

INTRODUZIONE

Il mio lavoro si incentra nell'analisi del "concetto di tassatività", ponendone in risalto varie sfaccettature.

Nel primo capitolo verrà analizzata la tassatività, come corollario del principio di legalità italiano. Verrà posta in risalto la sua ratio e le varie teorie che hanno contribuito a renderlo "principio" fondamentale, nel nostro ordinamento. La dottrina italiana, in virtù dell'art. 25 Cost., adotta una triplice ripartizione, distinguendo: a) il principio di precisione, che impone di descrivere in maniera precisa il precetto e la sanzione, in modo di limitare la discrezionalità del giudice; b) il principio di determinatezza, che impone l'incriminazione di fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo attraverso gli ordinari strumenti probatori; c) il principio di tassatività, che e nuncia il divieto per il giudice e per il legislatore di espandere la disciplina della norma incriminatrice a casi espressamente non stabiliti. Le diverse ricostruzioni mettono in luce due aspetti salienti, la descrizione chiara e precisa della fattispecie e la rigorosa applicazione in sede giudiziale. La determinatezza delle fattispecie incriminatrici rappresenta una condizione indispensabile perché la norma penale possa efficacemente fungere da guida nel comportamento del cittadino. Una norma penale ha lo scopo di esser obbedita, ma l'obbedienza non può esserci se il destinatario non ha la possibilità di conoscerne, con sufficiente chiarezza, il contenuto. L'inserimento della tassatività, nell'ottica del rapporto norma – cittadino, ne risalta la valenza di principio penalistico di uno Stato democratico; quanto più il cittadino è posto in condizione di discernere senza ambiguità tra le zone del lecito e dell'illecito, tanto più cresce il suo rapporto di fiducia partecipativa nei confronti dello Stato e delle sue Istituzioni. Il principio di tassatività vincola sia il legislatore, ad una descrizione il più possibile precisa del fatto di reato, che il giudice ad una interpretazione che rifletta il tipo descrittivo così come legalmente configurato. Sarà quindi opportuno soffermare l'attenzione sulle principali tecniche di cui dispone il legislatore in sede di redazione della fattispecie penale, come la "normazione descrittiva", la "normazione sintetica" oppure gli "elementi descrittivi e elementi normativi".

Il secondo capitolo verterà in un'analisi comparata del principio di tassatività nei vari ordinamenti giuridici, sia civil law che common law. Saranno considerati sia l'Unione Europea che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'intento di comprendere se si possa parlare di "legalità

europea". Il principio di legalità, nell'ambito della suddetta Convenzione, non possiede le caratteristiche formali che hanno contraddistinto la nascita di tale principio negli Stati continentali e che sono, oggi, alla base del nostro ordinamento. Nell'ottica del diritto interno, il principio di legalità ha caratteri e contenuti non coincidenti con il principio di legalità inteso nella dimensione internazionale ed europea, dove esso svolge soprattutto la funzione di garantire l'accessibilità e la prevedibilità dell'intervento penale. La legalità ha subito profonde trasformazioni, sia a livello nazionale che internazionale, dove l'elemento determinante, che differenzia il principio di legalità italiano da quello europeo, sta nella produzione normativa mentre in Europa non è affidata al parlamento europeo.

Il terzo capitolo riguarderà le violazioni del principio di tassatività sia a livello europeo, dove l'Italia è stata condannata da parte della Corte Edu (Caso Contrada), sia al livello interno, analizzando alcune sentenze che mi appaiono più interessanti (plagio, stalking, prostituzione).

Infine, nel quarto capitolo, si porrà in evidenza il "concetto di tassatività", ponendo in risalto il nesso tra la tassatività e la certezza del diritto, attraverso varie citazioni di grandi teorici del diritto, con particolare attenzione al ruolo della discrezionalità del giudice, in ambito penale e teorico giuridico.

I

IL PRINCIPIO DI TASSATIVITA' IN ITALIA

Sommario. 1.1 Le sue fondamenta: il principio di legalità. 1.2. Struttura del principio di legalità. 1.3. Il principio di tassatività. 1.4. Tripartizione, secondo l'art. 25 Cost., del principio di tassatività. 1.5. Tecniche di redazione, idonee a garantire la tassatività. 1.6. Interpretazione estensiva e principio di tassatività. 1.7. Cause che incidono sul principio di determinatezza. 1.8. Principio di determinatezza alla luce della certezza del diritto.

1.1. Le sue fondamenta: il principio di legalità

Il principio di legalità nasce con l'avvento dell'Illuminismo e la diffusione del pensiero liberale, e si esprime tradizionalmente attraverso il brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La filosofia di Locke lo incentrò nella *dottrina del contratto sociale*, ispirata dalla ricerca di limiti al potere regio e dalla necessità di predisporre garanzie politiche e giuridiche per la libertà dei singoli. Tale teoria afferma che ogni individuo ha ceduto al sovrano una porzione di libertà individuale, nella misura necessaria ad assicurare la pacifica convivenza; quindi, l'intervento punitivo è lecito solo in questi limiti e ogni abuso rappresenta un arbitrio. Anche Montesquieu ne *Lo spirito delle leggi* del 1748, parla del principio di legalità, affermando, attraverso la c.d. teoria della separazione dei poteri, che il potere legislativo è intrinsecamente superiore agli altri, perché l'unico che ha il potere di rappresentare la società nel suo insieme. Un altro esponente, di certo rilievo, è Cesare Beccaria che, con *De' delitti e delle pene* del 1764, espresse nel dettaglio il primato della legge nel diritto penale, in particolare lo stretto vincolo del giudice alla legge, l'unica autorizzata all'intervento penale.

Per Beccaria, il Parlamento risulta l'unica massima espressione della volontà popolare, perché rappresenta l'intera società, legata dal contratto sociale. Per questo, Beccaria affermava che le leggi dovessero essere formulate in maniera chiara e precisa, utilizzando parole semplici e collocate in testi facilmente consultabili. Per la coerenza metodologica, autorevole dottrina ha focalizzato nell'opera di Cesare Beccaria una piccola ricostruzione teleologica del sistema penale¹. Il principio di legalità diviene un pilastro del liberalismo giuridico con Anselm Feuerbach, che unisce la

¹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p.67.

necessità dell'origine legale della pena con il fine ultimo dell'ordinamento, affermando che, se lo Stato nasce per la necessità di garantire la convivenza comune dei cittadini e lo strumento per attuare ciò risulta la pena, soltanto la legge, espressione della comunità, può stabilire quali condotte reprimere e con quali mezzi. Il merito dell'illuminista tedesco sta nell'aver messo in risalto gli aspetti essenziali del principio di legalità, quali la riserva di legge, il divieto di analogia, e, in particolare, l'esigenza tassativa e precisione del linguaggio penale², di cui io mi occuperò, nelle pagine seguenti. Il principio di legalità fu accolto in tutti i codici penali moderni, ed ancora prima venne previsto nella *Petition of Rights* degli Stati Uniti d'America del 1774, nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e nella Costituzione francese del 1791³.

In Italia, il principio era già enunciato dall'art. 26 dello Statuto Albertino del 1848.

Successivamente, anche il codice Zanardelli del 1889, lo sanciva all'art.1 con la stessa formulazione ritrovata nell'art. 1 del codice penale del 1930: *“Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto dalla legge come reato, né con pene che non siano da essa stabilite”*. Il regime fascista, con principi contrari a quelli liberali, riproponeva il principio negli stessi termini, strumentalizzandolo però per fini autoritari. Successivamente, anche nella carta costituzionale del 1948 ritroviamo il principio di legalità, all'art. 25 co.2 e 3, che afferma: *“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”*.

Infine, anche la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU) all'art.7 sancisce il principio di legalità, ma con un contenuto e una formulazione diversa: *“1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, era un crimine secondo i principi generale di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.”*

² MOCCIA, La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano, Napoli, 2001, p. 46.

³ MARINUCCI-DOLCINI, Corso di diritto penale, 1. Le fonti. Il reato: nozione e struttura sistematica, Milano, 2001, pp. 14 ss

1.2. Struttura del principio di legalità

La dottrina italiana attribuisce al principio di legalità due accezioni: *in senso formale ed in senso sostanziale*⁴. Quando viene qualificato in senso formale, il principio consiste nel divieto di punire un qualsiasi fatto che, al momento della sua commissione, non sia espressamente previsto dalla legge come reato e con pene che non siano da essere stabilite⁵. Perciò risulta formale, perché viene qualificato come reato soltanto la condotta che è formalmente descritta in una legge. Quindi, non sono punibili le azioni non espressamente incriminate dalla legge, anche se eventualmente considerate antisociali e, viceversa, sono punibili quelle espressamente previste dalla legge, anche se socialmente non pericolose.

Sono venuti a formarsi due accostamenti contro tale accezione della legalità. In primis, è stata criticata per la mancata idoneità a combattere il crimine. Non potendo punire condotte non previste come reato, tale principio avvantaggerebbe i soggetti che agiscono ai margini della legge, ovvero coloro che riescono a porsi in modo doloso in una fascia di non punibilità. In secondo luogo, se vengono puniti i fatti previsti come reati, ma non sentiti più come antisociali, si porrebbe in contrasto con il senso di giustizia sostanziale della società. Il principio di legalità formale, infine, sembra svolgere una funzione garantista del cittadino, poiché tende ad evitare l'arbitrio del potere esecutivo e giudiziario ed assicura la certezza e l'eguaglianza giuridica. Il principio di legalità, in senso sostanziale, che ritroviamo nei regimi totalitari, consente che siano considerati reati fatti socialmente pericolosi, a prescindere dalle previsioni di legge. Ciò implica la punibilità di condotte pericolose, anche se non previste dalla legge come reato; viceversa esclude la punibilità per azioni espressamente incriminate dalla legge e socialmente non pericolose. Il carattere della criminosità è dato dalla pericolosità sociale. Questo modello è stato attuato nell'Unione Sovietica sin dai tempi della Rivoluzione d'ottobre. Esposte le due accezioni del principio di legalità, andiamo a vedere come viene prescritto nel nostro ordinamento.

La dottrina, in passato, sposava il principio di legalità in senso formale, inteso come necessità che *“ogni fattispecie penale sia preceduta e contemplata da una legge espressa, indipendentemente dalla carica di antisocialista della stessa”*⁶ poiché ritenuta l'unica davvero garantista. Tale teoria oggi risulta quasi superata dalla c.d. concezione sostanziale – formale costituzionalmente orientata,

⁴ MANTOVANI, Diritto penale, parte generale, cit., p. 4 ss

⁵ MOCCIA, La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano, Napoli, 2001, passim; BRICOLA, La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali, 1965, p. 229; PALAZZO, Legge penale, in Dig. disc. pen., VII, Torino, 1993; BOSCARELLI, voce Nullum crimen sine lege, in Enc. giur. Treccani, XXI, 1990, p. 2; GRASSO P. G., Il principio “Nullum crimen, nulla poena sine lege” nella Costituzione italiana, Milano, 1972

⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto penale, parte generale, cit., p. 49.

sostenuta da una parte della dottrina che evidenzia l'importanza di recuperare i valori costituzionali tanto sul piano delle fonti e della formulazione della norma penale, quanto sul piano dei beni tutelati⁷. Anche la giurisprudenza di legittimità⁸ accoglie tale concezione, affermando che il principio di legalità deve essere inteso oggi in senso misto, che deve tenere conto di tutti i principi espressi nel nostro ordinamento, in particolare del principio di offensività, che richiede, per la punibilità del soggetto che compie il fatto illecito, la previsione normativa sia in astratto lesiva del bene giuridico protetto e la condotta lesiva dello stesso. La giurisprudenza è in continua evoluzione, si pensi alle pronunce con le quali la Cassazione⁹ ha inteso il principio in esame *in senso materiale*, un significato alquanto innovativo, in linea con i principi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che imponeva di individuare il significato di una norma non soltanto dalla previsione legislativa, ma anche dal significato espresso dalla giurisprudenza. Il principio di legalità lo analizzeremo in particolare attraverso un suo corollario fondamentale, ossia il principio di tassatività o determinatezza.

1.3. Il principio di tassatività

In virtù del principio di legalità, la produzione normativa in materia penale spetta al Parlamento e impone al legislatore di descrivere con chiarezza e precisione le fattispecie penali. Ciò è imposto da un corollario della legalità: la tassatività o determinazione della legge penale, che insieme alla riserva di legge e al divieto di analogia, contribuisce alla delimitazione dell'illecito penale. Tale corollario non è esplicitato dall'art. 25 Cost., tuttavia si ritiene da esso ricavabile poiché soddisfa le stesse esigenze della riserva di legge. Inoltre, pur non avendo ricevuto riconoscimento esplicito dall'art. 7 CEDU, il principio assume rilevanza nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale richiede, in applicazione di tale norma, che le fattispecie incriminatrici degli Stati membri, devono possedere tre elementi importanti: accessibilità, prevedibilità e descrizione esatta della fattispecie¹⁰.

La dottrina italiana odierna¹¹ ritiene perlopiù che la base giuridica della tassatività vada ricercata sul piano politico, in quanto garanzia della certezza della norma penale in funzione del favor libertatis e perciò la determinatezza o la tassatività è chiamata ad attuare la certezza della norma penale al fine

⁷ BRICOLA, Teoria generale del reato, in Nov.mo dig. it., vol. XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss; G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto penale, parte generale, cit., pp. 147 ss; MANTOVANI, Diritto penale, parte generale, cit., p. 21; FIORE C.- FIORE S., Diritto penale, parte generale, p. 109 ss.; per una proposta di ricostruzione teleologica del sistema penale orientata ai principi costituzionali, in particolare al finalismo rieducativo, MOCCIA, Il diritto penale tra essere e valore, cit., pp. 121 ss.

⁸Cass., SS.UU., sent. 24 aprile 2008, n. 28605

⁹Cass. pen., sent. 13 maggio 2010, n.18288/2010.

¹⁰ DOLCINI E.-MARINUCCI G., Il principio di determinatezza. Fonti e definizioni, in Codice penale commentato, parte generale, Milano, 1990, 30 ss

¹¹ MANTOVANI, Diritto penale, parte generale, cit., p. 60.

di evitare ampia discrezionalità da parte del giudice, assicurando così la frammentarietà del diritto penale, l'eguaglianza dei cittadini, e, sul piano processuale, l'obbligatorietà dell'azione penale, il diritto di difesa, l'obbligo di motivazione, il diritto all'impugnazione da parte dell'imputato. La dottrina rinviene il fondamento del principio di tassatività o determinatezza nell'art. 13 Cost. e nell'esigenza di indirizzare il sistema punitivo alle esigenze della prevenzione generale e speciale positiva¹².

Si ritiene sia che solo una fattispecie penale, descritta in maniera precisa e certa, possa orientare effettivamente gli individui, o meglio i cittadini, al rispetto dei principi e valori, tutelati dall'ordinamento e che la conoscibilità della norma e della sanzione raffigurano la condizione normativa essenziale per la pena inflitta all'autore del reato, affinché sia percepita come giusta. Tale funzione la riveniamo anche in ambito processuale, per quanto riguarda sia il corretto esercizio dell'azione penale da parte dei magistrati inquirenti, chiamati a determinare una prima qualificazione della fattispecie concreta. Perciò, tale principio avrebbe un valore assoluto, non derogabile in malam partem né in bonam partem. Secondo alcuni autori, la tassatività e la determinatezza assumerebbero un altro aspetto, più peculiare: ossia, esprimerebbe un'esigenza garantista unitaria che vede come unico destinatario il legislatore. Sotto questo aspetto, la tassatività è un modo per il legislatore, per costituire in maniera chiara e precisa le norme; invece, la determinatezza è il risultato di tale tecnica giuridica¹³. Ancora, altri autori affermano che la tassatività e la determinatezza siano due corollari diversi della legalità, dando valore preliminare alla determinatezza, in quanto vincolo rivolto al legislatore, e la tassatività, in quanto vincolo rivolto al giudice, per la concreta applicazione della norma penale, che si concretizza nel divieto di applicare la stessa norma a casi da essa non contemplati¹⁴.

1.4. Tripartizione, secondo l'art. 25 Cost., del principio di legalità

Autorevole dottrina adotta, in virtù dell'art. 25 Cost., una triplice ripartizione, distinguendo il principio di precisione, che impone di descrivere in maniera precisa il precetto e la sanzione, in modo di limitare la discrezionalità del giudice; il principio di determinatezza, che impone l'incriminazione di fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo attraverso gli ordinari strumenti probatori; il principio di tassatività, che enuncia il divieto per il giudice e per il legislatore di espandere la

¹² MOCCIA, La "promessa non mantenuta", cit., da p. 83 a p. 86

¹³ MANTOVANI, Diritto penale, parte generale, cit., p. 60; PAGLIARO, Principi di diritto penale, parte generale, cit., p. 48.

¹⁴ FIORE C. - FIORE S., Diritto penale, parte generale, cit., pp. 66 ss.

disciplina della norma incriminatrice a casi espressamente non stabiliti¹⁵. Perciò, le diverse ricostruzioni, che sono state esposte, mettono in luce due aspetti: descrizione chiara e precisa della fattispecie e la rigorosa applicazione in sede giudiziale.

1.5. Tecniche di redazione, idonee a garantire la tassatività

La dottrina distingue due principali tecniche di legiferazione: normazione descrittiva e sintetica¹⁶. La normazione descrittiva è caratterizzata dalla descrizione del fatto criminoso, utilizzando termini che si riferiscono a dati della realtà empirica, chiamati *elementi descrittivi*, che traggono la loro origine dall'esperienza sensibile, perciò parte della dottrina li ritiene idonei alla costruzione di fattispecie determinate. Esempi in tal senso, sono il delitto di omicidio (art. 575 c.p.), le lesioni personali (art. 582 c.p.), il danneggiamento (art. 635 c.p.). Il punto di crisi del metodo normativo è rappresentato dalla tendenza all'eccesso casistico, avutasi in alcune materie¹⁷. La seconda tecnica utilizza una qualificazione di sintesi utilizzando gli *elementi normativi*¹⁸, che per individuare la regola di giudizio da applicare, si rifanno ad una fonte esterna. Esempio calzante è dato dalle norme civili presupposte dalle norme sul furto, in specie l'altruità della cosa.

1.6. Interpretazione estensiva e principio di tassatività

Alla luce di quanto è stato detto finora, sorge la necessità di stabilire se al giudice penale sia richiesto un metodo speciale di interpretazione, diverso dai criteri ermeneutici utilizzati in altri settori dell'ordinamento¹⁹. Quindi, bisogna stabilire il confine tra l'interpretazione legittima per la materia penale, e quella illegittima. Una parte della dottrina afferma che i giudici sono obbligati ad una interpretazione restrittiva, affinché non venga applicata né l'interpretazione analogica né quella estensiva. Il fondamento di tale argomentazione lo rinveniamo nel principio del favor libertatis, che dovrebbe caratterizzare il sistema penale di matrice illuministica. In questa prospettiva, ci troviamo dinanzi ad un giudice fedele esecutore della volontà legislativa, che non può autorizzare limitazioni

¹⁵ MARINUCCI-DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., p. 119 ss.

¹⁶ FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, parte generale, cit., p. 72; FIORE C. - FIORE S., Diritto penale, parte generale, loc. cit.; MANTOVANI, Diritto penale, parte generale, cit., p. 69.

¹⁷ FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, parte generale, loc. cit.

¹⁸ RUGGIERO, Gli elementi normativi della fattispecie penale, Napoli, 1965; Recentemente RISICATO, Gli elementi normativi della fattispecie penale, 2004.

¹⁹ FIANDACA G.- DE CHIARA G., Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata, cit., p. 86.

alla libertà personale, rispetto a quelle volute dal legislatore. Un argomento discusso che non trova unanimità riguarda il confine che vi è tra analogia e interpretazione estensiva²⁰ delle norme penali.

Parte della dottrina afferma che non vi può essere alcuna distinzione qualitativa, né dal punto di vista logico, né dal punto di vista giuridico: in entrambi i casi vi sarebbe l'applicazione, ad un caso non previsto, di una norma concepita per altre ipotesi sulla base dell'identica ratio²¹. Altri studiosi affermano che, con l'interpretazione estensiva si resta sempre nel campo della norma, mentre con l'analogia, si esce dai confini della norma²². Esempio di interpretazione estensiva è il concetto di "uomo" di cui all'art. 575 c.p., da intendersi come essere umano, quindi comprendente il maschio, la femmina, il minorenne, il maggiorenne. Esempio di analogia è l'estensione dell'art.640 c.p. a chi sfrutta le preesistenti situazioni d'errore in cui si trova la vittima.

Tale questione è stata affrontata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione in relazione al reato di cui all'art. 349 c.p. La Cassazione ha affermato che l'interpretazione precisa deve partire dal dato letterale, intesa come volontà oggettivizzata. L'interpretazione estensiva prende in riferimento la norma nella sua massima espansione, senza colmare nessuna lacuna normativa, come avviene, invece, con l'analogia²³.

1.7. Cause che incidono sul principio di tassatività

Recentemente, stiamo assistendo a formulazioni da parte del Legislatore italiano di norme imprecise, vaghe e fin troppo generiche²⁴. Le cause che hanno portato a questo, secondo illustri autori, sono dovute a due motivazioni: in primis, nell'incapacità del Legislatore di compiere scelte politico – criminali coerenti, dovuta anche a contrasti tra partiti politici che portano a costituire norme generiche²⁵, e , in secundis, vengono a formarsi "norme penali simboliche", non precise nella loro formulazione ed emanate come scopo di propaganda politica²⁶. Queste lacune, sono il frutto di forme di controllo penale sempre più flessibili e dinamiche, anche dovute ad una semplificazione processuale, che hanno portato a sacrificare il principio di determinatezza, insieme ad altri principi presenti nel nostro ordinamento²⁷. Quindi per garantire una corretta applicazione del principio di determinatezza, il Legislatore, nel momento in cui interviene per creare una norma penale, non deve

²⁰ CONTENTO, Interpretazione estensiva e analogia, in Aa.Vv., Le discrasie, cit., p.3 ss.

²¹ FIORE C-FIORE S., Diritto penale, parte generale, cit., p. 79.

²² MANTOVANI, Diritto penale, parte generale, cit., p. 77

²³ Cass. pen., SS. UU., sent. 10 febbraio 2010, in tema di violazione di sigilli.

²⁴ G. FIANDACA – G. DI CHIARA, Op. cit., Napoli, 2003, p. 83.

²⁵ E. PITTARO – F. ZANNOTTI, Op. cit., Milano, 1998, p. 264

²⁶ F. PALAZZO, Op. cit., Torino, 1993, p. 356

²⁷ Per approfondire tale argomentazione, si veda S. MOCCIA, Op. cit., 2001, Napoli, p. 21.

distaccarsi dal comune sentire sociale, in maniera che l'opinione pubblica abbia la possibilità di comprendere il contenuto dell'incriminazione²⁸.

Un altro strumento è da individuare nell'utilizzo di un corretto canone di tecnica legislativa da attuare al momento della redazione della fattispecie²⁹. Per quanto il Legislatore stia attento nell'utilizzare la miglior tecnica di redazione delle norme penali o si ponga il più vicino al comune sentire sociale, difficilmente sarà in grado di garantire una determinatezza assoluta a causa della natura della norma penale scritta, idonea a lasciare sempre spazio ad un margine di discrezionalità al giudice³⁰.

1.8. Principio di tassatività alla luce della certezza del diritto

Uno dei temi peculiari che ruota intorno al principio di tassatività riguarda la certezza del diritto. Tale concetto, in particolar modo le varie teorie che trattano di esso, è ricorrente nel pensiero giuridico, soprattutto nel periodo in cui vi è una situazione di crisi del diritto, generata dalla impossibilità di rispondere in modo adeguato alle esigenze concrete della società. I problemi odierni che sono al centro del dibattito teorico – giuridico e politico richiedono nuove riflessioni riguardo la possibilità di considerare importante il principio della certezza del diritto³¹, in un periodo storico, qual è il periodo postmoderno, caratterizzato secondo alcuni da una *liquidità*³², che rende arduo stabilire priorità e valori di riferimento.

La Giurisprudenza³³ italiana conferma questa difficoltà di adattamento della norma scritta all'esigenza del caso concreto e sembra porre in discussione il criterio della prevedibilità della decisione giudiziaria, concetto costitutivo della certezza del diritto. Storicamente, il tema della certezza del diritto ha posto problemi e questioni che hanno trovato soluzioni e teorie interpretative

²⁸ A. CADOPPI – P. VENEZIANI, Op. cit., Padova, 2007, p. 78

²⁹ M. RONCO, La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone, Bologna, 2010, p. 84

³⁰ M. ZANOTTI, Op. cit., Torino, 2006, p. 161.

³¹ Differenze in merito alla certezza come valore o come principio, GOMETZ G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005, 43 ss., GUASTINI G., *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?* (Nota a Corte Cost. 101/1986), in *Le Regioni*, 14, 1986, 1090-1102

³² BAUMAN Z., *Modernità liquida*, Laterza, Bari, 2009

³³ Corte App. Trento, sez. I, 23 Febbraio 2017, in *Diritto e Giustizia, Il quotidiano di informazione giuridica*, 1 Marzo 2017; Corte Cass., Prima Sez. Civ., n. 19599, 30 Settembre 2016 in *Diritto e Giustizia, Il quotidiano di informazione giuridica*, 3 Ottobre 2016, riguardanti trascrizione di atto di nascita di figlio concepito con fecondazione eterologa

alquanto diverse: da una parte, si è parlato di certezza come mito³⁴, illusione³⁵, o mala sorte³⁶, dall'altro come esigenza del diritto³⁷, implicita nella sua stessa definizione³⁸.

Al concetto “certezza del diritto” sono stati recati una summa di significati, corrispondenti alle diverse funzioni che il principio di troverebbe ad assolvere negli ordinamenti giuridici contemporanei, come: la stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo; la conoscibilità delle norme giuridiche che illustrano i comportamenti legittimi dei consociati; l'unicità delle qualificazioni giuridiche; la prevedibilità dell'intervento degli organi di esecuzione e applicazione e prevedibilità del contenuto delle decisioni dei giudici; l'inviolabilità dei diritti fondamentali da parte di chi ha il potere di proteggerli³⁹. In questa parte del mio lavoro, mi concentrerò su il concetto di certezza come prevedibilità, tenendo in considerazione delle modifiche che sono giunte, riguardo i mutamenti del diritto degli ultimi due secoli. Il concetto di certezza è legato a quella di prevedibilità, come afferma la struttura etimologica del termine⁴⁰. E' certo il participio del verbo *cernere* che significa “distinguere, discernere”, oppure “vedere chiaro”⁴¹, col significato inteso non come capacità sensoriale, ma “come un'attività e una fatica”⁴². Questo significato di “raggiungimento, conquista” si evince nel legame tra il verbo *cernere* e il suo ripetitivo *certare* che significa “gareggiare, disputare”, in specie combattere per “la conquista del vero”, cioè distinguere ciò che è certo da ciò che non lo è⁴³.

³⁴ FRANK J., *Law and modern mind*, Peter Smith, Gloucester, 1970, 46.

³⁵ KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1925, 125

³⁶ GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Laterza, Bari, 2015, 52.

³⁷ LOPEZ DE ONATE F., *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968. CORSALE M. *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970

³⁸ BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito? In Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951, 146-152

³⁹ Per le varie accezioni sul concetto di certezza del diritto: CORSALE M. *La certezza del diritto*, cit., 30; ALLORIO E., *La certezza del diritto dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, 1198-1205; LOMBARDI VALLAURI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975, 567 ss.; P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1987, 233-242; LONGO M., voce *Certezza del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, III, Utet, Torino, 1974, 124-129; SCHULZ F., *I principi del diritto romano*, Le Lettere, Firenze, 1995, 206; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *EAD.*, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986, 157-169; PATTARO E., *Temi e problemi di filosofia del diritto*, Clueb, Bologna, 1994, 193; JORI M., PINTORE A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, 194-198; BERTEA S., *Certezza e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, 45; GOMETZ G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., 7; ALPA G., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale scientifica, Parma, 2006, 15-16.

⁴⁰ CARNELUTTI F., *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, vol. II, Cedam, Padova, 1953, 154.

⁴¹ ALINEI M., BENOZZO F., *DESLI: dizionario etimologico-semantic della lingua italiana: come nascono le parole*, Pendragon, Bologna, 2015

⁴² CARNELUTTI F., *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, cit., 154.

⁴³ Ivi, cit., 155; sul collegamento dei verbi “cernere” e “certare” vedi MILANI C., *Il lessico della guerra nel mondo classico*, in SORDI M. (a cura di), *Il pensiero sulla guerra nel mondo antico*, Vita e pensiero, Milano, 2001, 15. Anonymous, *Vocabula Latini Italique Sermonis 1: Ex Auribus Et Optimis Scriptoribus Selecta AC in Dues Libros Distributa.*, Nabu Press, Firenze, 2012, 52.