiore del male: nato per rimediare all'incertezza applicativa di norme legislative, in realtà aggiungerebbe incertezza a incertezza. Infatti, quale dovrebbe essere lo stato d'incertezza originario tale da inficiare l'efficacia della norma legislativa? Quanti dovrebbero essere i precedenti contrari perché si possa dire esistente un contrasto? E i contrasti, per essere tali, dovrebbero essere perfettamente "in termini" o sarebbero sufficienti divergenze di impostazione interpretativa? Dovrebbe trattarsi di un contrasto già protratto nel tempo o sarebbe sufficiente un contrasto allo stato nascente? Insomma, non solo l'efficacia delle norme, e il potere della loro abrogazione, sarebbero consegnati nelle mani del giudice, ma l'esercizio di questo potere muoverebbe da presupposti assolutamente incerti. Senza contare, infine, il serio problema di eguaglianza di trattamento che un tale meccanismo creerebbe. Ed invero, i fatti commessi prima dell'insorgenza dello stato d'incertezza applicativa sarebbero regolarmente giudicati e puniti, mentre per quelli commessi durante la situazione d'incertezza scatterebbe lo sbarramento costituito dall'art. 2 c.p. Se occorresse differenziare tali ipotesi, più ragionevole sarebbe farlo attraverso lo strumento dell'errore sul precetto piuttosto che operare sulla base di una diversa efficacia di una norma che *legislativamente* continua ad esistere immodificata.

8. E' meglio prevenire che reprimere. Anche i contrasti e le incertezze giurisprudenziali, è meglio prevenirli che reprimerli: dove la "repressione" è rappresentata dall'ipotetico strumento di cui ora s'è detto del divieto di retroattività, mentre la "prevenzione" sarebbe operata mediante l'altrettanto ipotetico strumento del valore vincolante del precedente. Vincolare il giudice al precedente, a certe condizioni e a certi precedenti, contribuirebbe di certo ad assicurare un più alto tasso di certezza e a realizzare meglio la nuova legalità effettuale nella dimensione privilegiata dalla CEDU. Per la sua complessità, il tema qui non può che essere solamente sfiorato.

Certamente, è molto strano che – allo stato – il valore del precedente goda di un certo riconoscimento in diritto civile mentre in penale esso è sostanzialmente sconosciuto: le sezioni semplici della Cassazione civile che ritengano di doversi discostare dal precedente affermato dalle Sezioni unite, debbono infatti rimettere alle stesse Sezioni unite la decisione del ricorso. La logica sembrerebbe imporre almeno una equiparazione del valore del precedente nei due ambiti.

Dato atto di ciò, l'eventuale opzione a favore del valore vincolante del precedente dovrebbe essere molto attentamente soppesata in tutti i suoi sfaccettati profili ed implicazioni. Non è difficile comprendere che il valore del precedente assesterrebbe un ulteriore duro colpo alla legalità come riserva di legge, riconoscendo invece per così dire ufficialmente alla giurisprudenza il carattere di fonte del diritto. D'altronde, come abbiamo visto, questa è la tendenza storica lungo la quale si sta trasformando anche la legalità penale.

Tuttavia, il valore del precedente, oltre ad alimentare il cortocircuito tra legalità effettuale, che ne risulterebbe sicuramente potenziata, e legalità della legge, che ne risulterebbe sicuramente svilita, introduce qualche elemento di contraddizione all'interno della stessa legalità dell'esperienza giuridica comprensiva della dimensione giurisprudenziale del diritto. Infatti, quando si riconosce e in qualche modo si "formalizza" il protagonismo della giurisprudenza, nello stesso tempo il vincolo del precedente irrigidisce il processo autopoietico dell'esperienza giuridica deprimendo il vitalismo del formante giurisprudenziale. A fronte di un forte recupero di un valore indubbiamente oggi molto compromesso qual è la certezza, si potrebbero correre dei rischi non indifferenti nella misura in cui l'efficacia vincolante del precedente potrebbe contribuire non solo a bloccare processi interpretativi evolutivi, ma anche a veicolare la diffusione e il consolidamento di interpretazioni sbagliate o addirittura antilegali. Siffatti esiti interpretativi, infatti, potrebbero risultare dominanti sol perché abbiano avuto la ventura di... essere tempestivi.

In una visione di largo raggio, che abbia presenti le dinamiche più profonde e di lungo respiro del diritto, il valore vincolante del precedente potrebbe finire poi per emarginare il ruolo dell'avvocatura e della dottrina nel processo di formazione dell'esperienza giuridica, favorendo invece atteggiamenti pigri ed eccessivamente conformistici.

L'alternativa a questo rischio di immobilismo e rigidità dell'esperienza giuridica potrebbe essere proprio una caduta di quella certezza che pur s'intende privilegiare col valore vincolante del precedente. Molto si gioca sul terreno degli atteggiamenti culturali della magistratura. Un giudice che intendesse discostarsi dal precedente dovrebbe infatti

impegnarsi nell'individuare e valorizzare le specifiche differenze valoriali del caso da giudicare, onde poter affermare una soluzione interpretativa diversa. L'individualismo e la riottosità dei magistrati rischierebbe così di alimentare un fenomeno definibile come polverizzazione giurisprudenziale del tipo criminoso legale: distinzioni e suddistinzioni tipologiche sarebbero lo strumento necessario per aggirare un vincolo eventualmente sentito come eccessivo. Il pregiudizio per la certezza sarebbe in agguato.

Nel sistema attuale, il difficilissimo compito di delineare il *tipo criminoso* come sintesi descrittiva di un contenuto omogeneo di disvalore è affidata al legislatore; e indubbiamente non si può dire che egli eccella in questo fondamentale compito dell'*ars legiferandi*. Il giudice si muove certamente con grande, e talvolta eccessiva, libertà nella concretizzazione del tipo, avendo però sempre come riferimento pur labile quanto si vuole la descrizione legislativa. Una volta introdotto il valore vincolante del precedente, i tipi criminosi diventano "ufficialmente" quelli costruiti dalla giurisprudenza; ma l'insofferenza al vincolo può ingenerare la frammentazione artificiosa del tipo pur di affrancarsi dal precedente e nello stesso tempo va nell'ombra il tipo *legale* di riferimento. Ora, a noi pare che la *tipicità* rappresenti l'anima più profonda della legalità, in cui si esprime non solo una garanzia ma quasi la stessa cifra essenziale dello stesso precetto penale. Nella tipicità, inoltre, trovano finalmente una loro sintesi la legalità della legge e la legalità effettuale, in quanto il tipo è delineato – niente più che *delineato* – dalla legge, ma concretizzato al contatto col fatto dal giudice. Il miracolo del buon funzionamento del diritto penale sta in questo difficile equilibrio. Attribuire valore vincolante al precedente può recare un contributo di certezza limitando la libertà interpretativa e i contrasti giurisprudenziali, ma può anche alterare quell'equilibrio esasperando la polverizzazione del tipo criminoso fino a identificarlo nella sostanza con la miriade dei fatti concreti dinanzi ai quali il pubblico ministero prima e il giudice poi avvertano un'esigenza repressiva: e, una volta formatosi un precedente, la strada sarebbe sostanzialmente irreversibile.

Concludendo in termini generalissimi, diremmo che è un fatto ormai innegabile la distinzione tra una legalità *della legge* – certo in declino, se non recessiva – e una legalità *effettuale* – in crescente valorizzazione –. Così come un fatto è la necessità che l'ordinamento trovi in sé gli strumenti idonei ad assicurare al meglio la legalità effettuale. Però, i rapporti tra le due legalità non sono del tutto lineari: i rischi di cortocircuiti sono incombenti. La linea di marcia dovrebbe essere quella di puntare ad un equilibrio tra legalità della legge e legalità effettuale. Nello scontato immobilismo del legislatore, la guida non può che essere assunta necessariamente dalla Corte costituzionale, con l'altissimo impegno di evitare fratture coniugando tradizione ed evoluzione, caratteri e culture propri del *civil law* e del *common law*.