

## CERTEZZA DEL DIRITTO E PREVEDIBILITÀ DELLE DECISIONI

*Giorgio Spangher\**



1. Si è tenuto nei giorni 10 e 11 febbraio, all'Università di Bergamo, organizzato e coordinato dal prof. Antonio Banfi un convegno che aveva come tema la "Certezza e incertezza della regola: un dialogo interdisciplinare".

Giuristi delle varie discipline hanno esposto le problematiche generali e quelle speciali che le diverse aree nel regolare le varie materie prospettano. È emerso uno spaccato problematico dell'attuale situazione tesa a garantire la necessità di regole, certe o almeno adeguatamente prevedibili per superare la criticità di una situazione che invece ne mette a rischio le fondamenta.

Invero, ogni settore disciplinare ha messo in luce le rispettive problematiche nell'affastellarsi delle riforme, nel loro incessante succedersi, nel contesto dell'evoluzione tecnologica, delle fonti, delle dinamiche sociali, pur evidenziandosi da parte di tutti i partecipanti, la necessità di assicurare stabilità, certezza, prevedibilità delle norme e delle conseguenti decisioni per assicurare l'ordine e la tenuta del sistema, del quale questi elementi costituiscono dato essenziale condizionante e fonte stessa.

2. Con riferimento al processo penale sono state evidenziate le criticità dell'attuale momento che possono essere così di seguito riassunte e si sono individuati gli strumenti che i diversi sistemi e ordinamenti, sulla scia della giurisprudenza Cedu e costituzionale, ha predisposto per ridimensionare alcuni degli elementi negativi, fermo restando che l'origine del fenomeno va fatta risalire alle scelte occasionali, variamente motivate e/o necessitate dal legislatore, tra evoluzione ideologica, politica, culturale, sociale.

È passato il tempo nel quale la sola parola di Vincenzo Manzini era sufficiente per riconoscere il significato di una norma nella quale non figurava la parola "non"

---

\* Professore emerito di Diritto processuale penale nell'Università di Roma "La Sapienza".

che, sia detto per inciso, trasformava completamente il significato della norma, senza necessità di un intervento correttivo del legislatore.

Ora, noi ci troviamo di fronte all'art. 111 Cost. dove non è chiaro chi sia il giudice di cui al secondo comma, tra "il giudice", "un giudice", a fronte di una formulazione che parte da "a giudice".

Ora non sappiamo neppure quale sia l'esatta formulazione dell'art. 238 *bis* c.p.p., tra "di un fatto", "di fatto", "del fatto".

È peraltro positivamente passato il tempo nel quale il prof. Conso si lamentava dei ritardi nella conoscenza della Gazzetta Ufficiale, che di fatto bruciavano i tempi della *vacatio legis*. Oggi abbiamo la possibilità di seguire in tempo reale tutto l'evolversi del processo di formazione della legge sia a livello governativo (preconsiglio dei Ministri, Consiglio dei Ministri, provvedimenti, anche quelli salvo intese), sia a livello Parlamentare con le iniziative, i passaggi in Commissione e con le audizioni in tempo reale, i lavori dell'Aula.

Va sottolineato che nel tempo si è assistito ad una incessante produzione normativa. Si consideri che dopo l'entrata in vigore del codice del 1930, la prima riforma è datata 1944, che poi fu integrata solo con la grande riforma del 1955 per anticipare l'entrata in funzione della Corte costituzionale che doveva tradurre la garanzia costituzionale nella bonifica del codice Rocco.

Con l'irrompere del terrorismo, nelle sue varie declinazioni, della criminalità organizzata, delle esigenze securitarie, del terrorismo internazionale, della criminalità economica, di quella sociale interpersonale, considerato che i fenomeni si arginano e si contrastano con lo strumento della legalità del processo e dell'esecuzione penale, piuttosto che con l'inasprimento della pena legata alle nuove e vecchie fattispecie di reato, la produzione normativa in materia di giudizio penale, soprattutto processuale è diventata alluvionale anche perché il processo penale specialmente e la giustizia penale in generale sono diventate terreno elettivo dello scontro politico, e nella successione dei governi di segno diverso, se non addirittura contrapposto, ognuno ha cercato e cerca di piantare le sue bandierine.

**3.** Tutto ciò si ripercuote sulle ricadute della segnalata produzione normativa che si caratterizza anche per l'espansionismo interpretativo e per l'incertezza dei suoi contenuti, spesso connotati da espressioni polisenso, da indicazioni indeterminate, da lacune qualitative e quantitative, da riferimenti oscuri.

Basta pensare ad alcuni esempi solo dell'ultimo mese. Lo stesso giorno il 4 novembre, una sezione della Cassazione nega la possibilità di applicare le norme favorevoli della riforma Cartabia, durante la *vacatio legis* sulla base dell'art. 73 Cost. ed art. 10 preleggi, ed una la riconosce perché, essendo stato escluso dal Governo che il provvedimento di conversione del d.l., che ha ampliato la *vacatio legis*, subirà modifiche in sede di conversione le norme sarebbero risultate comunque operative dal 1° gennaio. Detto in via incidentale, nello stesso giorno un giudice (di Siena) solleva una questione di legittimità costituzionale del d.l. del differimento (ancorché sotto altro profilo) differendo di fatto l'applicazione della stessa norma più favorevole all'esaurimento della procedura di costituzionalità.

Non solo, per tutto il mese di gennaio, resta incerta la modalità di presentazione dell'atto di impugnazione, essendo le norme applicative della riforma oggetto di diversa interpretazione (si tratta di garanzia costituzionale), sanzionata con l'inammissibilità, da parte delle cancellerie.

Sempre per restare alla stretta attualità nella riforma sopravvivono, ancorché abrogate espressamente dalla stessa, alcune norme, che operano altresì in materie diverse seppur omogenee (riferimento, *ex plurimis*, all'art. 125 disp. att. c.p.p. e all'art. 164 disp. att. c.p.p.) senza che sia possibile operare direttamente.

Ancora, da ultimo, risolvendo il contrasto tra le sezioni della Cassazione che ritenevano appellabile e quelle che ritenevano ricorribile il diniego da parte del gip alla restituzione delle cose sottoposte a sequestro probatorio, le Sezioni unite hanno escluso l'impugnabilità del provvedimento.

Nel contesto della precarietà della certezza, sotto la qualificazione della stabilità delle norme, non possono non segnalarsi gli interventi estemporanei di alcuni protagonisti delle scelte normative o interpretative.

Così, il presidente della Commissione parlamentare del c.p.p. 1988 pretende di inserire e ottiene una norma (l'art. 577 c.p.p.) a tutela con l'appello della persona offesa per i reati di ingiuria e diffamazione (si tratta del caso "Cederna – Leone"). Così il presidente della VI Sezione impose alla Cassazione a sezioni unite una modifica di un ventennale di interpretazione (sempre a Sezioni Unite) in tema di rito in Cassazione sul ricorso del sequestro preventivo. Dopo l'andata in pensione del Consigliere, il legislatore è intervenuto – con la legge – ripristinando l'originaria lettura della norma.

Analoghe considerazioni per le Sezioni Unite Piscopo in tema di liberazione del soggetto sottoposto a misura cautelare dopo esito favorevole del riesame (nel caso di specie la decisione delle sezioni unite fu di fatto disapplicata).

Va ancora ricordato l'inserimento dell'art. 405, comma 1 *bis*, c.p.p., voluto dal Presidente della Commissione Giustizia, rapidamente dichiarato incostituzionale.

4. La questione, per tornare all'attualità, è tutta nelle contrapposte opinioni del Ministro Nordio e del vicepresidente del C.S.M. Pinelli, tra la volontà di introdurre modifiche alla legge Cartabia e la volontà di verificare prima gli esiti della stessa.

Al di là del fatto politico, la questione ha complesse ricadute processuali: regime transitorio; incertezza in mancanza di indicazioni; possibile disparità di trattamento e conseguenti questioni di costituzionalità e di lesione dei diritti per irragionevolezza; retroattività – irretroattività delle norme penali; *tempus regit actum* delle norme processuali; e così via.

5. Naturalmente il continuo flusso normativo richiede una certa stabilità e questa è spesso assicurata normalmente dalla sua consolidata interpretazione (anche se a volte per successivi aggiustamenti), costituendo il c.d. diritto vivente.

A volte, il fenomeno interpretativo delle leggi genera il c.d. diritto giurisprudenziale che è frutto della visione proprietaria della giurisdizione di parte della magistratura tesa ad assicurare l'efficienza e la funzionalità del sistema.

A volte, si tratta di un intervento necessario di supplenza, stante i ritardi dell'intervento del legislatore, a volte di un vero e proprio recepimento di indirizzi interpretativi europei e sovranazionali.

Come è stato detto, spesso, il diritto vive negli interstizi delle norme, negli spazi bianchi tra una riga ed un'altra di un articolo o di un comma.

Molte volte questa giurisprudenza creativa, anticipa quanto il legislatore sta prevedendo con gli interventi riformatori, qualche volta si tratta di una vera e propria rielaborazione che, muovendo da alcune disfunzioni del sistema, ovvero finalizzato alla sua più efficace rimodulazione, crea un vero e proprio diritto.

Quasi sempre, come ancora di recente, con la riforma Cartabia, queste indicazioni sono recepite (integralmente o con modifiche) dalle riforme successivamente introdotte (Galtelli, Battistella, Dorigo, Drassich, Patalano, Bajrami).

6. L'insieme di queste considerazioni già di per sé rilevante si irrobustiscono come si inverano nel sistema della giustizia penale, sia sostanziale, sia processuale, governata dalla riserva di legge e da quella di giurisdizione.

Non è forse superfluo ricordare il collegamento tra gli artt. 1, 101 e 111 Cost. (potere del popolo che da fondamento alla legge, unico vincolo per il giudice, controllo di legalità delle decisioni e delle sentenze emesse in nome del popolo italiano); il richiamo all'art. 25 Cost., la riserva di legge di cui, fra gli altri, contenuta negli artt. 13, 14, 15 Cost.

Non sarà inutile ricordare che nel nostro Paese le gravi situazioni di criminalità sono state affrontate e superate con la legalità sostanziale e processuale.

La questione, lineare nella sua esposizione e percezione, è oggi resa complessa dal fatto che il sistema delle fonti si è arricchito della dimensione europea e sovranazionale, della normativa secondaria, della *soft law*, delle buone prassi e dei protocolli (come nella colpa medica), dei modelli organizzativi (l. n. 231 del 2001), delle materie connotate da un alto tasso tecnico.

7. I riferiti dati interpretativi e applicativi delle leggi sono le "ricadute" della presenza dell'art. 65 della l. di ordinamento giudiziario che affida alla Cassazione la c.d. funzione nomofilattica, cioè l'attribuzione al Supremo Collegio della "esatta applicazione della legge", "dell'uniforme interpretazione" insita nell'ordinamento giuridico, così da garantire l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge e la prevedibilità delle decisioni.

Naturalmente queste finalità devono essere assicurate da alcuni correttivi idonei a rendere effettive queste funzioni: l'accessibilità e la conoscibilità delle leggi, attraverso la pubblicità delle norme, nonché la stabilità del quadro giurisprudenziale, evitando mutamenti repentini, contraddittorietà e imprevedibilità degli orientamenti (seppur in un contesto legato all'evoluzione ed alle dinamiche sociali).

Questi elementi trovano un ulteriore elemento di supporto nella qualità del dato normativo che richiede la presenza di dati certi e precisi, evitando formulazioni aperte o elastiche, concetti vaghi e indeterminati.

Quest'ultimo dato incide soprattutto in materia penale, dove il contenuto delle norme rileva sul piano della colpevolezza, come riconosciuto dalla Corte costituzionale con la famosa sentenza n. 364 del 1988, relativamente all'art. 5 c.p., in punto di ignoranza della legge penale.

Se sotto quest'ultimo profilo, le garanzie a tutela del cittadino sono garantite dalla Corte costituzionale attraverso la verifica dei parametri costituzionali dal significato pregnante della riserva di legge rigorosamente intesa (art. 25 Cost., operante anche in materia processuale, secondo Gallo), l'aspetto della certezza e prevedibilità delle decisioni del Supremo Collegio è assicurata dalle norme processuali relative alle decisioni del Supremo Collegio.

Il riferimento va a quanto previsto dall'art. 618 c.p.p.

Invero, nella logica di autonomia della funzione giudicante delle varie decisioni da parte delle diverse strutture (le varie sezioni, ed all'interno delle stesse) della Corte, non possono escludersi, a prescindere dal caso concreto, come può emergere dalle motivazioni, contrasti e diversità interpretative.

Questo dato può essere superato dal maturare di un diritto vivente, capace di superare e riassorbire consapevolmente le diverse ricostruzioni e interpretazioni dei dati normativi.

Il perpetuarsi dei contrasti, trova nell'intervento del Primo Presidente e nelle decisioni delle stesse sezioni (o di una di esse) il loro momento di possibile superamento attraverso l'investitura della questione di diritto controversa alle Sezioni Unite.

Il coinvolgimento deve avvenire con ordinanza motivata in ordine al punto di diritto coinvolto dal contrasto interpretativo. Non si tratta, in altri termini, di risolvere la questione interpretativa della vicenda processuale ma di una decisione che motivatamente e puntualmente deve coinvolgere il Collegio riunito difettando la quale (come avvenuto in relazione all'art. 587 c.p.p. con cui si chiedeva genericamente una nuova pronuncia senza sostanziare il senso del possibile contrasto), gli atti vanno restituiti alla sezione che ha sollecitato l'intervento, richiedendo alla stessa una nuova espressa motivazione sul punto.

La decisione, a conferma della sua peculiare natura, che la Cassazione può assumere anche in caso di inammissibilità sopravvenuta del ricorso (rinuncia), si differenzia nettamente dalla decisione che trova nella massima il suo esito naturale non vincolante.

La questione di diritto oggettivo, quindi, della decisione costituisce un elemento che, dovendosi escludere un effetto vincolante, costituisce un elemento persuasivo. Si prevede infatti che qualora una sezione non condivida la decisione sulla questione di diritto decisa dalle sezioni unite possa sollecitare motivatamente un nuovo intervento delle sezioni unite (art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p.).

Questo percorso si è già materializzato in relazione alle Sezioni Unite Jannelli e, attraverso una vicenda complessa, posto il rigetto delle Sezioni Unite a riconsiderare la questione (per un affermato difetto di interesse nel procedimento *a quo*) ha portato la Sezione che sollecitava l'intervento a rimettere la questione alla Corte costituzionale che si è pronunciata favorevolmente al giudice rimettente con la sentenza n. 111 del 2022, di fatto superando il *dictat* delle Sezioni unite e riformandone il contenuto.

**8.** Tutto ciò stressa il sistema: pone gli operatori in seria difficoltà, gli interpreti nella sostanziale impossibilità di costruire l'ordito normativo, consegnando la giurisdizione a profonde incertezze applicative e i cittadini (imputati soprattutto) critici nei confronti del legislatore e dei giudici.

Purtroppo, ci si abituerà, alla fine di tutto ciò, con pregiudizio proprio per la funzione essenziale della giurisdizione, quella di assicurare ordine sociale e sicure garanzie.