

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

UNA “NUOVA” LEGALITÀ PENALE TRA TESTO E INTERPRETAZIONE

di Giuseppe Zaccaria

SOMMARIO: 1. Che cosa significa «nuova legalità penale»? – 2. Il tramonto del paradigma moderno della legalità. – 3. Teorie ermeneutiche e giurisdizione penale. – 4. Discrezionalità o creatività dell’interprete penale? – 5. Pluralismo etico e diritto penale. – 6. Caratteri della nuova legalità penale. – 7. Come limitare l’applicazione giudiziale espansiva del diritto penale? – 8. Sul ruolo nomofilattico della Cassazione. – 9. Conclusione.

1. Che cosa significa «nuova legalità penale»?

C’è una parola chiave quando si voglia parlare della nuova legalità penale e del ruolo che in essa può svolgere la Corte di Cassazione. Questa parola chiave è l’aggettivo «nuova», che qualifica il tema classico della legalità penale. Perché nuova e rispetto a cosa?

Nuova sta a constatare la fine della lunga egemonia del paradigma moderno della legalità, che nell’ambito penalistico, fin dall’Illuminismo, esprimeva i due principi, tra loro strettamente intrecciati, di «determinatezza» della fattispecie incriminatrice e del fatto punibile e di assoluta riserva di legge. Per effetto di tali principi restava consegnato al legislatore un monopolio assoluto in materia penalistica, mentre il ruolo del giudice veniva relegato nello spazio di un’attività meramente esecutiva dei comandi legislativi, sorda alle ragioni del fatto concreto e attenta soltanto alla dimensione astratta della fattispecie. Ciò che di ideologico era presente nella concezione antica della legalità era precisamente il presupposto che attribuendo al legislatore il monopolio nella produzione del diritto penale, venissero date perciò stesso al destinatario di tale diritto garanzie efficaci di tutela. Una versione specifica dell’idolatria del legislatore, in tanti modi diversi declinata. Eppure quest’approccio, potente nella sua semplicità o meglio nella sua semplificazione, è stato per lunghissimo tempo alla base delle categorie teoriche e dell’immaginario della comunità penalistica, l’architrave dell’intero sistema penale, creando un vero e proprio mito; anzi, per dirla con Paolo Grossi, una vera e propria mitologia¹; ma ha finito nel contempo per scavare un solco profondo di distanza tra la teoria e la concreta esperienza del giurista, che scopriva e riscopriva ogni giorno la valutatività della scienza giuridica, la presenza di spazi di discrezionalità all’interno della funzione giurisdizionale, l’astrattezza della tesi della riserva assoluta di legge in materia penale.

¹ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, II ed., Giuffrè, Milano 2005. Sulle tensioni interne alla legalità penale, ID., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2015, p. 83-84.

Ma, si sa, i paradigmi scientifici e i modelli culturali, come quello della legalità penale a carattere legislativo, sono costruzioni umane, frutto di fasi storiche e di orientamenti contingenti; come tali nascono, crescono e deperiscono.

2. Il tramonto del paradigma moderno della legalità.

Nel nostro caso è una serie complessa di fenomeni che dapprima incrinano e poi progressivamente erodono le fondamenta culturali su cui si era edificato il paradigma moderno della legalità². È innanzitutto il nuovo costituzionalismo del secondo dopoguerra, che ridimensiona la concezione di legalità del paradigma giuridico moderno, con le sue tesi dell'onnipotenza della legge e dell'identificazione giuspositivistica tra diritto e volontà dello Stato: in esso i fini di giustizia vengono infatti strutturalmente incorporati nelle Costituzioni, i cui principi, ad un tempo giuridici e morali, esigono di essere realizzati non soltanto attraverso la legge che li sviluppa, ma anche attraverso l'azione giurisdizionale che li applica nei casi concreti. Con ciò, con il riconoscimento che la Costituzione non è kelsenianamente una *lex superior*, come nel classico schema della gerarchia delle fonti, ma la nuova forma politica di un patto civile che nasce dal basso, e che ha come suo referente un patrimonio culturale ben delineato, ma anche relativamente mobile³, si determina la fine del vecchio Stato legislativo e si apre ad un nuovo, inedito legame della giurisdizione con il mondo dei fatti e dei valori. A questa ripresa della connessione tra etica, politica e diritto non è certo estraneo il ritorno in ambito filosofico al primato della ragion pratica, che era stato caratteristico del pensiero greco classico e in particolare di Aristotele: anziché partire dalla deduzione delle norme occorre rovesciare il procedimento, muovendo dall'esperienza per poi giungere al principio.

Va peraltro rilevato che la presenza di valori e principi giuridici strutturalmente connessi alla dimensione morale all'interno delle Costituzioni è destinata a non accrescere la determinatezza della valutazione politico-legislativa, trovandosi spesso tali valori e tali principi in un rapporto di costante tensione tra loro, se non di potenziale conflitto.

Il fatto che il vaglio di costituzionalità, pronunciandosi sulla legittimità della disposizione penale, difficilmente possa evitare di sottoporre a giudizio critico le scelte contenutistiche effettuate dal legislatore democratico, contribuisce non poco ad un indebolimento della garanzia democratica della riserva di legge, che negli autori

² Sulla crisi della legalità penale, nell'ampia letteratura e tra i contributi più recenti, oltre alla voce *Legalità* di M. VOGLIOTTI, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. VI, Giuffrè, Milano 2013, sono da vedere F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale: valore e crisi della legalità oggi*, in *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, Giuffrè, Milano, 2000; T. PADOVANI, «*Jus non scriptum*» e crisi della legalità nel diritto penale, ESI, Napoli 2014; D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 29 ss., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*. Atti del III Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, ESI, Napoli 2017.

³ F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Conversazione sul diritto penale*, il Mulino, Bologna 2018.

dell'Illuminismo rappresentava la più tipica espressione della sovranità popolare⁴. I contenuti della legge sono infatti messi in discussione e rapportati ad altri parametri, che appartengono ad uno strato più alto di diritto: la legge è stata così «detronizzata»⁵. Per di più l'obbligo, da parte dei giudici di ogni grado, ripetutamente ribadito dalla Corte costituzionale, di effettuare un'interpretazione costituzionalmente orientata anche delle leggi penali, contribuisce ad incrementare gli spazi di movimento degli interpreti, chiamati a determinare nel concreto l'indeterminatezza dei principi costituzionali. Cosicché uno degli effetti del costituzionalismo contemporaneo è stato proprio quello di spostare, almeno in parte, la funzione di garanzia dal legislatore al giudice.

Vi è poi un ulteriore effetto del nuovo costituzionalismo sul diritto penale: quello di aver offerto, con la sua accentuazione degli aspetti valutativi del diritto, un significativo contributo al ridimensionamento di molti dogmi (come quelli di dolo e di colpa, di bene giuridico, di causalità ecc.) su cui si era retto per decenni l'edificio penalistico, e di conseguenza ad una maggiore articolazione delle categorie del diritto penale.

Un secondo fattore di indebolimento è rappresentato dalle caratteristiche che la legislazione penale è venuta via via progressivamente assumendo. Da molto tempo ormai l'illusione che il linguaggio legislativo denoti con precisione le fattispecie incriminatrici è svanita; e con essa è caduta anche l'ingenua convinzione che il diritto penale potesse restare immune da ogni valutazione di tipo discrezionale o, peggio, da strumentalizzazioni politiche contingenti. L'immagine idealtipica del diritto penale, per cui il legislatore storico conosceva e predeterminava in anticipo tutti i casi da lui regolati, era nata attorno a situazioni semplici, contraddistinte da un nucleo evidente di disvalore, da reati singoli e circoscritti e da un consenso sociale univoco. Ma quel mondo ha cessato da tempo di esistere. Ben altra è la complessità del diritto penale del nostro tempo, composto da un profluvio caotico di leggi e spesso caratterizzato da funzioni preventive e interventistiche più che sanzionatorie, tali da mettere in crisi l'idea classica del diritto penale dell'inesistenza di lacune nel diritto penale stesso, giacché ogni comportamento non espressamente qualificato come reato dovrebbe considerarsi come lecito. Il che non avviene, dal momento che la giurisprudenza spesso riconduce casi non previsti dal legislatore a fattispecie ricomprese in regole a suo tempo prodotte con tutt'altri intenti, ponendo in discussione lo stesso principio della prevedibilità anteriore al fatto commesso⁶. Inoltre, quasi a realizzare la «svolta linguistica» prodottasi nell'analisi del linguaggio, la disposizione, spesso costruita in modo generico, vago e confuso, non essendo in grado di denotare comportamenti precisamente individuabili, si rende effettiva solo nel contesto degli enunciati, cosicché il mitico omaggio al principio illuministico di legalità rischia di divenire sempre più rituale e teoricamente vuoto.

⁴ Sul punto cfr. M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Comunità, Milano 1966.

⁵ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino 2018, p. 132.

⁶ Sull'espansione del potere giudiziario in ambito penale cfr. L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino 2009, p. 51 ss., 161 ss.; ID., *Senza vendette*, il Mulino, Bologna 2022; *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, a cura di C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILETTI, Carocci, Roma 2016, nonché M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena 2014, p. 9 ss.

Fermo restando, naturalmente, che non è giustificabile un sistema basato sul predominio arbitrario del magistrato e che nel diritto penale i principi debbono passare attraverso la mediazione legislativa, è evidente che l'esigenza di determinatezza e di precisione della formulazione legale delle regole non è oggi soddisfatta dal legislatore, più che essere violata dal giudice, che si trova sovente di fronte ad enunciati formulati in modo indeterminato, talché la linea di demarcazione tra lecito e illecito penale diviene labile; e diviene problematico lo stesso fatto di agire all'interno del perimetro sintattico e semantico dato dal legislatore. Una disposizione formulata in modo impreciso, indeterminato o oscuro si presta più facilmente ad essere interpretata e applicata in modi diversi⁷. Non solo: non di rado, come si è detto, il legislatore indulge ad un uso incongruo, strumentale o addirittura smodato della sanzione penale⁸, pensata in senso preventivo più che reattivo o addirittura con funzioni di carattere etico-pedagogico o declamatorio; caratteristiche, queste ultime, che rendono legittimo chiedersi se una tale gestione dello strumento penale sia compatibile con il fine della limitazione dell'arbitrio del potere propria della legalità penale, per non dire del rispetto della dignità e dell'autonomia dei cittadini⁹. La proliferazione incontrollata e la cattiva qualità della legislazione penale, frammentaria, disorganica e pletorica¹⁰ minano dall'interno il principio di legalità, così come inteso dal paradigma moderno; delegittimano la stessa figura del legislatore e accentuano la discrezionalità giudiziale.

Infine, ed è questo un terzo, rilevante fattore di indebolimento del paradigma moderno della legalità, il diritto comunitario ed europeo priva sostanzialmente il legislatore nazionale del suo monopolio in materia penale¹¹ e determina un processo di europeizzazione del diritto penale nazionale. Con due famose sentenze del 2007 la nostra Corte costituzionale ha riconosciuto il rango di fonte del diritto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, così istituendo un'integrazione in positivo tra sentenze CEDU e giudizi di costituzionalità delle leggi.

Da sempre considerato come una proiezione della sovranità statale, il diritto penale è insomma costretto a misurarsi con una dimensione sempre più transnazionale e si afferma una piena competenza normativa dell'UE in materia penale¹². Il principio del *nullum crimen* è così sottoposto ad una doppia tensione, interna e sovranazionale.

⁷ V. FERRER COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid 2002, p. 50 ss.

⁸ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002, p. 5.

⁹ Sul tema, v. J. WALDRON, *How Law Protects Dignity*, in *The Cambridge Law Journal*, 71, 2012, p. 200-222.

¹⁰ Sul punto ancora importante C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova 1985.

¹¹ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36/2007, t. II, p. 1298, ma anche L. SIRACUSA, *La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo*, in F. Viola (a cura di), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, il Mulino, Bologna 2012, pp. 11-138, nonché S. SANCHEZ, *Sullo stato della legalità penale*, in A.M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, ESI, Napoli 2015, p. 181 ss.

¹² Fortemente critico rispetto all'attribuzione di efficacia vincolante alle sentenze della Corte EDU è P. FERRUA, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto «vigente» e diritto «vivente»*, in *Cass. pen.*, LVII, settembre 2017, p. 3006-3015.

Da un lato il sistema CEDU appare fortemente influenzato dalla logica sostanzialistica dei sistemi di *common law*, dall'ideale del *rule of law* di conoscibilità e accessibilità delle norme penali da parte dei destinatari e dalla valorizzazione del precedente^{13,14}. Qui il tema, che diviene nevralgico, della prevedibilità delle decisioni giudiziali in ambito penale si estende all'idea dell'*affidamento circa le interpretazioni* che la giurisprudenza darà di un determinato precetto.

Dall'altro lato, la sempre più complessa interazione tra fonti normative eterogenee finisce per spostare completamente sul giudice il peso del reperimento della fonte e la scelta tra fonti concorrenti, sì che la ricerca delle fonti diviene questione eminentemente interpretativa¹⁵.

Questo nuovo paesaggio giuridico, fondato essenzialmente sul momento giurisprudenziale del diritto, e quindi in definitiva su un ruolo ben più rilevante che in passato giocato dal giudice nel sistema giuridico¹⁶, può evidentemente provocare non poche difficoltà nel giurista continentale, non più rassicurato dalla semplificazione teorica basata sulla sacralizzazione della legge e sulle esigenze massime di garanzia che dovrebbero connotare il diritto penale. Di qui una crisi profonda degli «arnesi teorici» della penalistica moderna e la necessità di dover ripensare a fondo quei principi di origine illuministico-liberale (legalità, tassatività, vincolo del giudice alla legge), che messi alla prova dei fatti mostrano di non reggere nei termini in cui erano stati originariamente pensati. Le categorie del paradigma penalistico moderno sono costrette a fare i conti con le profonde trasformazioni del diritto attuale¹⁷.

3. Teorie ermeneutiche e giurisdizione penale.

Ma il fattore culturale che forse più ha contribuito a scalzare il modello illuministico della legalità penale e la lunga persistenza nella dottrina di una concezione

¹³ Sul tema le posizioni della dottrina italiana sono articolate. Oltre al saggio di Ferrua sopra citato, cfr. G. UBERTIS, *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2013, p. 863-866; O. DI GIOVINE, [Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2013, p. 159 ss.; EAD., [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giudiziario](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 11 ss.; M.G. CIVININI, *IL valore del precedente nella giurisprudenza della CEDU*, in *Quest. giust.*, 4/2018, p. 102-111.

¹⁴ Sul tema della prevedibilità della decisione cfr. F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione in materia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016; D. CASTRINUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. giust.*, 4/2018, p. 45-54.

¹⁵ Cfr. in proposito il nostro *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 27 ss., 58 ss.

¹⁶ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 4 ss.

¹⁷ Può essere interessante, a questo riguardo, sottolineare la differenza di approccio tra la comunità scientifica penalistica, in cui si confrontano posizioni diverse e articolate, e la maggiore rigidità della comunità processualpenalistica, tetragona nel difendere il mondo di ieri e la visione tradizionale della legalità. Esemplare, in tal senso, la posizione di D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, LXIX, 2017, fasc. 2, pp. 421-454, che mitizza il disposto legale in omaggio ad un idealizzato principio di legalità e riduce un amplissimo fenomeno di portata mondiale, quello dell'ampliamento del ruolo della giurisdizione, che accomuna *civil law* e *common law*, a forme di posizione ideologica da parte della magistratura.

formalistica dell'interpretazione è stata la crisi innegabile che quel principio di interpretazione-applicazione tassativa delle singole fattispecie criminose ha vissuto nella realtà concreta della giurisdizione. Per dirla semplicemente, le istanze garantistiche che in teoria potevano essere soddisfatte dal principio della riserva di legge non trovavano poi convincente e credibile conferma nel diritto penale *in action*.

Un ruolo rilevante nel far emergere tale difficoltà e nel richiamare vigorosamente l'attenzione sulla necessità di riadeguare teoria e pratica del diritto è stato giocato dalle teorie ermeneutiche, che insistendo sull'inconcepibilità del senso come mero attributo di un testo¹⁸ hanno efficacemente illuminato le caratteristiche e la complessità del procedimento interpretativo anche nell'esercizio della giurisdizione penale. È bene premettere che – come tutti sappiamo – l'ambito del diritto penale, dominato come si è detto dal principio della riserva di legge, non di rado letto in forme ideologicamente rigide, è sulla carta il settore del diritto più lontano dall'accogliere le tesi di un'interpretazione produttiva e costruttiva, e quindi in apparenza il più alieno dalle tesi ermeneutiche. Tanto è vero che anche di recente Massimo Vogliotti ha intitolato un suo saggio *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*^{19,20}. Se pur talora si riconosce che il caso concreto aggiunge qualcosa alla comprensione della relativa norma, si circoscrive poi questo dato alla sola evenienza dei casi c.d. *difficili*, e non alla fisiologia dell'interpretazione penale²¹. In realtà, quando parliamo del rapporto tra dottrina penalistica ed ermeneutica non ci riferiamo soltanto alla circostanza, oggi davvero universalmente riconosciuta, per cui l'applicazione della legge penale ai casi concreti implica una «precomprensione» dei testi di legge. L'aspetto più importante è che la comprensione del diritto penale, come ha mostrato in modo indiscutibile Winfried Hassemer²², mette a fuoco di volta in volta una diversa fattispecie, meglio compresa, che ridefinisce il significato dell'enunciato sulla base delle irriducibili novità del fatto e ridefinisce il fatto – sempre nuovo – sulla base della norma. Se insomma si archivia definitivamente l'antica, illuministica separazione tra il fatto e il diritto, in base alla quale la sfera dei fatti non poteva vantare alcuna incidenza sulla struttura del diritto, il procedimento di concretizzazione delle leggi penali implica non soltanto un passaggio dall'astratto al concreto²³, ma ancor più un'inesauribile ri-messa a fuoco e ri-

¹⁸ J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici* (1971), trad. it. di R. DE GIORGI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983, p. 41.

¹⁹ M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44 (2015), pp. 131-181.

²⁰ G. MARINUCCI, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1255, p. 1267.

²¹ Così ad esempio M. DONINI, [Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza](#), in *Quest. giust.*, 4/2018, p. 86 ss.

²² W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1968, pp. 107 ss., trad. it. a cura di G. CARLIZZI, ESI, Napoli 2007. Al riguardo, v. il nostro *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984, p. 173 ss., nonché V. OMAGGIO, *Teorie dell'interpretazione. Giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2003, p. 45 ss.

²³ Su quest'aspetto, all'interno dell'orientamento ermeneutico, su ciò che accade effettivamente nella dimensione decisoria, cfr. A. KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom*

specificazione dei contorni della fattispecie astratta sulla base della concretezza dei casi e dei reali fenomeni criminosi. È, dicevamo, l'idea di Hassemer di una «spirale ermeneutica» tra norma e caso, di un processo circolare di reciproco arricchimento e di mutua determinazione tra norme e casi concreti²⁴. La norma è anche il risultato delle sedimentazioni interpretative su di essa accumulate e comunque muta attraverso le decisioni su di essa fondate²⁵. Con terminologia diversa, ma non sostanzialmente dissimile, un autorevole teorico del ragionamento giuridico, non ermeneutico, come Frederic Schauer, ha parlato di «progressi incrementali» nella comprensione giuridica. Dunque non vi è alcun significato «oggettivo» della regola penale, dal momento che sono le circostanze dell'applicazione del diritto a evidenziare e a ridefinire sempre nuovi significati della regola stessa²⁶. Fatto e diritto sono elementi ermeneuticamente incompleti finché non sono posti in corrispondenza in relazione al fatto da giudicare.

L'effetto di queste tesi, sul piano della teoria generale, è il rafforzarsi dell'opinione, oggi larghissimamente condivisa, che gli ordinamenti giuridici, lungi dall'essere composti esclusivamente da norme che esprimono il significato di testi normativi, constano di molte norme elaborate dai giudici sulla base dei fatti concreti, e dunque non immediatamente riconducibili alle sole disposizioni delle fonti, norme che sovente includono premesse di tipo morale, sociale e politico²⁷.

Preso atto della frattura sempre più profonda apertasi tra la realtà e la teoria, vi è dunque l'urgente necessità di ripensare e ricostruire i principi illuministico-liberali della legalità penale, ridefinendone le basi teoriche in relazione ad un contesto totalmente mutato e a partire dall'esplicito riconoscimento alla giurisprudenza del ruolo di *formante* del diritto, mantenendo purtuttavia fermo quel valore difficilmente rinunciabile che il paradigma moderno intendeva proteggere, ossia «garantire che l'imputato non venga sorpreso da punizioni che nessun uomo ragionevole poteva prevedere»²⁸.

4. Discrezionalità o creatività dell'interprete penale?

Pur dando per acquisita l'idea di una fisiologica discrezionalità giurisprudenziale nel momento applicativo dei testi penali, e nella presa d'atto realistica

Typus, Decker & Müller, Heidelberg 1982, trad. it. a cura di G. CARLIZZI, Vivarium, Napoli 2003; J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenvorstellung*, Duncker und Humblot, Berlin 1965, trad. it. cit.

²⁴ Sulla quale è da vedere G. CARLIZZI, *Contributi alla storia dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, La Scuola di Pitagora, Napoli 2012, pp. 121-160.

²⁵ W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo* cit., pp. 167-168.

²⁶ In senso analogo F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, in *Persona y Derecho*, 79/2018, p.16, ma v. anche il mio *La comprensione del diritto* cit., p. 9.

²⁷ Così D. CANALE, *In difesa della distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica*, in *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. II, a cura di P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo 2019, p. 239.

²⁸ W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto*, in *Ars Interpretandi*, 1997, p. 186.

del declino del principio di legalità²⁹, deve comunque rimanere saldo un discrimine teorico. Una cosa è infatti che questa libertà interpretativo-applicativa e l'intoglibile discrezionalità che essa porta con sé si muovano all'interno degli spazi semantici dei testi³⁰; altra cosa è che essa ne prescindano³¹, introducendo elementi dai testi non previsti o disinteressandosi di reperire riferimenti nel testo stesso. In tal caso si determinerebbe un salto senza motivazioni dal testo al contesto fattuale³² e si aprirebbe la strada all'arbitrio rispetto alla prescrizione di un trattamento eguale. E non pare da questo punto di vista molto fruttuoso – è anzi forse il sintomo di persistenti residui ideologici – il continuare a definire come norme generali e astratte le interpretazioni che danno luogo a diverse «norme»³³. Soprattutto se quest'insistenza nella riproposizione del paradigma illuministico e la correlativa critica della teoria ermeneutica, accomunano un po' sommariamente le posizioni ermeneutiche moderate di tipo gadameriano alla semiosi illimitata alla Derrida³⁴.

Vi è, è vero, un problema innegabile, e tanto più evidente in diritto penale, di tracciare dei confini allo spazio di discrezionalità³⁵ sempre crescente affidato all'interpretazione giudiziale e al corrispondente potere dei giudici. Ma ad esso non si risponde, come fa invece Luigi Ferrajoli, riproponendo una versione tradizionale e anzi paradossalmente «rafforzata» del prototipo garantista del ragionamento giudiziario, ispirata al giuspositivismo e negatrice, contro ogni evidenza, della ampiezza della discrezionalità giurisdizionale nell'applicazione del diritto³⁶. Certo per «creatività» della giurisdizione – espressione di per sé ambigua – si possono intendere cose tra loro molto diverse³⁷, ma per Ferrajoli essa è comunque programmaticamente illegittima perché in contrasto con il principio di legalità e di separazione dei poteri. Così impostato il problema, la risposta è scontata ed il dialogo chiuso ancor prima di cominciare. Solo parlare di porre in discussione il principio di legalità disegnato dal positivismo giuridico significherebbe la fine dello stato di diritto, il superamento della democrazia e la caduta di tutte le garanzie giurisdizionali. Ma a parte la contraddizione per la quale da un lato si depreca la crisi della legislazione e il dissesto del linguaggio legislativo e dall'altra parte si continua ad invocare il dogma intangibile della maestà della legge, il fatto è che, almeno per quanto riguarda le tesi ermeneutiche, la «creazione» giudiziale del diritto

²⁹ Sui cui diversi profili v. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, cit., pp. 402-420.

³⁰ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 4 ss.

³¹ F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 531 ss.

³² O. DI GIOVINE, «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Quest. giust.*, 4/2018, p. 59.

³³ M. DONINI, *Fattispecie o case law?*, cit., p. 87.

³⁴ M. DONINI, *Fattispecie o case law?*, cit., p. 96.

³⁵ Sul tema della discrezionalità v. il classico F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. I: Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano 1965. L'insopprimibilità anche nell'interpretazione penale di un margine di incertezza e quindi di discrezionalità è riconosciuta anche da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 99 ss.

³⁶ L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars Interpretandi*, V/2016 n. 2, p. 23-43.

³⁷ M. BARBERIS, *Beccaria Bentham e il creazionismo giuridico*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2014, p. 559 ss.

non è mai creazione *ex nihilo* dei significati normativi nel momento della comprensione: la creatività dell'interpretazione si sviluppa entro la cornice dei possibili significati associabili all'enunciato interpretato e dunque entro il perimetro disegnato dal principio di legalità³⁸. Creazione è perfezionamento dell'opera di produzione normativa data dal legislatore, fondato su una razionalità discorsiva e argomentativa. In tal modo le decisioni giudiziali sono il risultato di ragionamenti giustificativi sviluppati a partire dalle premesse normative e orientati alla luce dei principi ordinamentali. C'è insomma una differenza strutturale tra creazione del diritto legislativa e creazione del diritto (se ancora si vuol usare questo termine equivoco) in sede applicativa. Anche quest'ultima si muove all'interno dell'orizzonte normativo fornito dal legislatore.

5. Pluralismo etico e diritto penale.

Sul piano più generale del concetto di diritto va riconosciuto che l'accentuato pluralismo e multiculturalismo del nostro tempo, che pongono in crisi il legame di appartenenza dell'interprete ad una comunità coesa e dotata di valori comuni, stanno spingendo verso l'individualizzazione e l'enfaticizzazione delle differenze piuttosto che verso la generalizzazione. I casi concreti, le persone singole sono diventati normativi per il diritto positivo e diviene estremamente difficile trattare in modo eguale persone diverse³⁹. Al valore della certezza tende a sostituirsi il principio dell'equilibrio⁴⁰. Cresce il disaccordo tra i cittadini sul modo con cui interpretare e praticare i valori costituzionali⁴¹ e non è pensabile che sia qualche disposizione penale o qualche sentenza giudiziale a recuperare un'unità attorno ai valori da tempo smarrita⁴². In un simile contesto frammentato, conflittuale e plurale va ricordato che il particolarismo e l'atipicità possono rappresentare un pericolo consistente per il diritto penale e non appare comunque ingiustificato un certo scetticismo sull'idoneità del diritto penale contemporaneo a svolgere una funzione identitaria sul piano dei valori di riferimento e efficacemente orientativa nel considerare i beni penalmente tutelabili sul piano dei comportamenti⁴³ e delle correlative sanzioni penali. C'è da dubitare del fatto che vengano tutelati beni la cui rilevanza non sia considerata in modo ampiamente condiviso nella società. Più che essere espressione di un assetto di valori morali e di etica pubblica, il diritto penale contemporaneo ne registra l'eclissi. Sono inoltre da considerare una serie di altri fattori, come le concrete modalità con cui nelle stesse procedure democratiche di leggi regolarmente votate in Parlamento, a causa del ruolo schiacciante assunto dall'esecutivo nel procedimento di produzione della legge, venga resa di fatto

³⁸ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto* cit., p. 12.

³⁹ F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, in *Persona y Derecho*, 2018/79, p. 19.

⁴⁰ G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari 2006, p. 5; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino 2007, p. 28-29.

⁴¹ Cfr. al riguardo G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, il Mulino, Bologna 2022, p. 209 ss., 319 ss.

⁴² M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., p. 13.

⁴³ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari 2017, p. 22.

impraticabile quella dialettica tra maggioranza e opposizione parlamentare su cui si imperniavano l'idea di democrazia rappresentativa⁴⁴ e la prospettiva della legge prodotta dal Parlamento in quanto organo rappresentativo dell'intero popolo.

Tutto ciò non induce all'ottimismo circa la capacità attuale della legge di costituire una garanzia contro l'arbitrio e di assicurare un trattamento penale ispirato al principio di uguaglianza. La riserva di legge è formalmente rispettata, ma anche i legislatori perseguono, come è evidente, precisi interessi immediati, spesso senza la minima idea di come le leggi da essi prodotte verranno interpretate dai giudici. Molta letteratura penalistica in questo senso sopravvaluta gli aspetti garantistici della democrazia⁴⁵. Dovrebbe a questo riguardo ritornare ad essere centrale il ruolo dei giuristi, i soli da cui si possa esigere un contributo alla migliore redazione delle leggi ed uno sforzo ermeneutico qualificato⁴⁶. Insomma, quando parliamo di leggi penali oggi parliamo di qualcosa di completamente diverso dai luoghi comuni – primo tra tutti che le leggi fossero poche, chiare e precostituite al giudizio – propri della legge secondo l'Illuminismo giuridico, che ancor oggi alimenta l'idea fallace che la certezza del diritto si possa raggiungere con sempre nuova legislazione⁴⁷.

6. Caratteri della nuova legalità penale.

Alla luce di queste considerazioni si può dire in linea generale che la nuova legalità penale non è più tutta concentrata e risolta nella dimensione astratta della fattispecie, e quindi circoscritta alle norme staticamente considerate. Essa include in sé il piano dell'effettività⁴⁸, in precedenza completamente trascurato nel modello giuridico ortodosso «moderno», fondato sulla radicale dicotomia fatto/diritto⁴⁹. Ancora la nuova legalità penale non è più l'espressione di una singola volontà sovrana, di un'autorità che pone e dispone, quella del solo legislatore e delle sue scelte valutative nelle leggi scritte, ma è piuttosto il risultato di una prassi articolata di azioni, atti di posizione, di concretizzazione e di riconoscimento del diritto, che coinvolge una pluralità di soggetti, nazionali e esterni all'ordinamento nazionale⁵⁰. Primi tra tutti, come è evidente i soggetti

⁴⁴ Sulla crisi della rappresentanza v. il saggio introduttivo di S. CASSESE in AA.VV., *Il popolo e i suoi rappresentanti*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma 2019.

⁴⁵ G. PINO, *Legalità penale e rule of law* in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, Bologna 2016, p. 220.

⁴⁶ Sulla funzione dei giuristi teorici nel mutato contesto di riferimento, cfr. *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analysen, Empfehlungen*, Wissenschaftsrat Verlag 2012. Sul recupero di ruoli e di responsabilità da parte dei giuristi, cfr. P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Giuffrè, Milano 2021, p. 147.

⁴⁷ Così M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale tra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44 (2015), Tomo I, p. 101.

⁴⁸ Sull'arricchimento procurato al diritto dalla dimensione dell'effettività, v. ora la riflessione di G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè, Milano 2020.

⁴⁹ M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, cit.

⁵⁰ Si veda il nostro *Sul concetto di positività del diritto*, in G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino 1991, pp. 330, 358, ma anche F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni*, cit., pp.

istituzionali, i legislatori e i giudici, ma anche i giuristi, i portatori di interessi e più ampiamente i cittadini, che contribuiscono ad elaborare il panorama valoriale e pluralistico di fondo a partire dal quale legislatori e giudici effettuano le proprie scelte⁵¹. In altre parole, questa nuova concezione di legalità penale, che si connette strettamente ad un'idea diversa e più ricca di interpretazione⁵² e ad un'idea diversa e più articolata di positività del diritto⁵³, produce effetti relevantissimi anzitutto sul modo di concepire il rapporto tra comunità giuridica e contesti politico-sociali, i quali contribuiscono significativamente, assieme alla comunità dei giuristi, a forgiare ed influenzare il diritto⁵⁴.

Ma poi, essa contribuisce ad un profondo ripensamento del classico problema legislatore-giudice, così come tradizionalmente configurato⁵⁵. Se pur si riconosce, come avviene nell'art. 25 della nostra Costituzione, che al legislatore spetta il ruolo di fornire per sommi capi – attraverso gli enunciati di legge – indirizzi di carattere generale e indicazioni orientative dei comportamenti (almeno quando – ahimè oggi sempre più raramente – esso riesca a farlo!); mentre al giudice, posto di fronte al caso concreto, si assegna un ruolo complementare di co-protagonista nel processo di produzione del diritto⁵⁶, è la questione del vincolo alla legge⁵⁷ che va profondamente rivista: non solo perché non è più configurabile negli antichi termini imperativi di una sottomissione alla lettera della legge, ma anche e soprattutto perché la legalità costituzionale «complica» strutturalmente il rapporto tra legislazione e giurisdizione e ne esige una relazione più equilibrata. È vero che secondo l'art.101 co. 2 Cost. «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (e che tale articolo va collegato all'art. 111 Cost.), ma è altrettanto vero che questa giusta istanza di indipendenza del giudice da altri poteri va ora declinata alla luce della Costituzione e dei suoi principi, che all'interno del materiale normativo con cui il giudice è tenuto a misurarsi assumono un peso preminente. Più che alla legge il giudice è dunque soggetto alla Costituzione. Da questo punto di vista la dilatazione dello spazio

1305, 1323.

⁵¹ In tal senso può dirsi che la legalità è un valore giuridico. Cfr. R. DWORKIN, *La giustizia in toga* (2006), Laterza, Roma-Bari 2010, pp. 183 ss.

⁵² Sul punto, v. B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, CEDAM, Padova 2014, pp. 35 ss.

⁵³ Si veda il nostro *Sul concetto di positività*, cit., p. 356.

⁵⁴ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano 2008.

⁵⁵ Al riguardo alcuni spunti in *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2016, pp. 483 ss., nonché in R.G. CONTI (a cura di), *Il mestiere di giudice*, CEDAM, Padova 2020.

⁵⁶ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 21; M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processoria dello stato-epistemologia*, in *Ind. Pen.*, 1999, pp. 27 ss.; G. SILVESTRI, *Il ruolo del giudice in un'epoca di crisi delle fonti*, in F. Palazzo, O. Roselli (a cura di), *I professionisti della giustizia. La formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia*, ESI, Napoli 2007, p. 25 ss.; G. HIRSCH, *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia*, 2007, p. 107 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 99 ss.

⁵⁷ B. RUTHERS, *Vincolo alla legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, in *Criminalia*, 2007, p. 121 ss.

acquisito dal giudice a spese della legge rischia di mettere in discussione il fondamentale valore costituzionale dell'eguaglianza di trattamento.

Per non dire della giurisprudenza della Corte europea EDU, che abbandonata l'idea del *nullum crimen* basato sulla legge ed equiparata la giurisprudenza alla legge nella costellazione delle fonti, assegna alla giurisprudenza stessa un ruolo centrale⁵⁸ e rilegge la legalità penale come diritto universale dell'individuo alla prevedibilità delle conseguenze dei propri comportamenti e all'accessibilità delle fonti incriminatrici⁵⁹.

Con specifico riferimento alla legalità penale, il ruolo del giudice può essere analizzato da un duplice punto di vista: da un lato nell'ottica della dilagante espansione dei suoi poteri, causata dalla serie complessa di fattori, interni ed esterni all'ordinamento nazionale che abbiamo indicato, dall'altro nell'ottica dei limiti all'esercizio del suo potere punitivo, che dovrebbero essere introdotti da un'efficace realizzazione del principio di determinatezza della legge penale. Ma qui – come accennato – il legislatore contemporaneo mostra tutte le sue manchevolezze. L'uso smodato del ricorso alla sanzione penale (secondo recenti ricerche 7000 norme penali in Italia, tra codici e leggi complementari, con una netta prevalenza quantitativa di quest'ultime) alimenta infatti disposizioni ben lontane dalla chiarezza e dalla precisione di illuministica memoria. Non solo: sovente la legislazione vorrebbe colpire non tanto reati ben determinati e circoscritti, non tanto *fatti*, quanto amplissimi fenomeni criminali (come mafia, terrorismo, corruzione o malgoverno del territorio, per non dire quando si voglia ridurre il processo epocale delle migrazioni a fenomeno criminale⁶⁰). La conseguenza è quella di un tasso rilevante di ideologicità e di genericità in molte disposizioni di legge, tutte piegate al perseguimento di obiettivi contingenti di immediata utilità politica, e non di rado contenenti espressioni con funzione emotiva più che normativa. Un linguaggio programmatico-politico più che prescrittivo-giuridico, dove l'emozione ha il sopravvento sulla ragione. Tutto ciò inevitabilmente implica proprio la rinuncia alla funzione di orientamento dei comportamenti che sarebbe propria di una norma penale precisa e circoscritta. Si diffonde un "diritto «formalmente» penale... che maschera però un obiettivo di prevenzione"⁶¹. Totalmente amministrativizzata, ossia ridotta a provvedimento amministrativo rapidamente superato dai fatti o ridotta a mera declamazione retorica di tipo etico-pedagogico rispetto ad emergenze non affrontate in passato, la norma penale in realtà rinuncia a quel ruolo «orientativo» dei comportamenti dei consociati come fattore di ordine futuro, che aveva alla sua base una stabile ragion d'essere. Più che un diritto della stabilità essa convalida l'idea di un diritto penale dell'*instabilità*. L'idea, oggi assai diffusa in una parte dell'opinione pubblica, per non dire prevalente in taluni settori del mondo politico-parlamentare, di quello che Filippo

⁵⁸ V. MANES, «Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del *nullum crimen* e sfide prossime future in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino 2017, p. 158 ss.

⁵⁹ Sul tema della prevedibilità cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, ESI, Napoli 2016, p. 213 ss.

⁶⁰ Sul tema, tra i molti contributi recenti, v. A. Di Martino, I. Bojano, F. Bindi Dal Monte, R. Raffaelli, *The Criminalization of Irregular Immigration: Law and Practice in Italy*, Pisa University Press, Pisa 2013; G. MATTIAZZI, *Oltre il cortocircuito della modernità*, Padova University Press, Padova 2022.

⁶¹ F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 43.

Sgubbi ha efficacemente definito «diritto penale totale»⁶², ossia che tramite il diritto penale si possa rimediare ad ogni ingiustizia e ad ogni male sociale e che di conseguenza si debba ricorrere più intensivamente alla punizione e alla repressione⁶³, origina un diritto penale non più frammentario⁶⁴, ma duramente sanzionatorio, caratterizzato da una dimensione ipertrofica delle scelte di criminalizzazione e declinato in un senso declamatorio e simbolico-moralizzatore più che reattivo, con le conseguenti insuperabile incertezza semantica dei testi e fluttuazione degli illeciti penali. Un diritto penale invasivo e basato sulla minaccia di sofferenze: il diritto penale come etica pubblica⁶⁵ si sostituisce al venir meno dell'etica pubblica, divenendone l'unico paradigma. Quest'idea di un diritto caratterizzato da un nucleo vendicativo nel modo di concepire la pena, e quindi dalla sopravvivenza di un diritto penale di origine arcaica, confligge tra l'altro in modo radicale non solo con la centralità della persona e della sua dignità affermata dalla Costituzione, ma anche con i principi dell'*extrema ratio*, della proporzionalità e del divieto di retroattività, che caratterizzavano l'idea della legalità legislativa, così come raccontata nella narrazione dei manuali penalistici. Per non dire del principio di tipicità, che cede pesantemente il passo di fronte all'obiettivo di introdurre contenuti contingenti, anche a prescindere dall'ancoraggio a precise formulazioni legislative (si pensi, solo ad esempio, al reato di traffico di influenze illecite ex art. 346 bis c.p.). Insomma, l'ipertrofia legislativa, soprattutto quella dettata da emotività più che da razionalità, non è una deprecabile deviazione dalla retta via, ma è una condizione strutturale della legislazione contemporanea. Inoltre, specie se il giudice si misura con fenomeni criminali di ampia portata e dalle molteplici connessioni sistemiche, il suo fisiologico spazio di valutazione si amplia ulteriormente, dischiudendo all'interprete uno spazio relevantissimo e indefinito, destinato ad introdurre nuove fattispecie⁶⁶.

Lo stesso processo rischia così di legittimare provvedimenti di natura amministrativa e ispirati all'opportunità politica. Esorbitando nel suo potere, il giudice rischia di divenire non colui che colma delle lacune, ma il *giudice moralizzatore e giustiziere*⁶⁷, vero protagonista mediatico di una politica criminale soltanto declamata in modi strumentali dal legislatore, ma in realtà propria e dotata di una forte funzione di prevenzione generale. Una politica, quella di una giurisdizione così intesa, che, anziché

⁶² F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, il Mulino 2019.

⁶³ Sui meccanismi anche psicologici del diffondersi di questa mentalità, cfr. D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, trad. it. di L. Alunni, Feltrinelli, Milano 2018.

⁶⁴ Sulla frammentarietà del diritto penale resta esemplare F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione della legalità penale*, il Mulino, Bologna 1990, ma anche T. VORMBAUM, [Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, p. 51 ss.

⁶⁵ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica: considerazioni sul politico quale tipo d'autore*, Mucchi, Modena 2015. Ma in proposito v. anche S. ANASTASIA, M. ANSEMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, CEDAM, Padova 2015.

⁶⁶ È ciò che lamenta D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, p. 161 ss.

⁶⁷ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino 2009, p. 375.

accertare fatti precedentemente accaduti conformi alle fattispecie⁶⁸, «crea il fatto»⁶⁹, costruisce attraverso nuove imputazioni regole nuove e si sostituisce ad una più ampia e comprensiva strategia di tutela e di prevenzione dei fenomeni, articolata su una pluralità di soggetti. Sul piano penale norme così formulate, sulla base non di interpretazioni ma di narrazioni, non solo non sono efficaci ma neppure giustificate: il cittadino ed il reo non sono trattati come esseri razionali, capaci di comprendere gli argomenti che si oppongono ai comportamenti delittuosi.

Un esempio concreto particolarmente chiaro di estensione dei confini della punibilità è rappresentato dalle interpretazioni estensive che sono state date dell'art. 416 bis codice penale⁷⁰ – introdotto nel 1982 per le mafie classiche avendo in mente i contesti ambientali di Cosa Nostra, Ndrangheta e Camorra, e relativo all'associazione di tipo mafioso – per reprimere fenomeni e comportamenti criminali di associazioni di nuova costituzione e di recente emersione (come nei processi per la c.d. «Mafia Capitale» o per il fenomeno criminale operante ad Ostia). Tali interpretazioni, anziché riferirsi al reato di associazione a delinquere semplice, enfatizzano la «forza intimidatrice» del vincolo associativo e contestano l'aggravante della modalità mafiosa, pur senza spesso disporre di un adeguato quadro probatorio che riscontri nei fatti la «forza intimidatrice» del vincolo associativo. In tali casi l'effetto è evidentemente quello di creare per via giudiziale nuove figure di reato, sbilanciando a favore dell'accusa l'accertamento dei fatti e la dialettica del processo e mettendo in crisi il principio di proporzionalità tra fatto e pena.

Tutte queste considerazioni, relative ad un'azione giudiziaria intesa come fattore di permanente moralizzazione, ci consentono di sottolineare la complessità e insieme l'ambiguità del principio di legalità penale: può valere anche per leggi provvedimento o per leggi che spostano su un soggetto diverso dal legislatore il potere di determinare i reati e le relative pene⁷¹? È legittimo chiedersi: fino a che punto la «stretta legalità»⁷² deve rimanere tale o non si perde e si vanifica, invece, la tassatività-determinatezza che la caratterizza⁷³, se per la vaghezza delle fattispecie penali viene completamente a mancare la precisione nella formulazione della fattispecie? È attraverso una repressione meramente *legislativa* che si risolvono problemi amplissimi che investono anche il costume sociale, la fragilità di «virtù repubblicane» e la mancanza di Stato? Interrogativi, questi, che mentre problematizzano il principio di legalità, almeno come di fatto si

⁶⁸ Sulla necessità che il diritto penale rimanga ancorato al fatto descritto nella norma, v. M. RONCO, *La legalità stratificata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1387 ss.

⁶⁹ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale cit.*, p. 73.

⁷⁰ Su cui cfr. da ultimo I. MERENDA, C. VISCONTI, [Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2019, pp. 1-24.

⁷¹ Così G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, cit.

⁷² Sulla quale, intesa come precisione nella formulazione della fattispecie, v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, pp. 71 ss., 371 ss.

⁷³ Sul principio di determinatezza v. l'ormai classico F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, Padova 1979.

incarna nel nostro diritto positivo, contribuiscono anche a svelarne, una volta di più, le radici storiche ed ideologiche⁷⁴, basate sull'eccessiva fiducia illuministica nella legge.

7. Come limitare l'applicazione giudiziale espansiva del diritto penale?

Quanto più si riconosce nitidamente il dato della pluralità delle interpretazioni delle disposizioni penali tanto più acuta diviene la possibilità di contrasti giurisprudenziali; e di conseguenza si pone il tema della stabilizzazione degli orientamenti interpretativi e giurisprudenziali, anche in rapporto alle esigenze di parità di trattamento dei cittadini e di limitazione dei possibili arbitrii.

La teoria ermeneutica, nella costante preoccupazione per il tema dei «limiti dell'interpretazione»⁷⁵, ha elaborato sofisticati criteri di controllo del procedimento interpretativo come elementi utili al giudice-interprete per sottoporre le proprie conclusioni, parziali o definitive, al vaglio della ragione. Tuttavia è anche vero che le difficoltà che nascono nell'ammettere possibili applicazioni giudiziarie espansive della legge penale non si possono risolvere in termini soltanto ermeneutici, ma debbono essere affrontate anche in termini istituzionali. Ad un controllo per così dire *interno* sul come interpretare deve affiancarsi anche un controllo di tipo *esterno*, su quella complessa attività istituzionalizzata, articolata in un pluralismo di argomentazioni, con cui si interpreta e si applica il diritto.

Se ci collochiamo nella prospettiva del reperimento di istanze capaci di adempiere un ruolo guida e di orientamento rispetto alla pluralità delle interpretazioni, nella direzione di una maggiore prevedibilità delle scelte interpretative, incontriamo le due problematiche, distinte ma connesse, del vincolo al precedente e del ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione.

Il vincolo al precedente⁷⁶ muove dall'idea di fondo di prevenire la stessa possibilità di formazione del contrasto interpretativo. Esso si differenzia dalla funzione nomofilattica (anche se può esservi collegato), per il fatto che mentre quest'ultima implica un'attività astrattiva (dal fatto alla regola giuridica), il vincolo al precedente effettua un percorso inverso, che si realizza con la concretizzazione di una regola in rapporto ad un particolare fatto⁷⁷.

Il precedente, instaurando un rapporto tra il giudice che ha pronunciato la decisione assunta come precedente e il giudice del caso successivo, agisce e si proietta

⁷⁴ G. PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014, p. 170.

⁷⁵ Si possono al riguardo vedere i nostri *Limiti e libertà dell'interpretazione* e *Interpretazione e controllo dell'interpretazione*, entrambi in *La comprensione del diritto*, cit., p. 82-111 e 126-141.

⁷⁶ Sul precedente, nell'amplessima letteratura recente, N. MAC CORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Routledge, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, 1997; G. LAMOND, *Do Precedents Create Rules?*, in *Legal Theory*, vol. 15 (2005), p. 1-26; E. HONDIUS (a cura di), *Precedent and the law*, Bruylant, Bruxelles 2007; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss., ID., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, ETS, Pisa 2015, pp. 37-57.

⁷⁷ G. FIDELBO, [Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale](#), in *Quest. giust.*, 2018, n. 4.

nella dimensione del futuro e in quella che Neil Mac Cormick ha chiamato *universalizzabilità* della decisione precedente⁷⁸. La legalità implica l'idea della *generalizzazione* ed in essa trova applicazione l'imperativo categorico kantiano: chi agisce deve volere che la massima della sua decisione divenga massima generale. Una volta riconosciuto simile, il precedente non mette in gioco nessun altro criterio se non quello della sua capacità di universalizzazione (trattare in modo simile casi simili)⁷⁹ e dunque rinvia ad una similarità che non è data, ma costruita per astrazione.

Nell'utilizzo del precedente dunque da un lato si ritorna al passato, nell'atto cioè in cui ci si ricollega ai precedenti giudizi pertinenti⁸⁰; e dall'altro ci si protende in avanti, con l'intento di cercare di vincolare il futuro⁸¹ e di condizionare con la forza persuasiva della propria decisione le decisioni di giudici futuri⁸². Grande è dunque la responsabilità⁸³ di chi ritiene che la sua sentenza possa essere considerata come precedente che va oltre il caso deciso⁸⁴,

Ricorrere al precedente implica perciò una complessa operazione di confronto tra la ricostruzione giuridica e fattuale operata nel caso anteriore e quella che si intende applicare nel caso susseguente⁸⁵. Il riferimento ai fatti resta fondamentale per l'individuazione della norma da applicare.⁸⁶ Si tratta di accertare quali somiglianze e quali differenze siano pertinenti nella vicenda considerata e in particolare se l'ipotesi normativa e la *ratio decidendi* coincidano. Già la *ratio decidendi* di una regola (cioè che fa precedente) è nozione sfuggente e non agevolmente definibile⁸⁷, ancor meno lo è il

⁷⁸ N. MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford U.P., Oxford 1978, pp. 82 ss., 134 ss., 214 ss. Similmente C. PERELMAN: «Hai l'obbligo di comportarti come se fossi un giudice la cui *ratio decidendi* deve fornire un principio *valido per tutti gli uomini*» (*Cinq leçons sur la justice*, in C. PERELMAN, *Droit, morale et philosophie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1968, p. 49). Sul tema v. anche F. FOLLIERI, *Correttezza (Richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, pp. 265-354.

⁷⁹ P. RICOEUR, *Interpretazione e argomentazione*, in *Ars Interpretandi*, 1996, 1, pp. 91-92; ma v. anche L. GIANFORMAGGIO, *Identity, Equality, Similarity and the Law*, in *Rechtstheorie*, Beiheft 15, Berlin 1993, pp. 121-134.

⁸⁰ N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., pp. 17, 23.

⁸¹ Così anche M. KRIELE, *Diritto e ragione pratica*, a cura di V. Omaggio, Editoriale Scientifica, Napoli 2006, p. 108.

⁸² Quest'aspetto è evidenziato da J. WALDRON, *Stare decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, 111 Mich. L. Rev 1 (2012), pp. 1 ss. Si veda anche M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 14.

⁸³ Sul punto M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem des Vefassungsinterpretation*, Duncker und Humblot, Berlin 1976 (2 ed.), pp. 312 ss.

⁸⁴ Sempre attuali le considerazioni di G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard U.P., Cambridge Ma 1982, cap. IX.

⁸⁵ Al riguardo, in originale prospettiva ermeneutica, J. MOURAO FILHO, *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporaneo*, Juspodium, Salvador-Bahia 2016 (2 ed.), p. 41 ss., 74 ss., 104 ss., 140 ss., 275 ss., 426 ss.

⁸⁶ Così D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli, Torino 2019, p. 25. Ma v. anche M. SERIO, *la rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2013, n. 2, pp. 357-394.

⁸⁷ Sul punto, cfr. G. MARSHALL, *What is Binding in a Precedent?*, in N. Mac Cormick, R.S. Summers, *Interpreting Precedent. A Comparative Study*, cit., pp. 503 ss., ma ancora fondamentale è R. CROSS, J.W. HARRIS, *Precedent*

ricorrere ad essa in una decisione susseguente, non essendo precostituiti accordi generalizzati su quali siano i criteri per identificarla. La *ratio decidendi* non può essere facilmente avulsa dal contesto del giudizio e della decisione.⁸⁸

Anche nel quadro dei sistemi penali la distinzione tradizionalmente avanzata tra precedente vincolante (negli ordinamenti di *common law*) e precedente meramente persuasivo (negli ordinamenti di *civil law*) palesa la sua debolezza e non è in grado di rappresentare pienamente l'efficacia del precedente negli ordinamenti contemporanei, la sua *vincolatività presuntiva*⁸⁹, che oggi costituisce un principio e una regola non scritta della pratica giuridica. La *forza* del precedente, che può essere formale ed esplicita in alcuni casi, informale in altri⁹⁰, deve in ogni caso misurarsi con la struttura dell'argomentazione riguardo all'interpretazione della norma giuridica e alla sua giustificazione. Se ci si allontana dalla regola di attenersi al precedente, l'obbligo di motivazione comporta l'onere di darne giustificazioni persuasive. Ma anche nelle sue versioni più rigide, come nel caso del diritto inglese, la pur genuina vincolatività del precedente non è mai assoluta o insuperabile⁹¹: il giudice mantiene una significativa discrezionalità. Si è pertanto diffuso un uso generico e non rigoroso di questo termine⁹², riferendolo a decisioni «precedenti» di qualunque forma e contenuto⁹³.

A parte queste considerazioni di carattere generale, è del tutto chiaro che il problema del precedente si presenta con una sua centralità e specificità nel campo del

in *English Law*, Oxford U.P., Oxford 1991 (4 ed.).

⁸⁸ In proposito v. P.S. Atyah, *Form and Substance in Legal Reasoning: The Case of Contract*, in N. Mac Cormick, P. Birk (eds.), *The Legal Mind: Essays for Tony Honorè*, Clarendon Press, Oxford 1986, pp. 19-44; L. SMITH, *The Rationality of Tradition*, in T. Endicott, J. Getzler, E. Peel (eds.), *Properties of Law: Essays in Honor of James Harris*, Oxford U. P., Oxford 2006, pp. 297-313; F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, a cura di G.B. Ratti, V. Velluzzi, Carocci, Roma 2016, pp. 80 ss., 103.

⁸⁹ D'obbligo il riferimento a M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung* cit., cap. IX, nonché *il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile*, CEDAM, Padova 1988, p. 527 ss., e *Diritto e ragione pratica*, trad. it. di V. Omaggio E P. Paumgardhen, Editoriale Scientifica, Napoli 2006, pp. 101-122; in proposito il nostro *La comprensione del diritto*, cit., p. 7 ss. (ma l'intero orientamento ermeneutico offre contributi rilevanti sulla rilevanza «normativa» del vincolo al precedente, cfr. ad es. F. MULLER, *Strukturierende Rechtslehre*, II ed., Duncker&Humblot, Berlin 1994, p. 250-256). Su una linea analoga a quella di KRIELE, N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge e New York 2008, su cui S. WADDAMS, *Authority, Precedent and Principle*, in *University of Toronto Law Journal*, 2009, 59, 1, p. 127-133.

⁹⁰ R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, il Saggiatore, Milano 1989, p. 29-30, distingue tra dottrina dei precedenti *rigida* (che obbliga i giudici a rispettare le decisioni prese precedentemente da altre corti) e *moderata* (un giudice deve soltanto attribuire un certo peso alle decisioni precedenti su una questione analoga).

⁹¹ F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 104; di «forza persuasiva» del precedente parla A. PECZENIK, *The Binding Force of Precedent*, in N. Mac Cormick, R.S. Summers, *Interpreting Precedents*, cit., pp. 461 ss.

⁹² A. GAMBARO, *Note in tema di uso forense dei precedenti giudiziari*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., p. 182.

⁹³ Analiticamente si può distinguere tra precedenti interpretazioni di un testo normativo e precedenti decisioni di un caso concreto. In proposito, cfr. P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi di interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano 1999, cap. III e R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 262-263.

diritto penale⁹⁴, nel quale la stessa coesistenza di una pluralità di interpretazioni riguardo alle medesime norme, e ancor più le oscillazioni interpretative e la possibilità di conio di nuove norme in via interpretativa, possono entrare in forte tensione con la certezza del diritto e con la prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Come si è detto, dato che il precedente ha l'effetto di assicurare nel momento della decisione stabilità, riduzione dell'insicurezza, protezione delle aspettative legittime, quando non vi siano contro-argomentazioni consistenti a confutarlo è raccomandabile seguirlo. La certezza del diritto è un bene pubblico. L'*overruling*, ossia la scelta di respingere il precedente e di non rifarsi alla giurisprudenza precedente⁹⁵, è sempre possibile, ma richiede un'adeguata motivazione.

Con particolare riguardo al penale può essere rilevante la circostanza per cui la somiglianza o la diversità dei casi possano essere inserite in determinate «classi» che fungano da giustificazione, in quanto sicuramente appartenenti al sistema giuridico. L'interprete potrà così costruire un «sotto-insieme» di materiali normativi, un micro-sistema relativo ad una certa materia e basato su una selezione degli enunciati normativi ritenuti validi, che a sua volta si inserisce nel macro-sistema dell'ordinamento⁹⁶. Naturalmente la costruzione del sottoinsieme discende da una scelta che opta tra le varie interpretazioni possibili. Si tratta in altre parole per il giudice di rispondere non solo all'istanza di istituire una qualche isola d'ordine nel disordine delle fonti⁹⁷, ma anche a quell'esigenza di coerenza di carattere universale, senza cui le preferenze valutative riguardo agli aspetti di somiglianza o di differenza nel caso singolo rimarrebbero materia di valutazione inevitabilmente ingiustificata. L'elemento della giustificazione (e della sua ragionevolezza), assume qui dunque un ruolo essenziale: la soluzione del caso è ragionevole solo quando l'interprete voglia, motivandolo per massime generali, che un altro, successivo caso sia risolto in modo eguale⁹⁸.

8. Sul ruolo nomofilattico della Cassazione.

Poche parole infine riguardo al ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione⁹⁹, è ben noto che l'obiettivo dell'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del

⁹⁴ Si veda il lavoro pionieristico, tanto più meritorio in un contesto di sostanziale disinteresse per il tema da parte della dottrina italiana, di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino 2014 (2 ed.), ma v. anche V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma 2012.

⁹⁵ S. BRENNER, H.J. SPAETH, *Stare Indecisus. The Alteration of Precedent in the Supreme Court. 1946-1992*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

⁹⁶ Sul punto, V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino 2002, nonché B. PASTORE, *Casi, micro-sistemi, principi nel disordine delle fonti*, in P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti, (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. II, Pons, Madrid 2019, p. 383 ss.

⁹⁷ Su ciò, oltre al nostro *La comprensione del diritto*, pp. 27 ss., 58 ss., cfr. B. PASTORE, *Casi, micro-sistemi, principi nel disordine delle fonti*, cit., nonché G. PINO, *Interpretazione e «crisi» delle fonti*, Mucchi, Modena 2014.

⁹⁸ M. KRIELE, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Lit Verlag, Münster-Hamburg-London 2003, p. 36.

⁹⁹ Sul quale resta tuttora fondamentale il riferimento allo studio giovanile di P. CALAMANDREI, *Cassazione civile* (1920), ora in ID., *Opere giuridiche*, voll. VI e VII, Morano, Napoli 1976, ma v. ora M. TARUFFO, *Verso la*

diritto è perseguito nel nostro ordinamento fin dal 1941. Il r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, tuttora in vigore, all'art. 65 proclama che la Corte di Cassazione «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge»¹⁰⁰. In questo senso resta sempre valida la definizione di «vertice ambiguo» che Michele Taruffo ha dato della funzione della Cassazione¹⁰¹, impossibilitata dalla stessa mole di ricorsi e dall'inflazione dei precedenti a funzionare come rigorosa corte del precedente. La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione si caratterizza per la sua *retroattività*, ossia per la circostanza che essa interviene a correggere errori di diritto, sostanziali e processuali, *già compiuti* da giudici delle corti inferiori. In tal senso, nelle funzioni di corte di terza istanza, sembrava prevalere l'obiettivo della *corretta* interpretazione della legge rispetto a quello dell'*uniformità* degli indirizzi giurisprudenziali¹⁰². Ma progressivamente la funzione di uniforme interpretazione della legge è venuta prevalendo rispetto alle violazioni di diritto commesse dalle pronunce giudiziario di merito.

Problemi antichi, già presenti in contesti profondamente diversi¹⁰³ e non risolti, furono in seguito sempre più acuiti dal fatto che, in presenza di un numero sempre più alto di ricorsi (circa 83.000 l'anno, di cui 50.000 per il penale), all'interno della stessa Corte di Cassazione si determinavano più interpretazioni e rapporti «conflittuali» tra le diverse sezioni, con conseguente crescita degli aspetti di disorientamento e di incertezza del diritto. Non dando risultati apprezzabili la spontaneità dei comportamenti della magistratura e superando l'impostazione sostenitrice della mera persuasività del precedente, il legislatore, per rendere effettiva la funzione nomofilattica della Cassazione, si è perciò orientato su una disciplina normativa dell'organizzazione giudiziaria.

Un punto di svolta importante, sulla via di una vincolatività «relativa» delle decisioni delle Sezioni Unite, si è realizzato sia con la riforma del processo civile di Cassazione del 2016, sia con la l. 23 giugno 2017, n. 103, che introduce l'obbligo di rimessione alle S.U. quando il collegio di una delle Sezioni Semplici non condivide il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite. In virtù del rafforzamento del ruolo assegnato a queste ultime, le Sezioni Semplici non hanno l'obbligo di conformarsi alle decisioni assunte dalle S.U., ma di rimettere loro il caso nell'eventualità di *dissenting opinion*, nella quale ipotesi il principio di diritto verrà enunciato dalle stesse S.U.

In sostanza, ai giudici di legittimità delle Sezioni Semplici è sottratta la possibilità di decidere direttamente in modo difforme dai principi espressi dalle S.U. Questa modifica legislativa, realisticamente consapevole dell'inevitabilità del pluralismo interpretativo e della conseguente possibilità di contrasti interpretativi nella giurisprudenza di legittimità, ha l'obiettivo di porre attenzione al principio di uguaglianza e di certezza del diritto. La sua importanza sta proprio nel riconoscere

decisione giusta, Giappichelli, Torino 2020, pp. 442 ss.

¹⁰⁰ Il valore dell'uniformità è stato ribadito da Cass. Civ., S.U., ord. 6 novembre 2014.

¹⁰¹ M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, il Mulino, Bologna 1991.

¹⁰² Sul tema v. M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 35 ss.

¹⁰³ G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, cit.

esplicitamente, per la prima volta nel sistema italiano, il valore del precedente, sia pure circoscritto all'interno del giudizio di legittimità e limitato alle sole sentenze delle Sezioni Unite.

Molti interventi hanno deplorato l'attribuzione di un ruolo gerarchico piramidale alle Sezioni Unite¹⁰⁴, ma è chiaro che l'unica alternativa è nel concepire il rapporto tra S.U. e Sezioni Semplici in termini dialogici. I contrasti giurisprudenziali possono assumere una funzione catalizzatrice di novità, che si possono affermare anche tramite successive correzioni di rotta. La nomofilachia ha infatti senso se assume un carattere *dialogico* e *partecipativo*, tale da scongiurare il pericolo di un solipsismo giudiziale, nella prospettiva di una costruzione condivisa del precedente. La solitudine del giudice (in questo caso dei giudici delle sezioni semplici) significherebbe ricadere nel vecchio paradigma codicistico, e non appare né opportuna né, forse, consentita all'interno di una giurisdizione superiore che ha proprio per obiettivo di risolvere i contrasti giurisprudenziali. Che all'interno di un medesimo ufficio di una corte superiore vi sia una difformità di orientamenti interpretativi nel decidere casi analoghi rappresenterebbe una palese disuguaglianza di trattamento, contraria al principio posto dall'art. 3 Cost. Una nomofilachia verticale e declinata in senso gerarchico e burocratico¹⁰⁵ negherebbe alla Cassazione il ruolo di luogo di confronto e sintesi tra punti di vista diversi: essa contraddirebbe infatti quell'idea della centralità del caso e di una pluralità di attori nell'applicazione del diritto e nell'elaborazione dell'indirizzo giurisprudenziale, che oggi, tramontato il modello verticistico nel concepire il ruolo dell'autorità nel diritto¹⁰⁶, appaiono largamente condivise. Oggi, quando l'ermeneutica ci ha insegnato che il giudizio si inserisce in un più vasto e dinamico processo comunicativo e che tutti gli attori di tale processo debbono fornire ragioni e giustificazioni alle loro tesi, così garantendo alla *ratio decidendi* un carattere generale e condiviso¹⁰⁷.

9. Conclusione.

Abbiamo ripetutamente insistito in questa relazione sia sulla modalità ideologica con cui da molta letteratura penalistica è ancora concepito il principio di legalità in materia penale, sia sull'abissale distanza che intercorre tra i sacri principi di derivazione illuministica e la realtà del diritto penale contemporaneo «in atto», caratterizzata da tecniche discutibili di formulazione delle disposizioni penali e da un larghissimo ricorso

¹⁰⁴ R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. Mirandola, T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, Milano 2017, p. 278; C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2300 ss.; L. LUDOVICI, *Il giudizio di cassazione dopo la c.d. riforma Orlando*, in G.M. Baccari, C. Bozano, K. La Regina, E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, CEDAM, Padova 2017, p. 445.

¹⁰⁵ G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, il Mulino, Bologna 2018, p. 31.

¹⁰⁶ F. VIOLA, *Una teoria deliberativa della giurisdizione*, in *Ars Interpretandi*, VII/2018 n. 1, p. 14.

¹⁰⁷ D. CANALE, *Presentazione a Ermeneutica e diritto processuale*, in *Ars Interpretandi*, VII, 2018, n. 1, p. 7.

al ruolo determinante dell'interpretazione e dell'applicazione. Ciò non toglie, a nostro avviso, che il principio di legalità penale rappresenti ancora non solo una condivisibile aspirazione, ma anche un valore che merita di essere perseguito e che è anche possibile perseguire¹⁰⁸, a condizione di rivedere completamente le «mitologie» del passato e di ritrovare nuovi paradigmi, che prendano atto della circostanza che il monopolio del legislatore nelle scelte di criminalizzazione è da tempo finito e che è insensato continuare a pensare ad un diritto penale esclusivamente nazionale e statutale nel contesto attuale di talora difficile «dialogo tra le corti» e di necessario reperimento della regola in un sistema complesso di fonti multilivello. Se ormai tutti conveniamo sul fatto che il diritto, anche il diritto penale, non è soltanto un complesso di testi legislativi, ma anche l'insieme delle interpretazioni di questi testi, il riconoscimento della centralità del momento interpretativo non conduce necessariamente a rendere irrilevante il principio di legalità penale¹⁰⁹, ma costringe a ridefinirlo sostanzialmente. Esso ricomprende le regole, le interpretazioni e le argomentazioni sulle regole, gli stessi principi che in nome della libertà e dell'autonomia garantite ai consociati limitano il potere punitivo e regolano i rapporti tra individui e autorità. Il sistema penale diviene così un'impresa collettiva¹¹⁰, nella quale ad una sfiduciata scienza giuridica spetta il compito di ricomporre i frammenti di un sistema andato in pezzi sotto la spinta dell'eccesso di sanzioni.

Inoltre, l'obiettivo di una realistica prevedibilità della decisione nella prospettiva di limitare l'incertezza e la disuguaglianza tra i cittadini continua ad apparire come meritevole di perseguimento; ed un contributo in questa direzione può essere offerto distinguendo chiaramente il ruolo dei giudici comuni da quello delle Corti superiori, che indicando ai giudici comuni precise linee interpretative possono dare maggiori certezze agli organi dell'applicazione.

Insomma, è tempo che molte convinzioni stereotipate sul diritto penale vengano riviste in profondità, con uno sguardo realistico, ma non dimentico dell'idealità: l'*ethos* della Costituzione, contraddistinto dal rispetto della persona, dall'attenzione al principio di ragionevolezza e dalla garanzia della prevedibilità delle conseguenze giuridiche del proprio operato può e deve ancora costituire un riferimento essenziale.

¹⁰⁸ G. PINO, *Legalità penale e Rule of law*, cit., p. 178.

¹⁰⁹ G. PINO, *L'insostenibile leggerezza*, cit., p. 179.

¹¹⁰ S. BONINI, *Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva*, in *Arch. pen. web*, 2, 2015.