

IL CAOS PUNITIVO E LA NOMOFILACHIA: UNA MEDICINA O UN INUTILE ACCANIMENTO TERAPEUTICO?*

Il mio grande Maestro, Pietro Nuvolone, è giustamente passato alla Storia del diritto penale per aver teorizzato l'insieme della disciplina penalistica come un *Sistema*; vale a dire un insieme coordinato e razionale di disposizioni (e norme) che risponde alla ineludibile constatazione che "...pur nel fluire della storia e delle sue verità relative, vi sono dei punti di partenza logicamente irrinunciabili per la scienza del diritto penale" (così Egli si esprimeva nella Presentazione al manuale "Il Sistema del diritto penale").

E così, l'insieme di *costanti*, immanenti e irrinunciabili, e di *variabili*, contingenti e relative, della nostra disciplina, dà vita, nella scia del pensiero illuministico, ad un insieme organizzato e *razionale*: un vero e proprio *Sistema*.

Tale termine, in qualsivoglia dizionario o enciclopedia (cartacea o elettronica), viene definito in modo tale da evidenziarne la caratteristica di "insieme unitario di più elementi tra loro interagenti nella prospettiva di una finalità comune".

E la elaborazione scientifica del dopoguerra ha portato alla concezione di mettere in stretta correlazione, fra loro, una tale "finalità comune" (caratterizzante appunto il Sistema penale) con il rispetto e l'attuazione dei principi costituzionali.

In tale clima, dogmatico e culturale, si è creata, nella seconda metà del secolo scorso, la classe dei penalisti; e hanno trovato la massima valorizzazione i principi penalistici espressi dalla Costituzione e caratterizzanti il nostro Ordinamento giuridico: la legalità (incentrata sul primato della Legge); la personalità della responsabilità (costruita sulla libertà di autodeterminazione dell'individuo e sulla sua colpevolezza); il rapporto fra i poteri dello Stato; la soggezione del giudice alla legge; la funzione e le caratteristiche della pena.

Il delicato rapporto tra le costanti e le variabili del Sistema, ha poi consentito – in un tale contesto – che l'Ordinamento, e la sua applicazione, si adeguassero ai tempi e ai costumi, sempre nel rispetto dei principi fondanti.

* Il presente testo verrà pubblicato negli Scritti in onore della Prof. Anna Marzanati, Direttore del Dipartimento di Diritto per l'economia dell'Università degli Studi di Milano Bicocca.

Un tale quadro, però, è inutile nascondercelo, negli ultimi tempi è profondamente mutato.

Varie cause hanno agito in tal senso e sono state individuate come i principali fattori determinanti per il cambiamento: una forte deligitimazione del potere legislativo, con aperte manifestazioni autolesionistiche di abdicazione alle proprie prerogative; una presa di coscienza, da parte del potere giudiziario, della possibilità di interventi sostitutivi (e financo creativi) per attestarsi come vero e proprio “formante del diritto”; la sostituzione, nelle normative europee, della “riserva di legge” con la “riserva di diritto”.

Di qui la crisi della legalità; il ricorso rapsodico alla sanzione penale, talvolta in modo simbolico, altre volte vessatorio e iperpreventivo; l'enfatizzazione della distinzione tra disposizione e norma; taluni peculiari riconoscimenti delle regole europee come parametro interposto di legittimità costituzionale; la discrezionalità – di fatto – dell'azione penale; la supplenza della giurisprudenza; il “primato” del diritto vivente; il giudice di scopo... e l'elenco potrebbe continuare: del tutto inutilmente, però, essendo la situazione concreta sotto gli occhi di tutti gli operatori del diritto.

Come si sente spesso dire nei Convegni delle Camere penali, stiamo passando da un ordinamento giuridico costituzionale, a un coacervo di disposizioni coercitive volte al controllo sociale.

In pratica, si sta passando dal “Sistema penale” al “Caos punitivo”.

Che questo possa tranquillamente accadere nell'indifferenza dei più, senza che il cosiddetto “popolo sovrano” ne sia compiutamente informato e reso partecipe, è questione trasversale a tutte le principali tematiche della gestione dello Stato: dalla politica legislativa, alla politica giudiziaria, a quella economica.

Tali e tante sono le implicazioni e le conseguenze del “passaggio”, che pare incredibile che il tutto sia lasciato alle sole scelte degli addetti ai lavori e degli artefici del cambiamento, senza il coinvolgimento della collettività, in massima parte ignara fino a quando non si trovi, suo malgrado e come singolo individuo, a doversi misurare col “nuovo che avanza”.

Ma tant'è! Un simile lamento dovrebbe essere udito nelle alte sfere dei gestori della “cosa pubblica”, ma non si può certo pretendere di rappresentarlo in modo costruttivo alla sola attenzione di taluni operatori del diritto.

Quello che però merita di essere qui considerato è il ruolo che talune “caratterizzanti novità” hanno avuto, e stanno avendo, nel passaggio dal Sistema al Caos.

Orbene, senza alcuna minima velleità di completezza, possiamo iniziare da tempi neanche troppo vicini, quando, ad esempio, fu la stessa Corte Costituzionale (sentenza 520/1987), in una estemporanea e, purtroppo, talvolta richiamata decisione, ad esprimersi nei seguenti termini: “La natura permanente o istantanea del reato non dipende da esplicita ed apodittica qualificazione del legislatore, ma dalla sua naturale essenza, trattandosi di un carattere che inerisce alla qualità della condotta così come si presenta nella realtà e la cui definizione è affidata all'interpreta-

zione dei giudici ordinari” (è chiaro come un tale *dictum*, estrapolato dal contesto nel quale è inserito, suona in pieno contrasto, quantomeno, con la riserva assoluta di legge e con il principio di certezza del diritto).

Ma, venendo a periodi più recenti, vanno ricordate le norme a contenuto essenziale indeterminato entrate in vigore nell’ordinamento (si pensi ai delitti ambientali; a quelli riformati contro la PA; a quelli relativi alla sicurezza); fra queste, poi, vanno segnalate quelle che addirittura, in modo consapevole e deliberato, sono state prodotte con talune componenti essenziali indeterminate: si pensi a quelle sulle false comunicazioni sociali, che hanno così evidentemente promosso un intervento (anche dichiaratamente) “sostitutivo” da parte della giurisprudenza.

Si ricordi poi il modo con cui è avvenuta la penalizzazione dell’autoriciclaggio: una fattispecie tanto attesa che ha una causa di non punibilità letteralmente inestricabile; che per come è costruita può eliminare del tutto il rapporto tra il reato e il tempo; che per come è stata voluta necessariamente porta allo (in realtà, inespreso) “autoriciclaggio per equivalente”.

Per non dimenticare poi la rilevante questione, “lanciata” nell’ordinamento da parte del legislatore, del dilemma – irrisolvibile – se, nel caso di manifestazioni plurisoggettive, vi sia un concorso nell’autoriciclaggio oppure si realizzino diversi reati di riciclaggio e autoriciclaggio.

E come non ricordare il reiterato ricorso alla confisca – sempre più pena, anzi, *la pena*, e sempre meno misura di sicurezza – fantasiosamente costruita anche nelle forme della confisca “allargata” e di quella “di prevenzione”, con le quali, oltretutto, si è realizzata una sorta di penalizzazione degli illeciti tributari anche quando non possono individuarsi delle fattispecie tipiche.

E gli esempi, rispetto alla legislazione, potrebbero procedere quasi all’infinito.

Ma non da meno è il concomitante ruolo svolto dalla giurisprudenza, anche di legittimità: dalla quasi regola dell’inammissibilità dei ricorsi pur di evitare la declaratoria di estinzione per prescrizione prevista *ex lege*; al ritenere che nel caso di somme di denaro vi sia sempre confisca diretta; alla sostanziale eliminazione della previsione di non punibilità penale nei casi di elusione fiscale; all’oscuro tema della “sovrapproduzione qualitativa”; all’abrogazione di fatto delle norme sulla specialità fra l’illecito penale e quello amministrativo; al costante appiattimento del dolo eventuale in relazione a manifestazioni di condotte colpose ...e anche qui il *cabier de doléance* potrebbe continuare a dismisura.

Né la giurisprudenza europea si è voluta tenere al di fuori di questa generale confusione: per esempio ha preteso che, quando vi sono interessi europei, il giudice italiano deve disapplicare la norma sulla estinzione per prescrizione prevista dal codice penale (caso Taricco).

Orbene, comunque sia, e per quanto si possa coi mezzi di gravame (se esperibili) e con le più ampie critiche contrastare tutto ciò, auspicando un superamento dell’attuale crisi (sul punto rimando espressamente al pregevole lavoro di Antonio Cavaliere, ne *L’Indice Penale*, 3/2017), è indubbio che il caos è imperante e che

l'utente dell'ordinamento, ossia il singolo consociato, ne subisce le conseguenze, sentendosi in balia dell'autorità e sperando solo di uscirne in qualche modo col minor danno possibile (cosa non sempre realizzabile).

Allo stato, non possiamo che prenderne atto.

È in un tale momento, dunque, che prende corpo, nel nostro caotico ordinamento, la funzione nomofilattica delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

L'articolo 618, c. 1 bis, del codice di procedura penale, introdotto dalla legge 103/2017, prevede, infatti, che il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite non possa essere derogato da parte delle singole sezioni che, se non ritengono di uniformarsi, devono rimettere la decisione alle stesse Sezioni Unite.

Con tale norma, che consente di ritenere la Corte di Cassazione come una vera e propria Corte Suprema e non già solo come un giudice di terza istanza, è entrato nel nostro ordinamento – per quanto riguarda i rapporti con le sezioni semplici della Cassazione – il principio della vincolatività del precedente delle Sezioni Unite, e una sorta di Istituto dello *stare decisis* di stampo anglosassone.

Gli Autori che si sono occupati della questione si sono espressi per lo più in termini critici rispetto a tale nuovo Istituto.

Si è sottolineata la tensione della “nuova regola” specie con quanto previsto all'art. 101, c.2, Cost. per il rischio che il comma 1 bis in questione divenga “omologo e antagonista” del principio di soggezione del giudice alla legge; si realizzerebbe una stratificazione di regole per cui il giudice è soggetto alla legge, ma le sezioni semplici della Cassazione sono soggette alle Sezioni Unite.

Si è anche constatato il potenziale contrasto con il principio della riserva di legge, poiché si può intravedere una sorta di ufficializzazione della giurisprudenza delle Sezioni Unite a divenire vera e propria fonte del diritto.

Come pure qualche problema si può porre in relazione al comma 3 dell'articolo 107 della Costituzione.

Si tratta di considerazioni serie, e in linea di massima condivisibili, che, da altro lato, verrebbero controbilanciate dalla avvertita esigenza di dare “stabilità” al dato interpretativo in modo tale da assicurare la prevedibilità della decisione giurisprudenziale, rendendo così il più possibile “certa” l'interpretazione della singola norma.

In una situazione di caos certo questo è un buon ed auspicabile risultato.

In tal modo la stabilizzazione e vincolatività del precedente sarebbe la “medicina” per rimuovere i rischi connessi al caos normativo: di fronte a leggi di difficile comprensione e che prevedono fattispecie indeterminate; al cospetto di interpretazioni e applicazioni “creative”, spesso ondivaghe e fra di loro contraddittorie, e che non consentono una adeguata prevedibilità del precetto e della sua portata, si recupererebbe la prospettiva della certezza del diritto proprio grazie alla funzione nomofilattica delle Sezioni Unite.

Anche questa, in effetti, può essere una soluzione auspicabile.

Ma vediamo di addentrarci ulteriormente nella questione.

Innanzitutto è da ritenere che vada ben chiarito, e assolutamente “teorizzato”, il significato e la portata della locuzione “principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite”.

In quanto se l'attività richiesta, e il risultato raggiunto, dovessero sconfinare nella “giurisprudenza creativa che colma le lacune della disposizione”, la funzione nomofilattica raggiunta potrà essere utile per la certezza del diritto e la prevedibilità del precetto; potrà anche stabilizzare l'applicazione della norma, ma ciò avverrebbe a scapito di irrinunciabili valori e principi costituzionali, anche complessivi, che presidiano la legge: dal suo *iter* formativo, alla sua emanazione, ai suoi contenuti, al suo perimetro.

In pratica, in tal caso, anziché tutte le garanzie costituzionali che presidiano l'*iter* e i contenuti della legge, l'unica disposizione a presidio della correttezza e della legittimità della decisione, inderogabile e vincolante, sarebbe costituita solo da quanto previsto all'articolo 12, 1° comma, delle Disposizioni sulla legge in generale (le c.d. Preleggi).

Ma è chiaro che si tratta di disposizione ordinaria, facilmente derogabile e a contenuto opinabile, specie per quanto concerne l'esplicito richiamo all'incerto dato costituito dalla “intenzione del legislatore”.

A tal proposito, è emblematico il “principio di diritto” espresso dalla sentenza delle Sezioni Unite Passarelli, n. 22474/16, in relazione al rilievo delle “valutazioni” rispetto al delitto di false comunicazioni sociali, che – appunto – ne ha ritenuto la rilevanza, pur nel silenzio della legge, proprio screditando il dato letterale della disposizione e rifacendosi alla “volontà statuale finalisticamente intesa”; che poi – a dire di tale sentenza – sarebbe ricavabile dal complesso delle interpretazioni che si sono date a ipotesi similari nel panorama giurisprudenziale di legittimità.

Non vi è chi non veda come, a questo punto, l'argine fornito dall'articolo 12 delle Preleggi sia ben poca cosa, e come la “norma” espressa dalle SS.UU confligga con la “disposizione” incriminatrice prevista dalla Legge.

E poi vi è il paradosso: la distinzione concettuale tra disposizione e norma si è affacciata negli anni '50, da parte dei pubblicisti, al fine di adeguare il diritto alla concretezza della situazione sociale e del sistema costituzionale; con la nomofilachia applicata in modo creativo e sostitutivo si ottiene invece l'effetto opposto di stabilizzare una norma nonostante ogni mutamento sociale e fino a quando le Sezioni Unite non lo riterranno opportuno.

In pratica, se non si intende, e non si delimita, il contenuto del “principio di diritto” così come relativo alla sola interpretazione vincolata al dato letterale della disposizione, si rafforza chiaramente la possibilità di una giurisprudenza creativa e di scopo, mentre i componenti delle Sezioni Unite rischiano di diventare i veri legislatori, creatori e depositari invincibili della norma da applicare al caso concreto.

Tutto ciò, evidentemente, a scapito dei principi fondanti il nostro Ordinamento.

A tal punto il Caos si rafforzerebbe ancora di più, a scapito del Sistema; e la nuova funzione nomofilattica, da “medicina” per uscirne, si trasformerebbe, ine-

vitabilmente, in una sorta di inutile accanimento terapeutico che non solo non lo avversa ma, anzi, lo fortifica.

ALESSIO LANZI

Bibliografia essenziale sugli argomenti trattati:

- P. NUVOLONE, *Il Sistema del diritto penale*, Cedam, Padova, 1975.
A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017.
A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del "diritto penale vivente" interno ed europeo*, ne *L'Indice Penale*, 2017, p. 653 ss..
C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, p. 2297 ss..
G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.
L. D'ALTILIA, *L'inganno delle illusioni. A proposito dello Stare decisis in materia penale e dei risvolti politico-giudiziali*, ne *L'Indice Penale*, 2018 p. 119 ss..