

LA CRISI DELLA TIPICITÀ. APPUNTI PER UNA RIFLESSIONE SULLA TRASFORMAZIONE DELLA GIUSTIZIA PENALE

di Alessandro Gamberini

***Abstract.** Il presente contributo affronta il tema della crisi della legalità, intesa come attuale crisi di certezza nell'interpretazione del sistema penale. Muovendo dalla constatazione della progressiva marginalizzazione della sovranità popolare – dovuta, tra l'altro, al consistente apporto del reticolo di fonti sovranazionali, nonché alle improvvisazioni legislative che rincorrono le cicliche emergenze – vengono proposti alcuni spunti di riflessione in merito alle trasformazioni che incidono sulla protezione dell'individuo dalla sanzione, ormai appesa alla sola valutazione di un giudice che ha visto lentamente sgretolarsi i parametri che tradizionalmente lo orientavano.*

SOMMARIO: 1. Legalità, interpretazione e profilo costituzionale dell'illecito penale: una storia nota. – 2. Una mutazione genetica: crisi dell'oggetto e valorizzazione della tutela. – 3. Reti e scale. – 4. Elogio della prescrizione. – 5. Ciò che conta è il giudice.

1. Legalità, interpretazione e profilo costituzionale dell'illecito penale: una storia nota

La ragione fondante la specialità delle garanzie che presidiano il diritto penale negli ordinamenti di democrazia liberale rispetto ad altri settori dell'ordinamento è rappresentata dalla natura della sanzione: la pena incide sulla libertà personale e dunque il profilo costituzionale dell'illecito penale (artt. 25 e 27 Cost.) è del tutto originale rispetto, vuoi all'illecito civile vuoi a quello amministrativo. Il principio di stretta legalità si accompagna a quello di colpevolezza e pertanto misura sulla persona umana, colta nella sua individualità, le conseguenze dei suoi atti. Al profilo sostanziale si accompagna uno strumento di accertamento processuale garantito e complesso che consente all'individuo coinvolto di divenirne almeno in parte protagonista, con ciò legittimando, attraverso il rispetto delle regole del giusto processo (artt. 24 e 111 Cost.), l'eventuale pena che scaturisca al suo esito.

Previsioni del tutto simili sono presenti nelle Convenzioni internazionali¹: valgono per tutte gli artt. 6 e 7 della CEDU.

¹ Sul piano sovranazionale si vedano, in primo luogo, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 (art. 7 e 8), la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 (art. 11), il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966 (art. 15), la Carta dei diritti fondamentali

Quando parlo della crisi di questo impianto non mi riferisco alla riserva di legge in materia penale, intesa come monopolio della fonte, voluta dal costituente per le particolari garanzie che avrebbero dovuto accompagnare l'emanazione di norme nella materia, consentendo alla minoranza parlamentare di far valere le proprie valutazioni in un *iter* lungo e meditato ed estraniando l'esecutivo dalla titolarità di uno strumento potenzialmente lesivo anche delle libertà politiche e civili. E' tramontata da molto tempo – erosa fin dagli anni 70' dal mutamento dei regolamenti parlamentari diretti a sveltire l'approvazione delle leggi e dall'uso sempre più frequente dei decreti legge e dei decreti legislativi – oggi è superata da fonti sovranazionali che sono prive di una legittimazione democratica nel senso indicato (pensiamo alla rilevanza dei regolamenti e delle direttive e al significato cogente delle stesse decisioni quadro dell'Unione Europea nel plasmare l'ordinamento penale).

Quello che progressivamente è oggi sempre più svanito - e l'accelerazione del fenomeno nel nuovo secolo è stata impressionante - è un tasso accettabile di certezza nell'interpretazione del sistema.

E' stata cioè smarrita la tipicità del fatto di reato, la cui descrizione tassativa dovrebbe esaurire i confini della sua applicazione, con il rigoroso divieto di analogia in *malam partem*. Questo è stato il fondamento e il vallo che ha separato gli ordinamenti penali liberali dalla tragica esperienza del regime nazista nel quale – vale sottolinearlo, ancorché ben noto a chi legge queste considerazioni – il § 2 del codice penale rimandava al “sano sentimento del popolo nazista” per individuare i confini della penalità (sia pure con un meccanismo solo immunizzante, il riferimento alle ragioni di classe, richiamato dagli ordinamenti penali dei Paesi del cd. socialismo reale valeva anch'esso a rendere aperta l'area di applicazione delle fattispecie).

Si è detto molte volte: il cittadino dovrebbe potere conoscere preventivamente i confini tra lecito e illecito, garanzia essenziale anche per invocare lo scopo rieducativo della pena che, in quanto privativa della libertà personale, non deve accompagnarsi ad alcuna forma di esemplarità. In tal senso la norma penale deve essere tassativa e irretroattiva: del resto anche la formazione della prova in contraddittorio sul versante processuale ha un senso compiuto in quanto venga definito con precisione il terreno sul quale si svolge il confronto fra le ragioni dell'accusa e quelle della difesa.

Il diritto penale, quello con le radici piantate nell'illuminismo e nella scuola classica il cui profilo è disegnato dalla nostra Carta costituzionale, ha rivendicato con forza una lettura asfittica dell'interpretazione: in tal senso facendo della sua frammentarietà – e perciò anche dei vuoti di tutela che da una lettura delle singole fattispecie criminose potesse emergere – un elemento costitutivo del suo esistere.

Senza il polmone dell'analogia² la lettura del significato della norma riduce drasticamente le sue potenzialità espansive, riconducendo i suoi confini alla lettera della disposizione, alla sua collocazione sistematica e alla individuazione del bene giuridico a tutela del quale il legislatore ha previsto la figura criminosa: il mondo degli

dell'Unione Europea del 18 dicembre 2000 (art. 49).

² Cfr. MELANDRI E., *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Bologna, Il Mulino, 1968.

scopi originari o contingenti del legislatore, (tanto più) del giudice e (tanto più) della pubblica opinione rimane estraneo all'interpretazione.

Un'interpretazione, confinata obbligatoriamente dalla specificità del diritto penale a binari formali. Il problema, in questo quadro, non è dunque una contrapposizione astratta tra formalisti e anti formalisti³ secondo canoni astratti di convenienza e di capacità di descrivere l'esistente: il vincolo è dettato per la materia di cui ci occupiamo, perché è coesistente alla sua esistenza nelle forme note.

Non sono ingenuo: è sempre stato difficile resistere alla tentazione di uscire dalla strettoie di un'interpretazione formale e, in qualche misura, impossibile nei termini rigorosi sopra enunciati.

Si sono succedute norme dettate in tempi e in contesti storici diversi: la necessità di adeguare alla Carta costituzionale il sistema penale uscito dagli anni '30 del secolo scorso, ha reso necessario opzioni ortopediche e creative non limitate all'intervento del Giudice delle leggi, ma incidenti direttamente sul ruolo dell'interprete.

Il sistema penale ha visto allargare i suoi tradizionali confini trasformandosi sempre più in complesso eterogeneo di fattispecie, un universo normativo disomogeneo e formulato per molti settori come sostitutivo simbolico dell'inefficienza della sanzione amministrativa: in questo quadro l'efficacia stigmatizzante delle conseguenze sanzionatorie non sempre si accompagna all'effettività della sanzione carceraria e alla privazione della libertà personale. Per interi settori del diritto penale è sembrata attenuarsi la stessa ragione fondante la garanzia, cioè l'esistenza di una sanzione privativa della libertà personale.

L'erosione della legalità è sembrata così l'altro volto, giustificato e coerente, dell'inflazione penalistica e dell'inefficienza applicativa.

E peraltro parallelamente si è sviluppata per la criminalità organizzata (mafiosa e terroristica) una disciplina particolare sia sul piano sostanziale sia sul piano processuale caratterizzata da una progressiva accentuazione degli strumenti privativi della libertà come strumento di esclusione salvifica del criminale dal contesto sociale. Altri settori hanno subito una valorizzazione penalistica progressiva (tra gli altri, i reati a tutela dei minori e i reati a tutela della libertà sessuale, i reati a tutela dell'ambiente, i reati in materia di stupefacenti), disegnando un doppio binario dell'intervento. Ma anche sul versante valorizzato il diritto penale non ha ritrovato una tipicità smarrita. Anzi in quel contesto l'importanza dei beni in gioco e la gravità dei fenomeni criminali ha giustificato un allentamento dei paradigmi sostanziali e applicativi degli istituti. Determinando forme di contagio dell'intero universo penalistico⁴: si pensi a quello che accade in materia di misure di prevenzione personali e patrimoniali dove la scomparsa del fatto ha determinato un'estesa e sempre più incontrollata applicazione di misure aventi un'efficacia afflittiva e sanzionatoria svincolata da ogni parvenza di tipicità e da

³ Cfr. DI GIOVINE O., [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale](#), in questa *Rivista*, 12 giugno 2015.

⁴ Cfr. INSOLERA G., *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze dagli anni '60 all'emergenza mafiosa*, in *Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 3, 2014, p. 1165.

ogni parametro di legalità⁵. Una “penombra”⁶, come è stato efficacemente ricordato, che oggi avvolge un sistema di misure che va ben al di là del fenomeno mafioso sul quale ha mosso i primi passi in epoca ormai risalente.

2. Una mutazione genetica: crisi dell’oggetto e valorizzazione della tutela

La crisi della tipicità si è a tal punto accelerata nell’ultimo decennio da rendere difficile scriverne senza cadere in luoghi comuni. Né voglio unirmi al coro di coloro che in passato hanno trovato facili, quanto inutilmente evocati, capri espiatori della trasformazione che l’ordinamento penale sta subendo: inevitabilmente attratto nel vortice di una globalizzazione dei contesti applicativi e, prima ancora, delle fonti alle quali si appendono le grucce dei sistemi normativi.

Il tentativo di porvi parziale riparo da parte del giudice di legittimità – che decidendo a sezioni unite con aumentata frequenza svolge una funzione nomofilattica – si sta lentamente trasformando nella predisposizione di indirizzi volti a presidiare i beni giuridici secondo paradigmi di tutela, ben più che a consegnarci un’ermeneutica di testi legali spesso oscuri e indeterminati⁷ (sulla cui inefficacia a volte interviene proprio per porvi rimedio).

Ciò che conta del resto – lo disse la stessa Corte costituzionale fin dal 1988 nella nota sentenza che metteva in discussione la perentorietà dell’art. 5 c.p. – non è l’indeterminatezza della norma, ma che il soggetto (almeno) possa invocarne l’ignoranza, se divenga, a cagione di essa, inevitabile. Opinione preveggente rispetto alla riduzione del principio di legalità alla conoscibilità della norma: interpretato dalla Corte EDU l’art 7 della Convenzione aggiunge la prevedibilità (ragionevole) degli esiti applicativi. Ce lo suggerisce la sentenza Contrada⁸, ponendo un limite al retroagire delle fattispecie di formazione giurisprudenziale, ma legittimandone la creazione. Si

⁵ Si pensi a quanto deciso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, dep. 2 febbraio 2015, Pres. Santacroce, Rel. Bruno, Ric. Spinelli) in ordine al venir meno in tali casi della garanzia dell’irretroattività. Come ricorda Pulitanò siamo di fronte “*all’istituto più discutibile sul piano delle garanzie di tutti quelli che appartengono alla galassia penalistica*” (cfr. PULITANÒ D., *L’evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in AA.VV., *Il diritto penale tra scienza e politica: nel ricordo di Franco Bricola vent’anni dopo*, a cura di DONINI M. e STORTONI L., Bologna, Bononia University Press, 2015). E del resto non da oggi le forme di prevenzione *ante delictum* sono state sottoposte a serrata e acuta critica rispetto ai profili costituzionali dell’illecito penale: cfr. BRICOLA F., *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno C.N.P.D.S., Alghero, 26-28.4.1974, Milano, 1975, p. 29 ss.

⁶ Cfr. MANES V., *L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 3, 2015, p. 1259 ss.

⁷ Si pensi alle nuove fattispecie di disastro ambientale introdotte dalla Legge 22 maggio 2015, n. 68, come figure paradigmatiche del disinteresse alla predisposizione di figure di reato tassative. Per i primi commenti alla legge si rimanda a: MASERA L., *I nuovi delitti contro l’ambiente*, in questa *Rivista*, 17.12.2015; RUGA RIVA C., *I nuovi ecoreati: commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, Giappichelli, 2015; SIRACUSA L., *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “ecodelitti”: una svolta “quasi” epocale per il diritto penale dell’ambiente*, in questa *Rivista*, 9.7.2015.

⁸ Cfr. [C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, ricorso n. 66655/2013, Contrada c. Italia \(n. 3\)](#).

crea così una contraddizione inestricabile: se il testo avesse un contenuto precettivo definito renderebbe irragionevole un'ermeneusi radicalmente innovativa.

Il tema non è risolubile semplicemente invocando le contaminazioni necessarie tra sistemi di *civil law* e di *common law*, se non per trovare la ragione del funzionamento e delle soluzioni offerte da una Corte che si affaccia su ordinamenti disomogenei: il nostro giudice non trova infatti alle sue spalle né il vincolo della fattispecie né quello del precedente.

L'incertezza deve trovare comunque una soluzione equitativa che mitighi le conseguenze dell'applicazione della norma rispetto al soggetto investito dall'accertamento, salvaguardandone almeno l'irretroattività.

Se la norma si presta a letture indeterminate andrebbe espunta dall'ordinamento - invocava il principio di tassatività - e ciò dovrebbe avvenire anche quando si fondi su categorie semantiche ineccepibili e concettualmente definite, ma rispetto alle quali il giudice non abbia strumenti per darvi applicazione certa (così ancora nel 1981 suggeriva la nostra Corte rispetto al delitto di plagio⁹).

Argomento ormai superato dalla disinvolta accettazione di un sistema di fonti nel quale è svanito il controllo della sovranità popolare sostituito da un intreccio inestricabile tra apparati burocratici sovranazionali, supremi consessi giudiziari, risoluzioni dell'ONU e ratifiche obbligate del parlamento nazionale¹⁰, improvvisazioni legislative veicolate dalle emergenze.

Una rivoluzione copernicana ha messo così al centro dell'interpretazione il soggetto: la protezione dalla sanzione diviene occasionale e paradigmatica e confida su parametri discrezionali e sovente intuitivi della valutazione del giudice. E' sempre il soggetto del reato - anche nella veste di vittima del reato¹¹ - che impone tempi e modi dell'accertamento.

L'interpretazione ha dunque un'asse di orientamento definito sul quale misura anche la sua creatività.

La svalutazione del racconto della condotta proibita indica un futuro dello strumento penale rimediato e ritagliato sulla specificità del contesto, sul bilanciamento

⁹ Corte Cost. , sent. 9.4.1981, n. 96

¹⁰ Si veda quanto accaduto in tema di terrorismo: *il d.l. n. 7/2015, conv. in l. n. 43/2015* rappresenta l'ulteriore intervento legislativo di contrasto al terrorismo internazionale, che ha conformato l'ordinamento interno alle fonti del diritto sovranazionale in materia: dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (n. 2170 del 15.8.2014 e n. 2178 del 24.9.2014) al Regolamento UE n. 98/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15.1.2013, relativo ai precursori degli esplosivi. Per un'analisi sulla nuova disciplina di contrasto al terrorismo cfr. KOSTORIS R.- VIGANÒ F. (a cura di), *Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo*, Giappichelli, 2015.

¹¹ Il D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 ha dato attuazione alla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, la quale istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, sostituendo la decisione quadro 2001/220/GAI. Per una ricostruzione della figura della vittima del reato alla luce di alcune esperienze nazionali e della direttiva 2012/29/UE, cfr. LUPARIA L. (A CURA DI), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, 2015 ed in particolare si veda il contributo di ALLEGREZZA S- MARTELLI S., *Vittime di violenza domestica e sistema penale italiano*, dove le autrici affrontano il tema della politica penale vittimocentrica con particolare riferimento alle vittime di violenza domestica, p. 207 ss.

degli interessi in gioco e sui caratteri della persona sulla quale ricadono le conseguenze sanzionatorie.

Decisiva allora la procedura di accertamento, il naviglio destinato a condurre al porto della sentenza o alle secche della prescrizione.

In un mondo senza confini culturali stabili, investito da turbolenze epocali e da guerre non dichiarate, si sfaldano le massime d'esperienza, bussola preziosa per orientare i naviganti. Le regole minuziose che disciplinano la vita a bordo incidono poco sulla direzione del vascello sempre più trascinato da aspettative sociali, proiezioni mediatiche, istanze di legittimazione del sistema politico. Correndo lungo la tolda può capitare all'imputato di imbattersi nella salvezza perché il comandante del vascello – il giudice – coltiva un ragionevole dubbio sulla sua innocenza, comunque ritiene iniqua la sua condanna, ma spesso è il caso che lo assiste o, diversamente, l'abilità di un difensore.

Il giudice ha visto lentamente sgretolarsi i parametri che lo orientavano, consentendo di riconoscere nella sua decisione il volto dell'ordinamento: costretto com'è a fare riferimento a carte nautiche sconosciute, a sistemi di puntamento mai sperimentati per decidere il porto sul quale dirigersi.

Occorre una sapienza sempre più complessa, filtrata da regole di esperienza non sedimentate. Richiederebbe magistrati di lungo corso, distanti dal sapere esclusivamente tecnico che oggi consente di accedere al ruolo per concorso.

3. Reti e scale

Con una fortunata locuzione due giovani studiosi in un lavoro ormai risalente¹² parlarono per il diritto penale di un reticolo di fonti che ormai sostituiva, in virtù della coesistenza di una normativa sovranazionale, la struttura piramidale della Costituzione repubblicana.

Fonti sparse sulle quali in questi anni si è cercato di trovare il filo ordinato di nuove gerarchie interpretative: un sistema di scale che permettesse di accedere a un edificio complicato, ma armonico.

Chi oggi le risalga trova in realtà piani disomogenei, scarsamente costruiti, vuoti vertiginosi.

Le convenzioni internazionali, grazie all'art. 117 Cost, impongono discipline sovraordinate rispetto alla legislazione ordinaria: ne derivano interpretazioni cogenti e, se del caso, questioni di compatibilità di cui deve occuparsi la nostra Corte Costituzionale. La convenzione EDU e' giustiziata dall'omonima Corte: il parametro interposto si arricchisce di filtri complessi nella valutazione delle sentenze. Per risalire dal caso ai principi e per valutare la solidità del sedime, ma anche per comprendere la compatibilità del suo inserimento nell'assetto dei valori costituzionali.

¹² CAIANIELLO M.-FRONZA E., *Il principio di legalità nello statuto della corte penale internazionale*, in *Indice penale*, 2002, p. 307 e ss.

Le ragioni di tutela la fanno da padrone. Se la decisione della Corte EDU sembra travolgerle, il meccanismo accolto di risoluzione delle antinomie viene rapidamente messo in discussione: riconfermata la supremazia della nostra Costituzione non, si noti, a maggior garanzia dell'individuo chiamato a subire la sanzione penale, ma in contrapposizione alla trama dei beni costituzionalmente garantiti, rispetto alla quale il soggetto è inevitabilmente destinato a soccombere.

La Corte Costituzionale¹³ (e il Giudice di legittimità¹⁴) hanno fatto così argine all'incedere del torrente sovranazionale: spostato il fondamento dell'applicazione della legge più favorevole dal principio di legalità al principio di eguaglianza e di ragionevolezza, ne è risultato confermato il salvataggio del giudicato e di ogni disciplina transitoria che ne modellasse nel tempo il paradigma applicativo.

Allo stesso modo si è ritenuto andasse rivisitato l'approccio sostanzialistico alla nozione di pena, giustificando forme di confisca indipendenti dalla condanna (ma non da un'affermazione di responsabilità con una divaricazione destinata a produrre una complessità processuale difficilmente risolvibile¹⁵).

Il criterio rassicurante del parametro interposto rimanda allora a un'attività ermeneutica complessa. Si affaccia sul panorama incerto e discutibile della ricostruzione del tessuto dei beni e delle loro modalità di tutela da un lato e, d'altro lato, sulla valutazione del consolidamento della giurisprudenza sovranazionale e perfino sul carattere unanime della decisione rispetto alle *dissenting opinions* emerse in corso d'opera¹⁶.

Il diritto europeo ha una supremazia su quello interno, anche, si dice, sulla Costituzione¹⁷: è la Corte di Giustizia a stabilirne i contenuti e dunque alle sue decisioni si appende un ordine gerarchico apparentemente lineare.

¹³ Cfr. Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 236, Pres. Quaranta, Rel. Lattanzi, per il cui commento si rimanda a VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in dirittopennalecontemporaneo.it, 6.9.2011.

¹⁴ Cfr. ad esempio, Cass., Sez. un., 24.11.2011, dep. 24.4.2012, n. 15933, Pres. Lupo, Rel. Ippolito, per il cui commento si rimanda a ROMEO G., [Le Sezioni unite sull'applicazione retroattiva della disciplina più favorevole in materia di prescrizione](#), in questa *Rivista*, 4.5.2012.

¹⁵ Le Sezioni Unite (Cass. pen., sez. un., 26.6.2015, dep. 21.7.2015, n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia) hanno stabilito rilevanti principi, sia a proposito della nozione di confisca diretta, sia rispetto all'ammissibilità del provvedimento ablatorio, nei casi in cui sia prescritto obbligatoriamente dalla legge, mediante la sentenza che dispone non doversi procedere in ragione della intervenuta prescrizione del reato. I giudici di legittimità tentano di conciliare l'inconciliabile. Un sistema che prevede come alternativa alla pronuncia della prescrizione l'evidenza dell'innocenza o dell'insussistenza del fatto preclude la possibilità di pronunciarsi incidentalmente sulla responsabilità dell'imputato anche quando vi sia stata una pronuncia di primo grado in tal senso, pena l'eliminazione di un grado di giudizio e di tutte le prerogative che spettano alle parti e al giudice nel processo di appello.

¹⁶ Sul punto si veda il contributo di MARTINICO G., [Corti costituzionali \(o supreme\) e "disobbedienza funzionale"](#), in questa *Rivista*, 28.4.2015

¹⁷ A questo proposito cfr. CGUE, sent. 26 febbraio 2013, C- 399/11, Melloni, sulla quale cfr. MANACORDA S., [Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?](#), in questa *Rivista*, 17 maggio 2013. Con questa sentenza la Corte di Giustizia è intervenuta nel caso *Melloni*: prima occasione nella quale una Corte costituzionale ha sottoposto alla Corte di giustizia dell'UE una questione che concerne direttamente la potestà degli Stati membri di far valere 'controlimiti', in materia di tutela dei diritti fondamentali, rispetto agli obblighi di

In realtà a chi risalga le scale dell'edificio interpretativo descritto si presentano anfratti oscuri: se il tema diviene la compatibilità della norma costituzionale, tradurre una decisione giurisprudenziale in principi confliggenti è operazione ermeneutica che procura vertigini. Se poi l'operazione ha ad oggetto i principi fondanti la prima parte della Norma c'è da chiedersi come possa svolgersi senza incidere sulle ragioni stesse della nostra partecipazione all'Unione, spazio di libertà e sicurezza: il proteiforme evolversi della sentenza Taricco, di cui dirò, e l'abbandono dell'irretroattività, totem salvaguardato dalle precedenti decisioni della Corte di Giustizia¹⁸, apre lo spazio a soluzioni difficilmente prevedibili.

Il nocchiero del vascello deve dunque ricostruire gli strumenti applicativi della norma affidandosi a un tracciato nel quale la tipicità della norma non illumina più il suo percorso, costretto tra i flutti di orientamenti confliggenti e antinomie irrisolte.

4. Elogio della prescrizione

Il decorso del tempo rappresenta nella nostra vita un passaggio ineludibile e viene a scadenza con la morte che a ciascuno spetta.

Ci eravamo abituati a considerare la prescrizione e la conseguente morte del reato come un avvenimento coerente alla finitezza dell'esistenza; strumento delicato nella sua disciplina, capace di nascondere immunità improprie, ma anche di evitare affollamenti carcerari: mitigando con ciò una progressiva efficienza del sistema penale, visibile dalle statistiche giudiziarie¹⁹. Un sistema giudiziario ridotto nella sua espansione dalla tagliola temporale che rende irragionevole l'applicazione della sanzione quando giunga a grande distanza dal fatto.

E, del resto, il processo è già pena, oggi aumentata dalla stigmatizzazione mediatica e sociale che travolge la barriera dell'accertamento processuale.

La notizia²⁰ che in Georgia hanno eseguito la pena di morte su un detenuto di 72 anni, per una condanna inflittagli 35 anni prima, dà la misura non solo di quanto sia barbara la sanzione biblica, ma di quanto sia macabra ulteriormente la danza della pena quando si svolga con tempi indipendenti dal corso dell'esistenza umana.

adeguamento dell'ordinamento nazionale al diritto UE. I Giudici di Lussemburgo hanno sostenuto che nella misura in cui il diritto UE rispetta i diritti fondamentali tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, lo Stato membro non può rifiutare di adempiere gli obblighi che ne derivano, nemmeno nell'ipotesi in cui tali obblighi risultino in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dal proprio ordinamento costituzionale. La Corte ha pertanto ritenuto che, in questi casi, dovesse soccombere il diritto interno. Si veda in proposito VIGANÒ F., [Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni](#), in questa *Rivista*, 9.3.2014.

¹⁸ Cfr. la nota sentenza C.G., Grande Sezione, 3 maggio 2005, Cause riunite C-387/02, C-391/02 e C- 403/02, Berlusconi e altri, in materia di adeguatezza sanzionatoria della disciplina riformata del falso in bilancio.

¹⁹ Cfr. PAVARINI M., *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Numero monografico della rivista IUS17@unibo.it, BUP, 3/2013.

²⁰ Il [Corriere della Sera](#) e [La Repubblica](#), il 3 febbraio 2016, riportavano la notizia dell'esecuzione della condanna alla pena capitale di Brandon Jones, 72 anni, la metà dei quali trascorsi nel braccio della morte.

Il sistema dei termini estintivi dovrebbe consentire ovviamente lo svolgimento delle indagini in tempi ragionevolmente plasmati anche sulla loro complessità, comunque incardinarsi sulla certezza di un decorso temporale, proporzionato al significato della tutela apprestata dalla norma violata.

Può accadere - e dovrebbe²¹ esserlo ragionevolmente solo per fatti gravissimi (delitti contro l'umanità) - che alcuni reati vengano dichiarati imprescrittibili, lasciando così alla morte del reo il compito di fare coincidere l'estinzione del reato con quella del protagonista.

Una recente sentenza della Corte di Giustizia²² ha deciso che alcuni reati finanziari non siano più soggetti a prescrizione, quando incidano sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, per i quali si ritiene che l'applicazione della norma penale sia presidio necessario e ineludibile, invocando una direttiva che si pretende *self executing*: conseguenza che si ricava dalla ritenuta illegittimità per difetto del termine ultimo della prescrizione stabilito dall'art. 157 del codice penale, dopo la sua interruzione. Fondamento della scelta è dunque una tutela rafforzata per un reato finanziario: una decisione paradossale se si ha in mente una gerarchia di valori che anche nella Carta di Nizza pone in primo piano la tutela della persona umana, della vita, dell'incolumità, della libertà'.

La priorità assegnata a vicende finanziarie, sia pur fraudolente, per privilegiare la norma penale e la sua applicazione svuota di senso l'uso dell'illecito penale, di cui si nega l'*extrema ratio* e la specialità rispetto ad altri strumenti sanzionatori. Il rivendicato monopolio interpretativo del diritto europeo nasconde sul punto la valorizzazione del tutto impropria e irragionevole dello strumento di tutela invocato.

Il nostro Giudice di legittimità, chiamato ad uniformarsi alla statuizione della Corte di giustizia, ha travolto anche l'irretroattività dell'applicazione dell'istituto. Funambolismi interpretativi²³ aggirano la gravità dell'avvenuto: la tutela della persona dalla sanzione penale, di cui la legalità è presidio decisivo, finisce per scomparire dietro le nebbie di un tecnicismo svuotato di senso, né qui si affaccia la trama cogente della tutela dei beni giuridici che aveva consentito la deroga all'effetto cogente di altre decisioni di provenienza sovranazionale.

Così la disciplina legale della punibilità nel tempo si trasforma in un puro accidente processuale modellato da convenienze efficientiste.

²¹ Una recente sentenza della Cass., sez. un., u.p. 24.9.2015, Pres. Santacroce, Rel. Vecchio, Ric. Trubia, così vuole anche per il delitto di omicidio aggravato, punito con l'ergastolo, indipendentemente dal bilanciamento delle circostanze.

²² C.G., Grande Sezione, 8.9. 2015, Taricco, causa C-105/14, sulla quale si rimanda al commento di VIGANÒ F., [Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia](#), in questa *Rivista*, 14.9.2015

²³ Cfr. Cass. pen., sez. III, 15.9.2015, dep. 20.1.2016, n. 2210, Pres. Franco, Est. Scarcella. La pretesa che non venga toccato il principio di irretroattività perché la soluzione conseguirebbe ad una interpretazione di una direttiva europea preesistente alla commissione del fatto rappresenta solo un ingegnoso, ma paradossale stratagemma che non tocca la sostanziale retroattività dell'applicazione dell'istituto. D'altro canto se il principio di legalità impone la prevedibilità ragionevole degli esiti applicativi difficile nel caso iscriverci gli esiti della sentenza della Corte di giustizia prima della sua pronuncia.

Attendiamo il responso della Corte Costituzionale, chiamata in causa da altro Giudice²⁴ che non ha ritenuto fosse possibile un'applicazione meccanica della decisione europea alla luce della barriera imposta dall'art. 25 della nostra Costituzione: un *dictum* giurisprudenziale, sia pur pronunciato da un Supremo consesso che modella il diritto europeo a suo insindacabile piacimento, è davvero in grado di modificare ciò che non potrebbe entrare neppure in un processo di revisione costituzionale? E' consentito dubitarne²⁵.

La scelta della casella - processuale o sostanziale - della natura dell'istituto della prescrizione nasconde ragioni di pura convenienza, se non è illuminata dalle ragioni di senso che intrecciano in modo inestricabile il tempo e la ragione del punire e dunque ne impongono la sua appartenenza alla sfera della tipicità dell'illecito, come è stato tramandato da più di mezzo secolo di riflessioni dottrinali e giurisprudenziali.

5. Ciò che conta è il giudice

Sempre più dunque vale la constatazione del rabbino chiamato a spiegare, a coloro che lo accompagnavano durante il lungo viaggio al termine del millennio, le ragioni a sostegno della loro tesi nel giudizio che li attende sulla validità della poligamia: inutile discettare sui principi perché "ciò che conta è il giudice"²⁶.

La prassi quotidiana dello svolgimento della giurisdizione accentua la deriva che abbiamo indicato: non è oggetto di rilevazione statistica e la mia riflessione opera generalizzazioni indebite e un approccio al tema per approssimazioni necessariamente schematiche.

Quello che ai piani alti dell'edificio appare come una difficoltà imposta dalla complessità, al piano terra, dove si misurano le conseguenze concrete del fenomeno, si manifesta come una modifica irreversibile del senso del fare giustizia in materia penale.

L'*incipit* è rappresentato da pubblici ministeri che disegnano il monopolio dell'azione penale sempre più affascinati da percorsi che riposano su aspettative sociali veicolate attraverso impulsi mediatici. La norma è sullo sfondo, uno degli strumenti, e neppure il più interessante e decisivo, sul quale misurare la scelta dell'indagine e l'ampiezza di risorse per svolgerla. Investiti dal vibrante ruolo di controllori della legalità, utilizzano il processo come uno strumento duttile nel quale operare la dimostrazione a tutto campo della capacità di estirpare fenomeni criminali, che di volta in volta vengono portati alla loro attenzione. Chi considerasse quello che avviene una patologia facente capo ai singoli o alla corporazione farebbe torto alla comprensione di ciò che accade.

²⁴ Cfr. Corte d'Appello di Milano, sez II pen., ord. 18.9.2015, Pres. Maiga, Est. Locurto.

²⁵ In realtà metterebbe in questione la stessa abdicazione di sovranità realizzatasi con l'adesione all'Unione.

²⁶ Yehoshua Abraham B., *Viaggio alla fine del millennio*, Einaudi, 2005.

L'intelligenza e la capacità dei protagonisti fanno in taluni casi la differenza, ma rappresentano una quantità trascurabile rispetto all'andamento del fenomeno, conseguenza diretta del venir meno di una guida sicura di riferimento.

Il vuoto di legittimazione del ceto politico ha comportato forme di supplenza più volte ricordate, da taluno direttamente invocate come salvifiche: privati del paracadute della credibilità sociale, coloro che rivestono cariche elettive sono stati esposti a decapitazioni sommarie del loro ruolo. In un mondo nel quale conta l'esposizione pubblica, la *notizia criminis* rappresenta una clava in grado di abbattersi sui malcapitati.

Rileva decisamente la veste pubblica o comunque pubblicamente esposta dei protagonisti che trasforma il reato in un rischio sociale²⁷.

Non a caso i magistrati che si proiettano su una carriera politica²⁸ rivestono le funzioni di pubblico ministero. Non perché, come taluno mormora, svolgano le loro funzioni strumentalmente a una futura carriera politica.

La questione è diversa e ben più grave: la funzione si affaccia ormai direttamente su una discrezionalità politica che consente forme di legittimazione coerenti a tale carriera.

L'usura della tipicità apre una sconfinata possibilità di scelta in una fase nella quale l'intervento penale è ancora abbozzato e embrionale. La fase del giudizio impone operazioni sillogistiche allentate, ma sottoposte alla verifica di una motivazione. Il pubblico accusatore può ignorarle dando impulso all'azione penale sulla base di valutazioni del tutto indipendenti, plasmate sui criteri insindacabili che ha deciso di adottare per operare il controllo di legalità. Quest'ultima categoria vale a evidenziare paradossalmente nel lessico corrente proprio l'assenza di un tessuto legale di riferimento, divenendo sinonimo di volta in volta del bene, dell'onestà, della difesa del debole o comunque di chi si vuole meritevole di tutela, fino alla lotta a svariate forme criminali che popolano il territorio.

Ciò che accade merita riflessioni radicali e svela la povertà del dibattito che ha affaticato, da oltre un ventennio, la natura di questo ruolo tra proposte di divisione delle carriere rispetto alla magistratura giudicante contrapposte alla difesa dell'esistente, in nome di una rivendicata cultura della giurisdizione. Falsi idoli che non si adeguano alla trasformata e irreversibile morfologia della funzione, alla quale ridarebbe coerenza solo l'accettazione definitiva della politicità del ruolo e la sua sottoposizione a un controllo popolare attraverso sistemi di investitura ben diversi da una selezione tecnica.

L'ordinario svolgimento della giurisdizione concentra invece i suoi sforzi sulla responsabilità del soggetto coinvolto: la garanzia processuale rappresenta il tema sul quale si accendono i riflettori e in qualche modo il vaglio del dubbio ha sostituito quello della fattispecie. Lontano dalle Corti Supreme ogni dibattito, che invochi la

²⁷ Cfr. SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale*, Bologna, Il Mulino, 1990, *passim*.

²⁸ Attualmente da quella carriera sono arrivati a rivestire il ruolo di sindaco di una grande città metropolitana (Napoli), di presidente di Regione (Puglia), a fondare un partito politico, a rivestire ruoli minori ma significativi nelle giunte di molte città.

complessità del tessuto normativo e della sua interpretazione, lascia il campo a soluzioni rimediate che fanno capo alla meritevolezza della pena secondo un approccio indistinto. Mano a mano che si risale la china delle impugnazioni riaffiora la pretesa di ritrovare il filo conduttore di una qualche coerenza logica e giuridica. Non già perché muti la qualità dei protagonisti - e a volte peraltro fortunatamente accade - ma perché la motivazione svela sovente la miseria delle impalcature concettuali a sostegno. E' tempo credo di prendere atto di un processo irreversibile prospettando rimedi all'altezza del problema posto.