



Osservatorio sulla legalità

2019

MATERIALI PER UNA CULTURA DELLA LEGALITÀ

a cura di **GIUSEPPE ACOCELLA**



G. Giappichelli Editore

HOEPLI.IT

Indice

Prefazione

(P. De Nardis-G. Acocella)

IX

Giustizia costituzionale integrata e giustizia costituzionale separata. Le conseguenze sull'evoluzione costituzionale dei due modelli

(M. Jestaedt)

1.	Giustizia costituzionale e evoluzione costituzionale	1
2.	Tipi fondamentali di giustizia costituzionale	2
	a) Giustizia costituzionale in senso largo e in senso stretto	2
	b) Il modello statunitense e il modello austriaco	4
	c) Coincidenza, correlazione, causalità	7
3.	Costituzione e giustizia costituzionale	8
	a) Pluralità e singolarità dei criteri	8
	b) Formazione di un “ <i>Constitutional Reasoning</i> ”	10
	c) Giustiziabilità dei diritti fondamentali	11
4.	Giurisdizione costituzionale e legislatore	12
	a) Il tribunale costituzionale come “organo costituzionale”	13
	b) Prossimità alla politica	14
	c) “Legislatore negativo”	16
5.	Giustizia costituzionale e giurisdizione speciale	18
	a) Parte o interlocutore della giurisdizione specializzata	18
	b) La giustizia amministrativa come cartina di tornasole	19
	c) Il ricorso alla giustizia costituzionale (<i>Urteilsverfassungsbeschwerde</i>)	21
6.	Corte costituzionale e Corti costituzionali	22
	a) Associazioni orizzontali di Corti costituzionali	23
	b) Associazioni verticali di Corti costituzionali	24
7.	(Dé-) <i>Formation professionnelle</i>	25

La legittimazione delle leggi.

Con Kelsen oltre il principio di legalità

(G. Stella)

27

La “teoria costituzionale” come condizione necessaria di una interpretazione costituzionale legittima?

(M. Tushnet)

53

La sovranità politica e i suoi nemici

(A. Morrone)

1. Premessa	67
2. Alla ricerca delle persistenze della sovranità politica	68
3. I due profili della sovranità politica	69
4. (<i>Segue ...</i>): a) istituzionalizzazione della sovranità politica	70
5. (<i>Segue ...</i>): b) riconoscimento della sovranità politica	73
6. La sovranità politica e i suoi nemici	75
7. La c.d. sovranità economica	75
8. La c.d. sovranità del <i>bios</i>	78
9. Nuovi sovrani? il ruolo della <i>téchne</i> e il destino della tecno-crazia	84
10. Il futuro del costituzionalismo	87
Bibliografia	88

Principi e moral reading nell’interpretazione costituzionale

(O. Chessa)

1. Legittimità e legalità	93
2. Coincidenza tra legittimità e legalità dell’interpretazione costituzionale in Hamilton e Marshall	95
3. La sfida delle norme costituzionali di principio e della <i>living constitution</i> alla legalità/legittimità della decisione giudiziale	97
4. Le disposizioni/norme costituzionali di principio: una tassonomia provvisoria	98
5. Dworkin e la distinzione tra “disposizione” e “norma”	100
6. A che servono i <i>principles</i>	102
7. All’origine della distinzione tra “regole” e “principi”	103

	<i>pag.</i>
8. I principi e la discrezionalità	105
9. Tutte le norme sono ipotetiche	107
10. L'erronea distinzione tra bilanciamento e sussunzione	109
11. La discrezionalità come <i>voluntas</i> o come <i>ratio</i> ?	110
12. La <i>constitutional theory</i> e l'originalismo	111
13. Chi ha veramente l'ultima parola sul diritto costituzionale?	115
14. Di chi è il potere d'interpretazione ultima?	117

Problemi di legittimità nella giustizia costituzionale tardiva
(C.M. Herrera)

1. La legittimità statuale	121
2. La legittimità contro-maggioritaria	123
3. La legittimità sociale	125
4. Conclusione	128

Condizioni di legalità e condizioni di legittimità nell'interpretazione giuridica
(G. Zaccaria)

1. Legalità e legittimità in Carl Schmitt	133
2. L'idea di Stato costituzionale e la trasformazione del diritto	135
3. Struttura dei principi: normatività e connessione tra diritto e morale	137
4. Conflitti tra principi nelle Costituzioni pluraliste	141
5. Il principio di proporzionalità	143
6. Sulle limitazioni dei diritti costituzionali	147
7. Conclusione	150

Un giudice politico?

Sulla teoria della democrazia di Hans Kelsen alla luce delle recenti nomine giudiziali

(T. Ehs)	153
----------	-----

Interviste sulla legalità: Paolo Grossi e Agostino Carrino

(a cura di G. Acocella)	165
-------------------------	-----

Biblioteca della legalità

<i>Effettività del principio di legalità e mancato riutilizzo dei beni confiscati</i> , di Antonio Esposito	191
<i>L'età dei diritti individuali e la rinuncia alla legalità</i> , di Elia Fiorillo	202
<i>Il trionfo del diritto di origine giudiziaria in Germania: storia e critica di un'inquietante rivoluzione</i> , di Giorgio Ridolfi	207
<i>I percorsi della legalità nel diritto amministrativo: la legalità oltre la legittimità e il ruolo giocato dall'interesse legittimo</i> , di Andrea Milone	215
<i>Responsabilità, efficacia, legalità: tre "declinazioni di ruolo" per i pubblici funzionari</i> , di Stefano Sepe	220
<i>La legalità penale alla prova di un nuovo ordine giuridico continentale</i> , di Pasquale Troncone	224
<i>Welfare sanitario e legalità nel Mezzogiorno: fra realtà e rappresentazioni sociali</i> , di Diego Forestieri	239
<i>Declino della sovranità e crisi della legalità</i> , di Giuseppe Acocella	242
<i>La giustizia ingiusta</i> , di Giovanna Di Giorgio	246
<i>La giurisprudenza al servizio della quotidianità</i> , di Antonio Scoppettuolo	253
<i>Note biografiche</i>	259
<i>Indice generale 2014-2019</i>	265

Prefazione

Per il sesto anno consecutivo l'Osservatorio sulla legalità – promosso nel 2013 dall'Istituto di Studi Politici “S. Pio V” per studiare e monitorare il delicato tema della crisi del principio di legalità nel nostro paese – pubblica i *Materiali per una cultura della legalità*, che raccolgono gli esiti delle ricerche promosse sulla tematica indicata, per indagare con rigore critico e senza pregiudizi gli aspetti del contemporaneo riconoscimento del principio di legalità come inevitabile fondamento dello Stato di diritto e della cultura giuridica più matura e consapevole dei fini della democrazia e della cura della effettiva esperienza sociale e storica dell'etica pubblica.

Un quinquennio ed oltre di attività costituisce ormai una solida esperienza di ricerca che ha coinvolto la comunità degli studiosi e degli operatori impegnati dall'Osservatorio su questi temi, ma rappresenta anche un qualificato esempio di divulgazione nella più ampia comunità sociale e giovanile. Per questa ragione – a sottolineare il lavoro compiuto in questi primi sei volumi – si offre un *Indice generale*, dopo quello che ha documentato il lavoro del primo quinquennio, che testimonia studi che costituiscono ormai un patrimonio di conoscenza e di approfondimenti del problema della legalità sotto il profilo scientifico, nonché le interviste che documentano la percezione che della legalità testimoniano annualmente i più illustri studiosi del diritto e dell'esperienza giuridica per un verso, e i più autorevoli operatori e rappresentanti delle istituzioni per altro verso, ed infine le opere (di diritto, di sociologia, di storia) sul tema della legalità, pubblicate nel nostro paese, che hanno dato spunto ad una nutrita schiera di studiosi e di indagatori della società della legalità di tracciare una mappa di rilevante interesse, costituendo così ormai una cospicua ed originale *Biblioteca della legalità*.

I *Materiali* possono pertanto ambire ad una collocazione stabile nel panorama degli studi italiani sulla legalità – per i quali si giovano anche dell'apporto dei più esperti studiosi stranieri della tematica – in un lasso di tempo sufficientemente ampio per constatare il consolidamento di una esperienza di studio e di ricerca come quella portata avanti dall'OSLE, nonché della sua continuità e del suo futuro, punto di riferimento nella dibattuta questione dei caratteri attuali della cultura della legalità nell'età contemporanea.

Il volume che viene pubblicato nel 2019 riprende studi e ricerche affrontati

in occasione del Convegno su *Legalità e legittimità nell'interpretazione costituzionale*, promosso dall'Osservatorio sulla legalità grazie all'impegno del prof. Carrino, e svoltosi a Roma il 29 e 30 maggio 2018, per fare il punto sulla grave incertezza del diritto che segna l'attuale condizione politico-istituzionale, ed in specie i nuovi assetti determinati dalla crisi del principio dell'equilibrio e della separazione dei poteri – fondamentale per lo Stato di diritto – fino alla sovrapposizione dell'azione del potere giudiziario sulle competenze proprie del potere legislativo. I saggi che esaminano queste sfide decisive per la democrazia le quali finiscono per minare il suo fondamento nella sovranità popolare sono stati affidati a studiosi illustri delle scienze giuridiche (Jestaedt, Stella, Tushnet, Morrone, Chessa, Herrera, Zaccaria, Ehs), fino a fornire un quadro approfondito dell'attuale dibattito in materia.

Ai saggi si accompagnano le interviste allo stesso Agostino Carrino, che argomenta e sostiene le ragioni cui si ispira il moderno Stato di diritto nella riaffermazione del principio della certezza, e a Paolo Grossi, Presidente emerito della Corte costituzionale, tra i maggiori studiosi di storia e di teoria del diritto del nostro paese, che testimonia la necessità di non sacralizzare la legge di produzione statale, ma di riconoscere la vitalità storica e sociale dell'esperienza giuridica, che non può essere irrigidita nel mero comando statuale. Le due interviste costituiscono una messa a punto su temi fondamentali per il destino dei paesi a democrazia avanzata, attraversati da una crisi senza precedenti. Completa il volume la *Biblioteca della legalità*, che offre annualmente il panorama degli studi promossi sul tema della legalità nella riflessione filosofico-giuridica e nei diversi approcci disciplinari, grazie ad apprezzati autori come Troncone, Ridolfi, Sepe, a giovani studiosi come Esposito, Forestieri e Milone, a giornalisti come Scoppettuolo, Fiorillo e Di Giorgio.

Paolo De Nardis
Presidente dell'Istituto "S. Pio V"

Giuseppe Acocella
Coordinatore dell'OSLE

governo. Si tratta, naturalmente, di capire quali debbano essere le condizioni per permettere ai dirigenti di svolgere tale funzione: per far sì – in altri termini – che le burocrazie pubbliche siano meno permeabili alla pressione politica ed, insieme, più capaci di interpretare l’indirizzo politico. In un sistema correttamente funzionante – veniva osservato negli anni della definizione in Italia delle norme sulla della dirigenza statale – «gli apparati burocratici sono o dovrebbero essere strumentali agli organi di governo e/o agli interessi egemoni della società», ma tra politici e burocrati, al contrario si creava sovente una “collusione non priva di rischi”⁷⁷.

I meccanismi premiali, il riconoscimento dell’autonomia, la responsabilità sui risultati raggiunti, così come la definizione di precisi criteri di valutazione sono da considerare come gli elementi in grado di esaltare la “responsabilità” del pubblico funzionario. Dal capitale professionale delle amministrazioni pubbliche si devono “estrarre” *élites* responsabili, eticamente munite e dotate di un forte senso di identità. In questo senso può giocare un ruolo fondamentale il valore simbolico della “professione” burocratica: lo spirito di corpo inteso come piena adesione alla missione delle istituzioni, come impegno civile oltre che professionale.

La legalità penale alla prova di un nuovo ordine giuridico continentale, di Pasquale Troncone

F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, pp. 1279.

F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 gennaio 2016.

Sommario:

Una doverosa premessa. – 1. La legalità moderna e il rischio di operare in un perimetro senza argini. – 2. Verso un nuovo ruolo delle garanzie nazionali del diritto penale e in particolare della riserva di legge. – 3. I germogli di una post-legalità di derivazione illuministica. – 4. La soluzione al dilemma nel dialogo tra le Corti (*rectius* delle fonti). Tre possibili auspici.

Una doverosa premessa

Nei momenti di svolta degli ordinamenti giuridici, come quello attuale che vede il diritto penale abbandonare le sponde nazionali per aprirsi a un diritto

⁷⁷ G. Amato, *La burocrazia nei processi decisionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, p. 488.

continentale multifocale nelle fonti, occorre una guida sicura, un Maestro del diritto che offra la sua prudente riflessione per comprendere quali sono i pregi e i pericoli di una nuova legalità così lontana dagli archetipi tradizionali.

Non è compito agevole tracciare in maniera compiuta e proporre all'attenzione del lettore, seppure bene informato della complessità del mondo giuridico, gli esiti di una riflessione costante, precisa e sempre rinnovata svolta dal Palazzo, peraltro in un ampio arco temporale, sul tema della legalità⁷⁸.

Tra gli studiosi e Maestri del diritto penale il Palazzo occupa un posto sicuramente centrale nella trattazione di un tema che per sua natura è destinato a cambiare continuamente pelle e ad aprirsi a nuovi e sempre più moderni approdi alla realtà che muta.

Legalità è designata come principio, un principio di fonte alta dell'ordinamento (art. 25, secondo comma, Cost.), ma in realtà è anche altra cosa, prima di tutto l'espressione di un patto comunitario che vive ed evolve attraverso la Carta costituzionale che, nel tracciarne il perimetro valoriale, finisce per recepirne l'esigenza, la finalità, la forma ma non appieno i contenuti e la sostanza.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana, peraltro, la legalità in Italia si è affermata come il "guscio" delle garanzie, il nocciolo duro della tutela dei diritti individuali.

Legalità è prima di tutto la definizione in termini squisitamente formalistici del complesso della disciplina delle fonti normative del diritto. In particolare, nella materia penale la legalità si consolida come il "vincolo delle garanzie", anche se si mostra lo strumento, il più raffinato e flessibile, per preservare assetti di potere e, al contrario, il mezzo per modificare l'orientamento di scelte fondamentali rese più funzionali e coerenti con nuove scelte di tipo ordinamentale, anche di segno opposto. In questa dimensione la legalità è anche legittimazione, riconoscimento della validità e della vincolatività della fonte del diritto. Come afferma lucidamente il Palazzo il tema va affrontato in termini di "relatività della legalità", perché soltanto se si acquisisce questa consapevolezza si comprendono appieno le ragioni e i moventi per cui la legalità è destinata a continue trasformazioni.

Purtroppo, anche se con la rapidità che lo scopo di questo scritto impone, vedremo che la garanzia di legalità non coincide con la legalità delle garanzie. La legalità vorrebbe essere, ma in realtà non è, un principio di garanzia, ma ha bisogno delle garanzie per conservare l'assetto dei contenuti e dei valori faticosamente acquisiti e stratificati nel tempo.

Legalità in diritto penale è in particolare il contenimento degli strumenti di punizione e di afflittività che derivano dalla violazione del precetto e soprattutto dalla lesione di un interesse che spesso coincide con i diritti fondamentali della persona.

⁷⁸ Per un puntuale compendio della riflessione sul tema della legalità è certamente opportuno rinviare a F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 98 ss.

Palazzo con sguardo vigile e con la sensibilità del giurista al passo con la storia, nell'evolvere dei tempi e dei contesti comunitari osserva criticamente i nuovi possibili itinerari della legalità penale. La sua costante preoccupazione nella trattazione di un tema che come tutti i temi cari a uno studioso rischia di "incatenarlo" ad una trattazione permanente (sono sue parole), è nel divenire preoccupante delle trasformazioni della legalità: «È infatti sotto gli occhi di tutti che la legalità, anche quella sua specie più irrigidita e assolutizzata che è la 'legalità penale', ha subito nello scorcio dell'ultimo secolo lo scotimento concettuale di un vero e proprio terremoto teorico e pratico»⁷⁹.

Il principio di stretta legalità non è un principio dal contenuto e dalla portata immutabili, ma è un fotogramma dell'ordinamento, in particolare penale, che il giurista fissa in un determinato momento storico, ben sapendo che il divenire delle relazioni giuridiche e la trasformazione della realtà potrebbe poi consegnare all'osservatore un'istantanea diversa.

1. La legalità moderna e il rischio di operare in un perimetro senza argini

In una dimensione storica lo stesso Palazzo ricorda quanto è stata importante la riflessione di Piero Calamandrei nella fase progettuale della nuova legalità repubblicana rovesciando la legalità autoritaria ed eversiva dell'ordinamento fascista⁸⁰. Nello stesso solco si pone oggi l'opera di Palazzo che ci accompagna sul profilo di un nuovo orizzonte in cui la legalità è proiettata verso nuove scelte di valore, verso vincoli meno rigidi della giurisprudenza normativa e dove l'esigenza di omogeneità del diritto supera la barriera culturale della riserva di legge parlamentare della *law in the books*.

Legalità non è un dogma e non è soltanto un principio di orientamento, è un modo d'essere di un ordinamento giuridico che nel settore della punizione personale subisce necessarie e ragionevoli autolimitazioni. Ne consegue che legalità non è arbitrio ma un complesso sistema di equilibri, teso a garantire fedele osservanza alla fonte normativa e consapevole rispetto dell'integrità di un bene rilevante per la collettività e, per questo, protetto da una norma giuridica.

Nei momenti di svolta degli ordinamenti giuridici il tema della legalità si pone come indice sintomatico per comprendere le coordinate del nuovo quadro di principi e di valori che si propongono, ma soprattutto la spia di assetti istituzionali che producono diritto destinato a mutare rapidamente sotto i nostri occhi.

⁷⁹ Un lavoro puntuale e ricco di molteplici spunti riteniamo sia: F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1279.

⁸⁰ F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 gennaio 2016, p. 1.

Il penalista, forte della cultura delle garanzie che rafforzano la legalità penale e fanno della materia un “*unicum*” nel panorama ordinamentale, è sempre più arroccato su un presidio di legalità *in the books*, piuttosto che ad aprirsi acriticamente ai nuovi e inediti approdi di una legalità *in action* che origina dal lavoro delle Corti e della giurisprudenza in genere⁸¹.

La svolta epocale che stiamo vivendo e che traccia una decisa divaricazione tra la cultura giuridico penale della legalità *in the books* e la legalità *in action* chiama in causa il tema dell’affidabilità e della legittimazione delle fonti legislative del diritto e con esse la solidità delle relazioni tra democrazia rappresentativa e produzione della legge parlamentare⁸².

In questo intricato groviglio, la cui tensione non è agevole sciogliere senza una diagnosi svolta con mano sicura, ci accompagna l’analisi critica e rigorosa del Palazzo, cultore soprattutto delle garanzie della legalità *in the books* che, tuttavia, con animo sereno e consapevole della complessità del tema, svolge le sue riflessioni soprattutto in due scritti che si segnalano decisivi del suo pensiero: «*Legalità fra law in the books e law in action*»⁸³ e «*Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*»⁸⁴.

Per un Giurista come il Palazzo solidamente ancorato alle basi costituzionali della legalità della legge – basta rivedere il suo manuale di diritto penale-, fatta di stabilità della fonte e di affidabilità delle soluzioni legislative derivanti dalla sovranità popolare, il tema va indagato tenendo nel debito conto il fatto che acquisire acriticamente le nuove coordinate concettuali della legalità dell’esperienza giuridica o effettuale potrebbe compromettere il sistema delle garanzie faticosamente solidificate nel tempo. Allo stesso modo la scelta di nuove opzioni di orientamento portano, inevitabilmente, a ridisegnare il quadro della sistematica dei principi fondamentali e dei valori fondanti un ordinamento destinato a cambiare pelle con l’avvento di nuove e progressive acquisizioni dell’esperienza giuridica.

Non può non essere individuata, prima di ogni altra considerazione, la ragione profonda di questo radicale mutamento di orizzonte operativo del nostro ordinamento giuridico. Vi sono due precise ragioni che spingono verso questo cambiamento. In primo luogo, l’adesione al sistema dell’Unione europea ha determinato, con una progressiva e decisa evoluzione verso il futuro, l’ingresso di nuove fonti del diritto che si stabilizzano nel nostro sistema attraverso il punto di accesso incondizionato dell’art. 117 della nostra Carta costituzionale.

⁸¹ Sebbene molto lontani, il modello di *Common law* resta il prototipo di riferimento per una *law in action*, sebbene vada chiarito che *common law* è in primo luogo un vero e proprio ordinamento giuridico e in secondo luogo occupa il rango di matrice del diritto, come afferma A. Cadoppi, *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1161.

⁸² G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1247.

⁸³ Apparso in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2016.

⁸⁴ Apparso in www.lalegislazionepenale.eu, 29 gennaio 2016.

In secondo luogo, lo stato di crisi in cui versa il legislatore nazionale che non riesce ad anticipare scelte imposte a livello continentale, che derivano soprattutto da decisioni giurisprudenziali – *law in action* –, e destinate a stabilizzare un coacervo normativo formato da fonti appartenenti a livelli gerarchici diversi e soprattutto prive del sigillo della sovranità popolare.

Ormai sono sempre più numerosi i casi di un vero e proprio “cortocircuito” che vive la legalità penale nazionale e che impongono anche ai giuristi un deciso cambio di orizzonte culturale e argomentativo, a partire dalla c.d. “saga Taricco”; il “caso Contrada”; la sentenza Torreggiani e tutto quanto derivato, anche per le imposte iniziative legislative nazionali sul senso di umanità della pena⁸⁵. Tutte occasioni che suggeriscono di rivedere con prudenza e spirito sistematico le imprevedibili varianti che innovano con una pronta e inattesa radicalità il nostro sistema legislativo penale e i fondamenti di valore che informano la materia.

Inquadrata in questa nuova ottica in cui la norma penale vive, si ravviva ed evolve secondo un percorso oltre il legislativo, ci si pone dinanzi un nuovo modo di intendere il diritto penale, come il settore ordinamentale in cui le garanzie rappresentano uno spazio di limitazione e allo stesso tempo di tutela dei diritti. Uno spazio entro il quale tuttavia vanno rintracciati ed elaborati dei controllimiti all’azione di adattamento di un diritto *in action* che si propone, talvolta, come creativo e libero da vincoli di un sindacato interno.

Del resto, è profondamente mutato il perimetro giuridico entro cui si manifestava l’efficacia della norma penale, non più l’area del fatto elevato per effetto della paternità giuridica a precetto, ma il rispetto dei diritti individuali la cui tutelabilità è imposta dalla percezione effettuale compiuta dal giudice che ne conferisce rilevanza ordinamentale.

La ragione della divaricazione tra diritto della legge e diritto esperienziale è dunque insita non soltanto nella sacralità della fonte, ma soprattutto in una sorta di trasferimento del centro di interesse del diritto penale dal fatto al suo autore (anzi ai diritti dell’autore) e dove l’autore è l’unico destinatario dell’intervento riparatore del giudice.

Una perimetrazione costitutiva della legislazione nazionale che concorre e talvolta rischia la sua sostituzione con altro diritto informato e conformato a un modello dai margini mobili, per adattare e orientare il giuridico alla migliore tutela dei diritti fondamentali della persona e all’assetto degli interessi delle Istituzioni continentali.

⁸⁵ Il riferimento è alla legge n. 117/2014 su *Il diritto al risarcimento del danno da detenzione in stato di degrado* previsto all’art. 35-ter O.P.

2. Verso un nuovo ruolo delle garanzie nazionali del diritto penale e in particolare della riserva di legge

Il Palazzo individua la causa dello stato di crisi della legalità nel sistema italiano appuntando la censura sui due presidi di garanzia e di coerenza della fonte del diritto penale, la produzione della norma e il controllo sulla legittimità costituzionale della legge: «*La legalità è stata tradita innanzitutto dal legislatore e poi, in parte, anche dalla Corte costituzionale*».

In questo modo a essere entrato in crisi irreversibile è il principio di riserva di legge, con il risultato di abilitare il Giudice a rendersi artefice di un formante, quello giurisprudenziale, del tutto estraneo alla nostra tradizione giuridico penale⁸⁶. A soffrirne è soprattutto la coerenza del sistema, prima dei principi e poi dell'assetto dei delitti e delle pene, che nella dimensione effettuale seguono un percorso conformativo diverso da quello del progetto legislativo. Sicuramente a causa della non puntuale e precisa formulazione della legge – si legga precetto per il diritto penale –, d'altro lato per una sempre più invasiva attività di sindacato sull'integrità della fonte che svolge il giudice.

Naturalmente, come rileva il Palazzo, questa deriva della determinatezza della norma penale ha come conseguenza l'attacco all'equilibrio dei principi di garanzia che assistono e governano la stessa norma, primo fra tutti determinatezza/tassatività, assicurata dal sinergico divieto dell'estensione analogica⁸⁷.

La nostra tradizionale impostazione che prende vita dalla stagione del tecnicismo giuridico aveva stabilizzato, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, l'impegno alla precisione che incombeva sul legislatore, per fare in modo che il precetto penale fosse il più puntuale, definito, semanticamente univoco e circoscritto possibile e che non desse spazio a incertezze applicative tali da favorire il travalicare della tassatività in sede applicativa da parte del giudice.

La sempre più incerta e cattiva cura nella precisa articolazione degli elementi di tipicità della norma penale, l'introduzione di previsioni volte a comprendere molteplicità di condotte con lo scopo di assicurare tutela penale a fatti lesivi ma a rigore anche non punibili, e, infine, la supplenza a causa dei

⁸⁶ Si tratta di una vera e propria riformulazione dei livelli gerarchici delle fonti del diritto penale, come sostiene A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999.

⁸⁷ Non può essere non segnalata la particolare attenzione che Francesco Palazzo ha sempre rivolto al principio di determinatezza come solida base delle garanzie del diritto penale e come contenimento dell'azione punitiva del legislatore, a monte, e del giudice, a valle, si veda F.C. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979. Sotto altro profilo, quello sistematico, che coinvolge la determinatezza della fonte scritta del diritto penale, si rinvia a S. Moccia, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, ESI, Napoli, 2001.

ritardi legislativi intollerabili per taluni fatti riprovevoli per la coscienza collettiva, sono le cause che hanno ampliato l'area della tutela per opera giurisprudenziale. Hanno fatto ingresso nel diritto penale italiano fatti ritenuti rilevanti soltanto in ragione della stratificazione delle occasioni giudiziarie di rimprovero ma che il legislatore, forse colpevolmente o inconsapevolmente, aveva ritenuto di non punire.

Il caso eclatante nei confronti del quale il Giudice convenzionale ha svolto un ruolo di certificazione di una soluzione normativa che da un punto di vista legislativo non trova alcuno specifico aggancio, è quello del concorso esterno al reato associativo qualificato, dove il ruolo di concorrente assume la solida qualificazione di partecipe al reato associativo per semplice consolidamento giurisprudenziale⁸⁸. La soluzione punitiva nasce da una ragionevole armonizzazione di due distinte discipline effettivamente esistenti nel nostro codice penale, quella del concorso di persone dell'art. 110 c.p. e quella del delitto di associazione per delinquere dell'art. 416-*bis* c.p., ma che il legislatore non ha mai ritenuto di qualificare legislativamente con una norma che ne costituisse il "tipo". Il tipo diventa, invece, il portato di una reiterazione giurisprudenziale che ha reso quel "fatto" punibile, in quanto prevedibile per i consociati perché entrato a far parte del patrimonio di conoscenza collettivo e, pertanto, vietato dal diritto delle Corti.

In definitiva, il complesso delle norme codicistiche esistenti, di parte generale e di parte speciale, si aprono a un sincretismo interpretativo che rende il ruolo del partecipe all'associazione come una categoria di autore integrabile da condotte compatibili e causalmente convergenti e, per questa via, il rimprovero si fonda sulla condotta che produce un contributo all'organizzazione per nulla diverso negli effetti e nei risultati da quello degli altri partecipi.

Questo fatto così delineato ha assunto una dimensione punitiva per due ordini di ragioni: è il frutto di una ricostruzione normativa non incompatibile con il complesso delle norme penali; è la reiterata scelta del Giudice che, nell'accogliere come possibile la punibilità di talune condotte, rende prevedibile la condanna in ragione della stratificazione della medesima soluzione giurisprudenziale. Un diritto che amplia la categoria del punibile per effetto di scelte interpretative, anche se in assenza di un precetto, in modo tale che il fatto è punito in ragione della condotta convenzionalmente ritenuta illecita perché frutto di una punizione prevedibile, secondo quanto dispone l'art. 6 della Convenzione EDU.

Il caso pone all'evidenza dell'interprete una novità assoluta e come afferma il Palazzo: «...*l'asse portante del principio di legalità si è spostato dall'esigenza*

⁸⁸ Per tutto quanto concerne l'evoluzione legislativa della figura del concorso esterno si rinvia alla puntuale trattazione di V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2014.

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».

Tuttavia, tra i fenomeni ricorrenti che si annoverano negli interventi giurisprudenziali punitivi di matrice interpretativa di *law in action*, il nostro Autore indica la controversa ipotesi della rilevanza penale delle “valutazioni estimative” nel delitto di false comunicazioni sociali. Questo caso è certamente il prodotto dell'arrendevolezza del legislatore al formante giurisprudenziale che indebolisce il principio di determinatezza, aprendo il varco all'ingresso del diritto effettuale. Questa volta, tuttavia, il legislatore non è sovrastato dalle scelte del giudice ma mostra la sua arrendevolezza prescrittiva fin dall'esercizio del suo potere normativo, laddove assegna al giudice un compito preciso già nella fase di progettazione del precetto penale: «...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».

Il problema che si pone è capire se il legislatore ritenga più opportuno affidare alle armi dell'interpretazione fattuale la scelta punitiva, abdicando al suo ruolo prescrittivo, ovvero agire nella piena consapevolezza dei suoi limiti tecnici, demandando al giudice il compito di calibrare l'area di punibilità del fatto sulla base della valutazione di fattispecie concrete che appaiono soltanto nella loro entità fattuale dotate di significativa lesività penale, secondo un profilo di progressiva determinatezza *in action*.

Appare comunque del tutto singolare e controverso che il progetto normativo rinunci a tracciare un preciso quadro di disvalore del fatto, addirittura demandando ad altra fonte la previsione di un elemento di tipicità della fattispecie.

Non si può non rilevare che si tratta di un deciso mutamento di fronte rispetto all'originario compito che il legislatore si era assegnato in ordine al reato di false comunicazioni sociali, quello di eliminare sacche di incertezza del precetto che si appuntavano proprio sulle enunciazioni estimative prive degli argini di quantificazione oggettiva.

Se il fenomeno della indeterminatezza legislativa attiene alla fonte, sempre sulla fonte si appunta la critica di Palazzo nella fase del controllo di legittimità della fattispecie da parte della Corte costituzionale. La Corte nel corso del tempo ha maturato un potere sempre più ampio sul controllo della norma penale attraverso la lente dell'interpretazione, divenuta via via maggiormente penetrante e dinamica, secondo una diretta relazione con la carenza di cura tecnica apprestata da un legislatore che divide i suoi compiti tra Parlamento e Governo nella grande massa di provvedimenti legislativi supplementari.

Gli spazi di intervento del controllo di costituzionalità, in questo procedere, diventano sempre più ampi per effetto di norme sempre più sfuggenti ai

canoni di univocità del linguaggio legislativo (dice Palazzo «*in ispregio a ogni vincolo di sistema e ogni decoro di formulazione linguistica*») e di precisione nella qualificazione del tipo e nella enunciazione dei requisiti di tipicità del fatto. Per questa via si afferma l'esistenza di un canone di controllo come una distinta e autonoma categoria ermeneutica che trova un ampio campo di intervento.

Cosicché, pur in presenza del vincolo di riserva di legge parlamentare e la contemporanea assenza di un ruolo produttivo del diritto, la Corte orienta la norma penale a precise finalità di incriminazione, traendo dal novero di quelle possibili quella che ritiene più aderente allo spirito dei principi costituzionali e soprattutto alla luce della ragionevolezza punitiva del momento. Questa soluzione interpretativa in realtà si risolve in un'azione ondivaga: di ridimensionamento del potere prescrittivo della norma ovvero nel potenziamento di uno o soltanto di alcuni dei possibili aspetti⁸⁹.

Il ruolo della Corte, secondo Palazzo, compromette la solidità del principio di legalità, proprio laddove seleziona e stabilizza il profilo applicativo della norma, promuovendo una finalità punitiva che lo stesso legislatore non aveva compiutamente determinato o precisato. Il ruolo di evidente supplenza nella fase del controllo completa il quadro di instabilità della *law in the books* già messo in crisi da un legislatore improvvido. Non a caso le sentenze in materia di atti persecutori e di disastro innominato (o ambientale) sono tali da dimostrare in maniera evidente che la legge parlamentare è stata superata dal diritto vivente.

Nel panorama delle distonie in fase di controllo di legittimità costituzionale non manca un fenomeno che va annoverato tra quelli propositivi ma allo stesso tempo anomalo, attraverso lo strumento della c.d. “sentenza monito” inaugurato dalla Corte costituzionale. Si tratta di un preciso appello, reso talvolta con sollecitazione conformativa, lanciato al legislatore di intervenire con la legge, proprio come è avvenuto con il disastro ambientale che, nel distorcere il concetto di disastro innominato, chiedeva un intervento legislativo per assicurare la garanzia della legalità *in the books* a fatti particolarmente allarmanti di inquinamento irreversibile delle matrici ambientali.

3. I germogli di una post-legalità di derivazione illuministica

La lucida indagine svolta dal Palazzo consente di osservare con attenzione quali sono i punti di svolta, i nodi di produzione del diritto, che assumono un valore evolutivo verso nuovi approdi della legalità contemporanea. Oggi quel

⁸⁹ D. Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015.

“guscio” delle garanzie nel nostro ordinamento rappresenta il nocciolo duro della legalità costituzionale e, in buona sostanza, l’assetto delle garanzie democratiche in materia penale consolidate nel tempo.

Quando l’attenzione si sposta sul tema delle fonti del diritto che assicurano la legalità in un ordinamento democratico, occorre prendere atto che la post-modernità lentamente spinge la legalità verso nuovi e diversi centri di legittimazione⁹⁰.

La tradizionale matrice liberale mostra un ancoraggio irrinunciabile della legalità al monopolio della produzione del diritto in capo all’organo rappresentativo parlamentare. Da qui, in materia penale un principio rigidissimo di riserva di legge, già noto al nostro legislatore di età liberale, che non offre spazio ad altra autorità se non al Parlamento.

Nel tempo, già a partire dal secondo dopoguerra, si afferma un canone di garanzia molto comune alle Costituzioni nazionali che vede al centro i diritti fondamentali della persona e, in particolare, la persona umana come punto di attrazione di un assetto democratico moderno che trova lo Stato in posizione ausiliare. Questo riferimento di valore così pregnante viene ad essere al tempo stesso il comune riferimento di tutti gli ordinamenti giuridici che hanno sepolto l’esperienza autoritaria e che fanno della persona umana il nuovo crisma di legittimazione della democrazia, e allo stesso tempo il momento unificante di un nuovo ordine politico e giuridico. Lasciata alle spalle l’esperienza dell’annientamento dell’uomo nei campi di sterminio, un nuovo ordine si coagula intorno alla persona, nuovo fulcro dinamico di un assetto politico che conferisce legittimazione a una moderna democrazia.

In questo modo si sviluppa la seconda tappa che Palazzo designa come evento produttivo del diritto, la salvaguardia dei diritti fondamentali tutelati da una Carta e assicurati da una Corte.

Il terzo possibile approdo, in via di maturazione ma ancora molto lontano da essere in fase di legittimazione, è quello di una democrazia diretta che non ha più bisogno dell’Assemblea parlamentare ma che sviluppa il proprio diritto sulla base di un consenso sociale ampio, diffuso e soprattutto raccolto volta per volta dagli organi di governo. Un diritto che nasce anche dall’emotività ma che si legittima per essere supportato dalla “quantità” dei *supporters*.

Se fino ad alcuni anni fa la riserva di legge assicurava alla legalità penale nel sistema italiano una consolidata supremazia rispetto agli interventi “innovativi” del giudice e della Corte costituzionale, tutto questo ora non è più così solido.

La modifica radicale dell’art. 117 Cost. e il conseguente riconoscimento del diritto sovranazionale convenzionale come fonte del diritto di poco gerarchicamente inferiore alla Costituzione repubblicana ha aperto il fronte a una

⁹⁰ D. Pulitanò, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in *www.penale contemporaneo.it*, 19 aprile 2017.

nuova e inedita opera di normazione da parte delle Corti sovranazionali⁹¹.

Questa nuova prospettiva del diritto eurounitario ma soprattutto il riconoscimento formale di nuove fonti del diritto ha, in buona sostanza modificato i rapporti dialettici tra giudice e legge⁹², ponendo in antitesi, almeno in una prima fase del confronto, il diritto del legislatore e il diritto delle Corti: «*Il paradigma giuridico di un diritto per così dire a più voci, in cui quella del legislatore è una delle tante del coro e non sempre la più intonata*»⁹³.

Il mutamento ovvero il ridimensionamento del paradigma tradizionale pone al centro il tema della certezza del diritto rispetto alla certezza della legalità e ricerca nel concetto normativo della prevedibilità della condanna il nuovo canone della responsabilità penale, cui si affianca il diritto consolidato delle Corti come una sorta di cuore stabile di un organismo mobile⁹⁴.

Del resto, la ricerca di una omogeneità del diritto tra ordinamenti nazionali così dissimili fra loro trova il suo punto di equilibrio proprio nei diritti fondamentali della persona, ecco perché la Convenzione EDU assume il ruolo di un nuovo paradigma e con esso il Giudice che la tutela riserva a sé un ruolo non di mero “applicatore” ma di “adattatore” di una *law in progress*.

Il vero problema è trovare canoni comuni che assicurino un diritto innovativo ma non eversivo e che, allo stesso tempo, garantisca la riserva di legge.

Su questo tema non si sconta il dilemma di essere conservatore o innovatore ma di assicurare legalità e giustizia rispetto al rischio di innovare il diritto senza tenere conto del sistema di democrazia rappresentativa. Sotto questo aspetto il Palazzo, memore della lezione di Calamandrei, segue con acribia argomentativa e spirito aperto il nuovo diritto giurisprudenziale delle Corti europee, cogliendone i caratteri tipici di un’attività normativa insediata in un nuovo fulcro istituzionale. Il punto focale della *law in action* è il consolidamento di una nuova legalità per effetto di un nuovo centro di produzione normativo, del tutto diverso, anche se in parte dipendente, dalla volontà popolare espressa in sede parlamentare.

Il diritto di produzione nazionale si affina attraverso l’intervento della Corte EDU, ad esempio, che adegua il fatto giudicato dal giudice nazionale ai principi ispiratori della Convenzione, dove la prevalenza degli interessi risiede nel rispetto dei diritti fondamentali della persona e non nella sacralità

⁹¹ Si vedano, per i dirompenti effetti che ne sono conseguiti, le cc.dd. sentenze gemelle della nostra Corte cost. n. 348 e 349/2007.

⁹² G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, ESI, Napoli, 2012.

⁹³ F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., p. 3.

⁹⁴ F. Viganò, *Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016: «Accessibilità(=conoscibilità) del precetto e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie sono le parole chiave nella giurisprudenza pertinente di Strasburgo, che naturalmente legge il *nullum crimen, nulla poena sine lege* come diritto dell’individuo, anziché come “principio” ordinamentale funzionale alla tutela di interessi pubblici».

del precetto che ha portato il giudice nazionale all'incriminazione⁹⁵.

Per dirla in breve, la colpevolezza normativa che conosciamo per la grande opera di orientamento costituzionale che ha fatto la nostra Corte nel rielaborare i coefficienti costitutivi della responsabilità penale, sottostanno a un preventivo controllo sulla prevedibilità della condanna, che non nasce dalla consapevole e colpevole violazione del precetto, ma dalla certezza che l'agente raggiunge circa la rimproverabilità della sua condotta in quel determinato contesto fattuale.

Si tratta di un radicale capovolgimento di fronte, prima di tutto giuridico in termini di certezza del diritto, ma sul piano generale di tipo culturale cui, soprattutto il penalista, è chiamato a misurarsi con spirito critico ma consapevole di una nuova gerarchia di valori che si afferma⁹⁶.

Basta soltanto cogliere l'importanza di quanto la Corte EDU sta offrendo in materia di misure di prevenzione per affinare il canone di responsabilità che, sempre lamentatane la carenza da parte della dottrina, né il legislatore né la Corte costituzionale hanno ritenuto opportuno un intervento fortemente demolitivo. Una complessa e pervasiva disciplina non più al passo con i tempi consegnata all'immutabile quadro della normazione penale della pericolosità, fino a quando la Corte EDU non ha reso preponderante il canone della tutela dei diritti rispetto alle esigenze di politica criminale, imponendo al legislatore nazionale di intervenire in una prospettiva di riforma della *law in the books*⁹⁷.

4. La soluzione al dilemma nel dialogo tra le Corti (rectius delle fonti). *Tre possibili auspici*

Nella tradizione del diritto l'opera di uniformità normativa nasceva da una fase costituente in cui veniva fissata una norma di principio intorno alla quale si andava strutturando la disciplina dei casi e delle fattispecie. La Carta costituzionale aveva il compito di orientare le opzioni del nuovo diritto e riorientare il diritto preesistente che non poteva essere eliminato.

Il governo della legislazione, affidato secondo i canoni tradizionali alla rappresentanza del popolo, viveva in questo modo ristretto nelle maglie dei principi e dei valori della Carta fondamentale che la comunità si era data in un momento storico e che ne segnava l'anno zero.

⁹⁵ Si tratta in effetti di ordinamenti giuridici ispirati a principi diversi e a modelli diversi, come precisato da M. Gambardella, *I modelli della legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in *Arch. pen.*, 2017; F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2017.

⁹⁶ C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999.

⁹⁷ F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 marzo 2017.

La costruzione del diritto continentale europeo sta seguendo invece percorsi del tutto inediti per la nostra esperienza, ma anche per l'esperienza di tanti altri Stati nazionali. L'uniformità non si persegue più concentrando la legislazione sulla casistica delle relazioni da regolare, sui fatti da vietare, ma il diritto nasce dal sincretismo di prodotti normativi diversi, derivanti da diverse autorità.

L'assenza di una Costituzione continentale europea, ma la forte e sempre più incisiva presenza della Convenzione EDU e della sua Corte, dei Trattati e delle sue Corti, fornisce un quadro composito di interventi normativi prescrittivi che sembrano in buona parte prevaricare e quasi portare all'annullamento il principio di riserva di legge. Soprattutto emerge il ruolo del giudice come nuovo centro di produzione di un diritto dei "casi" e soprattutto dei "diritti"⁹⁸.

Occorre dunque fare i conti con la realtà e prendere le distanze da un romanticismo giuridico, soprattutto di stampo penale, che si deve approfondire nell'impegno di individuare nuovi percorsi creativi e allo stesso tempo regolati e limitati della norma punitiva⁹⁹.

Si fa strada l'idea che le Corti nazionali devono contribuire alla edificazione del sistema giuridico: *«Il mutare delle coordinate rappresentato dall'avvento del diritto di matrice sovranazionale rende perciò evidente il cambio di prospettiva della funzione nomofilattica – e in definitiva la mutazione genetica – della Corte di Cassazione, ormai “giuridicamente obbligata” a garantire – anche – l'uniforme interpretazione della legge come reinterpreta alla luce della Cedu, dei trattati internazionali e del diritto di matrice Ue. Rimane la necessità che l'attività di garanzia – sul piano costituzionale, convenzionale e del rispetto del diritto Ue – assicurata dalle giurisdizioni interne si mantenga entro la cornice costituzionale, senza alterarla e senza sostituirsi agli organi di direzione politica, ai medesimi sovrapponendosi in modo da aprire la strada al governo degli uomini, in contrapposizione al governo delle leggi. Non va quindi in alcun modo modificato il modello che lascia comunque al legislatore l'introduzione della regola e al secondo la sua applicazione concreta»*¹⁰⁰.

Un sistema che si struttura intorno a un diritto a più voci ha la necessità di calibrare equilibri che impediscano collisioni o contrasti, soprattutto tra il diritto delle Corti. Non a caso il legislatore convenzionale ha ipotizzato il ricorso al parere preventivo per disinnescare possibili conflitti, quando in gioco sono i diritti lesi della persona.

⁹⁸ A. Ruggeri, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*. 18. Studi dell'anno 2014, Giappichelli, Torino, 2015.

⁹⁹ O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006; M. Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, in B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 90.

¹⁰⁰ R.G. Conti, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Quest. giust.*, n. 4/2016.

Questo nuovo paradigma concettuale che si traduce in una sorta di flessibilizzazione delle tutele pone anche in evidenza la necessità di individuare il meccanismo per stabilire un parametro di compatibilità tra le fonti del diritto, ambito nel quale si pone il dilemma se il criterio da invocare sia quello della sussidiarietà o della supremazia.

Già da qualche anno sotto i nostri occhi si sta consumando un sotterraneo e continuo potenziale conflitto tra il diritto leso e la norma punitiva – si pensi al caso Taricco – che non è esploso soltanto perché le Corti anziché contrapporsi hanno deciso di dialogare, nella maniera più difficile, poiché i termini della questione sono eterogenei¹⁰¹. Questo modello ricompositivo del conflitto è quello destinato in futuro a ridurre in radice il confronto che da contrasto si trasforma in dialogo.

Tuttavia, il Palazzo fornisce un valido *vademecum* per aprirsi alla nuova realtà dell'ordinamento continentale, partendo dall'affinare il modello interno di dialogo tra le nuove fonti del diritto che si affacciano dopo il superamento della rigida riserva di legge.

La proposta è costituita da una pluralità di interventi che potrebbero conferire al diritto penale dell'unione quel livello di legalità tale da armonizzare le matrici del diritto prevenendo conflitti¹⁰².

Il primo intervento Palazzo lo trae dalle esigenze di determinatezza, in modo da costituire il vincolo nella fase del giudizio, un vincolo che deve vivere di una mobilità controllabile, senza esondare dai margini della *law in the books*. Si tratta di agire sulle regole interpretative chiamate a supplire nella fase di concreta di applicazione della norma penale, secondo una prospettiva di *law in action* priva però di connotazioni creative.

Lo strumento interpretativo potrebbe essere utilizzato, cosa che la Corte costituzionale ha fatto sovente, ricavando tutte le possibili opzioni interpretative del precetto penale indeterminato. In particolare, ma sul punto il dibattito in dottrina non segna molti punti a favore, si potrebbe tra le altre, assumere definitivamente quella più favorevole al reo.

Va precisato che l'interpretazione corre sulla duplice direttrice della plausibilità concettuale o di contenuto, la sua dimensione empirica e la plausibilità linguistica¹⁰³. Si potrebbe, poi, tener conto del principio di precisione, nel senso

¹⁰¹ C. Cupelli, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 dicembre 2017; M. Donini, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2018.

¹⁰² Un quadro critico della situazione attuale è offerto da Amarelli G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?* Testo della relazione svolta al Convegno annuale dell'Associazione dei Professori di Diritto penale, tenutosi a Roma nei giorni 10 e 11 novembre 2017 (dal dattiloscritto).

¹⁰³ Un caso paradigmatico, circa l'ampio spettro dell'interpretazione in materia penale, è quello offerto dalla riflessione di G. Amarelli, *L'aggravante speciale delle "più persone riunite" nel delitto di estorsione al vaglio delle Sezioni Unite*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 settembre 2012.

di vincolare l'interpretazione della norma penale a quella versione ermeneutica capace di trovare riscontro nella fase processuale, in altri termini la verificabilità processuale determinerebbe la versione interpretativa della fattispecie indeterminata.

Infine, in termini di uniformità applicativa, si potrebbe riconoscere il compito alla Corte Suprema di Cassazione di individuare un significato, tra i tanti possibili, che tenga conto dell'ampio contesto di sistema dove la fattispecie incriminatrice contestata è inserita, in modo da ricavarne coerenza linguistica e concettuale, dunque plausibilità punitiva.

Il secondo fronte non nasce dall'esperienza nazionale ma è il portato degli interventi in sede convenzionale e riguarda la certezza del diritto come cardine della legalità effettuale. Una certezza che non si limita a confermare oggettivamente il contenuto della norma, ma soprattutto ne ravvede un'istanza di garanzia se declinata come certezza soggettiva. Quella certezza soggettiva che nel nostro ordinamento è stata sufficientemente concretizzata dal principio di colpevolezza dopo la sentenza della Corte cost. n. 364/1988.

Non a caso questo indirizzo si pone nello stesso solco del principio di prevedibilità della Convenzione EDU che, negli ultimi tempi, attraverso il criterio del "precedente consolidato" ha finito per contaminare le matrici della *law in action*¹⁰⁴. Anche il precedente, dalla trama così incerta nella nostra giurisprudenza che ha visto spesso le sezioni semplici della Cassazione negare gli approdi delle Sezioni Unite, potrebbe rappresentare un canone di rafforzamento della legalità effettuale. Sulla complessa questione la sentenza Contrada emessa dalla Corte di Strasburgo il 14 aprile 2015 offre nella sua ampia motivazione notevole materiale per rendere affidabile il principio di prevedibilità della condanna che tenga insieme aspetti di tipo soggettivo e oggettivo¹⁰⁵.

Resta, tuttavia secondo il Palazzo aperto un tema di non facile soluzione che chiama in causa il lavoro del legislatore prima ancora della legalità effettuale in fase applicativa. Il problema è costituito dalla difficoltà di individuare talvolta il "tipo criminoso" intorno al quale si struttura la fattispecie incriminatrice, vale a dire la sintesi descrittiva che fornisca il preciso disvalore del fatto¹⁰⁶.

Un quadro così ampio, eterogeneo e mutevole non può condurre a facili conclusioni e il lavoro di incardinamento di un nuovo sistema è soprattutto affidato all'equilibrio delle soluzioni adottate. Il contributo della scienza del diritto si rivela tuttavia fondamentale al cambio degli ordinamenti, perché ana-

¹⁰⁴ V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 gennaio 2018.

¹⁰⁵ F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015.

¹⁰⁶ Si tratterebbe di una ricostruzione giurisprudenziale che mostrerebbe una forma nuova della partecipazione associativa, così in M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016.

lizza i possibili sviluppi e contribuisce a rendere chiaro il quadro complessivo del diritto, di *law in the books* e *law in action*, che si ricompone continuamente intorno a coordinate valoriali diverse.

Il contributo di studiosi come il Palazzo non può che essere una insostituibile guida in questo cammino che si disvela progressivamente anche per risvolti del tutto imprevedibili e inaspettati, mentre la lettura pronta e lucida del Maestro aiuta nella scoperta del complessivo e complesso itinerario¹⁰⁷.

Welfare sanitario e legalità nel Mezzogiorno: fra realtà e rappresentazioni sociali, di Diego Forestieri

P. Fantozzi e M. Mirabelli (a cura di), *Legalità e sanità in Calabria e in Sicilia*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2015, pp. 352.

È esattamente 40 anni fa che, nel 1980, la legge 833 istituisce il Sistema Sanitario Nazionale con un'unica assicurazione sanitaria obbligatoria per tutti i cittadini al posto delle mutue categoriali: «l'attuazione del Servizio Sanitario Nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini». L'introduzione in Italia del Servizio Sanitario Nazionale con la legge n. 833/1978 ha comportato un raggiungimento e un traguardo nel mutamento legislativo e sociale lodevole da un punto di vista etico-morale e legislativo-sociale. La sanità pubblica diventava con questa legge davvero a disposizione di tutti e incarnava il senso compiuto del dettato costituzionale contenuto nell'art. 32 della Costituzione italiana. Il sistema sanitario introdotto dalla norma veniva poi attuato grazie all'introduzione delle Unità Sanitarie Locali Usl competenti territorio e il Sistema Sanitario Nazionale avrebbe poi avuto un ulteriore spinta verso la territorialità grazie al processo di decentramento avviato negli anni novanta e culminato poi nella riforma del Titolo V della Costituzione avvenuta con la legge cost. n. 3 del 18 ottobre 2001, con il decentramento delle responsabilità finanziarie e della programmazione a livello di amministrazione regionale e locale. Tali importanti mutamenti hanno comportato diverse problematiche sul piano pratico: la forte prevalenza della politica nelle istituzioni sanitarie (in specie nei territori ad altro rischio di una *legalità debole*), il rischio che – a causa delle grandi mole di denaro e interessi economici – vi fosse l'intromissione della criminalità organizzata.

Il volume *Legalità e sanità in Calabria e in Sicilia* si inserisce su questo clivo di ricerca e raccoglie i contributi di diversi studiosi nell'ambito dei processi,

¹⁰⁷ A conferma dell'assunto, per una lettura contestuale e sistemica dei fenomeni normativi, si rinvia all'ultimo contributo del Maestro, in F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, Bologna, 2018.