

SERGIO MOCCIA

SULLE PRECONDIZIONI DELL'ERMENEUTICA
GIUDIZIALE NELLO STATO DI DIRITTO

Dall'angolo visuale del diritto penale sostanziale, il tema dell'attività ermeneutica si lega strettamente a quello della legalità, in particolare sotto il profilo della determinatezza/tassatività.

L'aspirazione illuministica ad un diritto penale laico, espressione del contratto sociale e, dunque, di democrazia, si riflesse, com'è noto, pure nella ricerca di soluzioni normative tali da porre argini all'arbitrio del giudice. Non si trattava di un'istanza puramente teorica, ma della critica ad una realtà di gravissima incertezza del diritto, dovuta alla confusione delle fonti, all'oscurità delle norme e all'imperare di una giurisprudenza creativa, nelle forme dei *crimina* e delle *poenae extraordinariae* e del ricorso casistico – slegato dai vincoli della sistematica, in assenza di una parte generale – all'*opinio doctorum*.

E le soluzioni normative venivano proiettate nella riserva di legge, nella codificazione, nella rarità delle leggi penali, nella loro chiarezza, nella verificabilità empirica delle fattispecie.

Tutto ciò doveva costituire la premessa indispensabile perché dal governo dei giudici si passasse a quello delle leggi, e, quindi, perché il potere giudiziario fosse soggetto a quello legislativo: perché il giudice fosse *bouche des lois*.

Si tratta di ideali che, attraverso percorsi complessi e plurisecolari, sono divenuti principi costituzionali del nostro ordinamento: riserva di legge, determinatezza – anche *sub specie* verificabilità empirica – e tassatività, sussidiarietà del diritto penale, soggezione dei giudici alla legge (art. 101, comma 2, Cost.). Essi esprimono ancora oggi esigenze irrinunciabili, come quelle di democrazia e di garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo, che sono sempre in pericolo quando interviene il potere punitivo. E tutti i cittadini, compresi i giudici, «hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi», come recita l'art. 54 Cost.: la distanza della prassi dai principi costituzionali non può costituire argomento per un disincantato realismo, nei fatti eversivo di quei principi, ma deve indurre – secondo l'idea di “utopia concreta” – ad un impegno costante volto al superamento dell'attuale crisi della legalità e, con essa, dell'attività ermeneutica.

Un tale superamento passa attraverso l'analisi e la critica delle ragioni della crisi della legalità.

La prima di esse è rappresentata dallo stato della legislazione penale. Un codice

obsoleto, sul piano ideologico oltre che dell'adeguatezza al mutamento economico, sociale, culturale, tecnologico; oramai reso irriconoscibile da amputazioni ed innesti, prevalentemente di carattere emergenziale. Una legislazione extracodicistica alluvionale, sovente inefficace, talora draconiana – si pensi alla disciplina degli stupefacenti –, talora di privilegio per i 'reati da gentiluomini'. Una serie di novelle – a partire da quella del 1974 – che, per sopperire alla mancata riforma, sono andate sempre più ampliando gli spazi di discrezionalità giudiziale, anche attraverso l'ampliamento delle fattispecie e la proliferazione incontrollata di circostanze, non insovente indefinite: dall'"ingente quantità" (art. 80, comma 2, t.u.) alla "lieve entità" (art. 73, comma 5, t.u.) della disciplina degli stupefacenti, ai casi di violenza sessuale di "minore gravità" (art. 609-*bis*, comma 3, c.p.), ove l'indeterminatezza della circostanza è conseguenza di quella della fattispecie, imperniata sul concetto di "atti sessuali".

Il dato secondo cui ormai ci troviamo di fronte ai brandelli di un sistema penale è la prima ragione della crisi dell'attività interpretativa del giudice. Infatti, dall'inadeguatezza del codice Rocco a fronte di fenomeni criminali talora nuovi – criminalità ambientale, ad esempio – e dalla mancanza di interventi strutturali di riforma legislativa sono scaturite, da lungo tempo, perniciose tendenze verso forme di supplenza giudiziaria. Ancora, a fronte di livelli sanzionatori talora insopportabilmente repressivi o ritenuti, al contrario, inadeguati per difetto, si è assistito ad una vera e propria riscrittura giudiziale, di taglio casistico ed intuizionisticamente equitativo, delle regole della commisurazione della pena – suggellata sovente dall'autocertificazione, non sindacabile in Cassazione, secondo cui la pena irrogata è "congrua" –; tale riscrittura è stata certamente favorita da una disciplina legislativa onnicomprensiva sul piano degli indici fattuali ed ambigua sotto il profilo degli indici finalistici.

Alla crisi della legislazione ed alla crisi della politica è corrisposta, poi, negli anni dell'emergenza terroristica, di quella mafiosa e soprattutto di Tangentopoli, l'esaltazione, avallata dai mass-media, del potere giudiziario quale potere per definizione buono, ritenuto l'unico baluardo della legalità costituzionale. La grave corruzione politico-amministrativa, la pessima qualità dei prodotti legislativi e la creazione di un doppio binario della legislazione penale, tra diritto penale del nemico e, all'opposto, dell' 'amico', hanno contribuito a determinare atteggiamenti di superiorità del potere giudiziario, poco attenti alla soggezione del giudice alla legge ed alle stesse garanzie costituzionali del diritto penale: prima fra esse, il principio di legalità.

Anche il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi penali e processuali penali ha subito, in talune occasioni, un'impropria espansione attraverso il richiamo al principio costituzionale, ampiamente indeterminato, della ragionevolezza: emblematiche, ad esempio, alcune pronunce in tema di 'non dispersione della pro-

va'. Ma il segno più evidente dell'eccessivo spazio rivendicato dalla magistratura nella stessa produzione del diritto è costituito dalla valorizzazione del cosiddetto diritto vivente. La Corte costituzionale, utilizzando tale criterio per salvare la legittimità di norme carenti sul piano della determinatezza – si veda, ad es., la sent. n. 21/1990, in materia di inosservanza di misure di prevenzione – ha finito per svuotare di contenuto il principio di determinatezza: la cui *ratio* impone al legislatore il dovere di definire con chiarezza e precisione le fattispecie per limitare la discrezionalità giudiziale e, quindi, risulta violata allorché non è il legislatore, ma la giurisprudenza a definire, con interpretazioni talvolta stabili, ma molto più spesso oscillanti, la sfera del punibile.

All'ampliamento dello spazio discrezionale del giudice ha contribuito considerevolmente, inoltre, il modo in cui è stata concepita l'uropeizzazione del diritto penale.

Così, su un primo versante, quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art. 7 è stato impropriamente accostato al principio di legalità come noto alla tradizione degli stati di diritto dell'Europa continentale: si è, così, prospettata una riduzione del contenuto essenziale della legalità alla sola "prevedibilità ed accessibilità" del diritto penale, che, certamente, consente di ridurre ad un massimo comune denominatore le esperienze giuspenalistiche di *civil* e *common law*, ma al gravissimo costo di rinunciare ad aspetti qualificanti della legalità costituzionale, che connotano la stessa forma di stato e incidono sulla separazione dei poteri. Quando, infatti, si rinuncia alla riserva assoluta di legge, non richiesta dall'art. 7 CEDU, ed alla determinatezza legale – non richiesta dall'art. 7 e non certo conseguibile attraverso l'opera della giurisprudenza, interna o della Corte EDU! – è al fondamento contrattualistico, democratico, parlamentare della legalità che si rinuncia.

I guasti di un tale ordine di idee sono chiaramente percepibili anche nel nostro ordinamento, basti pensare alla recente sentenza delle Sezioni Unite n. 34952 del 19 aprile 2012 in tema di rapina: in essa si afferma che, se è vero che il tenore letterale della legge non consente di configurare il tentativo di rapina impropria, tuttavia l'art. 7 CEDU impone di intendere la legalità nel senso di prevedibilità ed accessibilità della giurisprudenza, cosicché, esistendo un costante orientamento giurisprudenziale – ma non tanto, visto che si è dovuti giungere alle Sezioni unite – pur poco compatibile con il tenore letterale, la *ratio* del principio di legalità sarebbe rispettata e l'art. 25, comma 2, Cost non sarebbe violato.

Sull'altro versante dell'uropeizzazione del diritto penale, quello del diritto dell'Unione europea, si è assistito al tentativo di ricorrere alla Corte di giustizia dell'Unione per ottenere pronunce di illegittimità comunitaria di norme penali *contra reum*, per violazione di obblighi comunitari di tutela penale – CGUE, sent. 3 maggio 2005, Berlusconi ed altri –; ancora, la Corte di giustizia, con una nota sen-

tenza – CGUE, Grande Sezione, 13 settembre 2005, Commissione vs. Consiglio UE – ha configurato, in via giurisprudenziale, la legittimità di obblighi di tutela penale imposti mediante direttive.

Per di più, le decisioni-quadro emanate nell'ambito del terzo pilastro e, dopo il Trattato di Lisbona, alcune direttive hanno imposto l'introduzione o l'ampliamento di fattispecie penali e sono state anche richiamate in funzione interpretativa di norme penali interne; tali decisioni-quadro e direttive danno luogo sovente ad un conflitto tra l'attuazione efficace delle norme UE, che impongono un 'minimo' di tutela penale, e l'osservanza di principi costituzionali, tra cui in particolare anche il principio di offensività. Così, ad esempio, nell'adempiere ad obblighi derivanti da convenzioni del Consiglio d'Europa e decisioni-quadro, si è ampliata la punibilità degli atti preparatori in materia di terrorismo, introducendo gli artt. 270 *quater*, arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale, e 270 *quinquies*, addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale; un altro settore problematico è quello degli abusi sessuali su minori, laddove, prima con l'introduzione della punibilità della pedopornografia virtuale, art. 600 *quater* 1, e più di recente con l'introduzione della fattispecie di adescamento di minorenni, art. 609 *undecies* c.p., si è ampliata la tutela penale, in contrasto con il principio di offensività, a condotte che non coinvolgono alcun minore in carne ed ossa – pedopornografia virtuale – o che risultano sideralmente distanti dall'effettiva offesa. Si consideri, infatti, che l'adescamento punibile si realizza qualora «allo scopo di commettere i reati di cui agli articoli 600, 600 *bis*, 600 *ter* e 600 *quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 *quater* 1, 600 *quinquies*, 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *quinquies* e 609 *octies*» si commetta «qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi comunicazione». Ai fini della punibilità è, dunque, sufficiente una "lusinga" soggettivamente "volta a carpire la fiducia del minore", ancora con la finalità interiore di commettere determinati reati sessuali.

Gli obblighi di tutela penale imposti dall'Unione europea indirizzano, dunque, il giudice in senso contrario al principio di offensività e contribuiscono, con la vaghezza o l'oscurità dei precetti, ad ampliarne a dismisura il potere discrezionale – oltre al citato elemento delle lusinghe nel reato di adescamento, si pensi alla definizione di immagini virtuali di cui all'art. 600 *quater* 1, comma 2, c.p.: «per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali».

Anche al di là delle considerazioni già svolte, in alcune pronunce – si pensi al tema dell'eutanasia – soluzioni giurisprudenziali anche sostanzialmente condivisibili sono state argomentate, anziché sulla base di dati giuridici vincolanti, richia-

mando esperienze normative e giurisprudenziali straniere ed addirittura convenzioni all'epoca del giudizio non ancora vincolanti per l'Italia, come la Convenzione di Oviedo.

Sul piano teorico, a legittimare la crisi della legalità ha contribuito la valorizzazione dei recenti sviluppi della teoria dell'interpretazione, che riconoscono un indubitabile momento creativo nell'attività del giudice. Ciò ha alimentato un grave equivoco: non si tratta, infatti, di negare l'esistenza di uno spazio ermeneutico, ma di circoscriverlo alla luce dei principi della nostra Costituzione e, in primo luogo, attraverso la determinatezza legale. Ma anche attraverso il vincolo del giudice ai principi costituzionali, la cui efficacia deve esplicarsi nell'opera esegetica: ciò costituisce un dato ormai acquisito per quel che concerne, ad esempio, il principio di offensività cosiddetto 'in concreto', a partire dalla sent. Corte cost. n. 333/1991, in tema di sostanze stupefacenti. Il giudice che, tra due interpretazioni possibili, sceglie quella contraria al principio di offensività, viola una regola ermeneutica fondamentale, quella di un'interpretazione teleologica costituzionalmente orientata. E lo stesso deve valere anche per gli altri principi, come ad esempio quello di personalità della responsabilità penale, evitando, in sede ermeneutica, di avallare forme occulte di responsabilità oggettiva o di posizione – come pure frequentemente si verifica, e di recente è accaduto – e così via.

L'esegesi del giudice in diritto penale, lungi dall'orientarsi al diritto vivente – il che spesso significa, purtroppo, alla tralatizia recezione di massime giurisprudenziali, elaborate in relazione a costellazioni fattuali a volte diverse – deve essere illuminata dai principi, ma anche da quel patrimonio ricchissimo di conoscenze costituito dalla dommatica e, in particolare, dalla sistematica, tradotta, in parte, in quei complessi consolidati di regole che sono le parti generali dei codici.

Talora l'attività ermeneutica giurisprudenziale sembra invece allontanarsi da esse, inseguendo pragmaticamente – il che, spesso, vuol dire arbitrariamente – la soluzione ritenuta equitativamente più adeguata al caso concreto. E così, ad esempio, in materia di concorso esterno – posto che si ritenesse applicabile quella clausola indeterminata che è l'art. 110 c.p. ai reati associativi, altrettanto indeterminati e che costituiscono una deroga alle norme sul concorso – si sarebbero dovute applicare le norme in tema di concorso di persone. Invece, perfino la giurisprudenza delle Sezioni unite si è ripetutamente discostata da quelle regole, creandone, in via giurisprudenziale, di nuove e diverse. Prima si è affermato, con la sent. Cass. SS.UU. 5 ottobre 1994, Demitry, che concorrente 'esterno' fosse solo quello infungibile, indispensabile, ovvero solo chi prestasse un contributo tale da costituire una condicio sine qua non: il che non corrisponde agli orientamenti dominanti in tema di concorso di persone, laddove si punisce pacificamente il contributo soltanto agevolatore. Poi, con la sent. Cass. SS.UU. 30 ottobre 2002, Carnevale, si è affermata la punibilità del concorrente esterno che compie atti idonei, adeguati ad

agevolare l'associazione: arrivando, così, a configurare la punibilità eccezionale di un tentativo di concorso. Addirittura, in alcune sentenze – v. in particolare Cass., sez. I, 16 marzo 2000, Proc.gen. App. Catanzaro in c. Frasca – si è giunti ad affermare la punibilità, a titolo di concorso di persone nel reato associativo, del mero accordo, del patto di scambio politico-mafioso che non rientrasse nell'art. 416 *ter* c.p.: in palese contrasto non solo con il principio di offensività, ma con la stessa disciplina del concorso: art. 115 c.p.!

E gli esempi potrebbero continuare, come in tema di dolo eventuale, categoria più che controversa, di difficile legittimazione in uno stato di diritto, per il contrasto con il principio di legalità – l'art. 43 c.p. certamente contrasta con il suo riconoscimento – e con la determinatezza *sub specie* verificabilità empirica, perché non è possibile provare in un processo che l'autore abbia accettato il rischio dell'evento e non abbia piuttosto confidato nel suo non verificarsi. Ad esempio, nella nota sent. delle SS.UU. della Cassazione, n.12433 del 26 novembre 2009, in tema di ricettazione e dolo eventuale, la configurabilità della stessa viene basata sulla prima formula di Frank, quella secondo cui vi è dolo ogni volta che si possa ipotizzare che l'autore, se si fosse rappresentato con certezza l'evento, avrebbe agito ugualmente: posizione pressoché unanimemente rigettata, da tempo, dalla dottrina, perché in tal modo si fonda la sussistenza del dolo su una mera congettura. In altre sentenze il dolo eventuale viene impiegato in maniera del tutto acritica ed irriflessa, così come nei commenti di qualche studioso epigono del diritto vivente, che si preoccupa soltanto di costruire una casistica. Si assiste, così, alla 'morte' del sillogismo giudiziario: per sapere se si possa punire taluno a titolo di dolo eventuale, non occorre più interrogarsi su cosa sia il dolo eventuale!

Di fronte ad un tale stato di cose, alla dottrina penalistica spetta un compito fondamentale: quello di continuare a vivificare la cultura del diritto penale, dei suoi principi costituzionali e vincolanti, di coltivare una sistematica affidabile e di promuovere una critica inflessibile rispetto ad applicazioni legislative e giurisprudenziali foriere di gravissime cadute sul piano delle garanzie e, quel che non è meno grave, anche sul piano dell'efficienza del controllo penale.

In uno stato di diritto garanzie ed efficienza camminano di pari passo.