

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

44

(2015)

TOMO I



GIUFFRÈ EDITORE

MASSIMO VOGLIOTTI

LO SCANDALO DELL'ERMENEUTICA PER LA PENALISTICA MODERNA (*)

1. Lo scandalo dell'ermeneutica... — 2....e le resistenze della comunità penalistica. — 3. Un mondo nuovo. — 3.1. I primi segni di mutamento dello sguardo teorico... — 3.2. ...e la scoperta del diritto penale giurisprudenziale. — 3.3. Le trasformazioni della realtà. — 3.4. La spinta della Corte europea dei diritti dell'uomo. — 3.5. Le aperture della Corte di Cassazione... — 3.6. ...e le chiusure della Corte costituzionale. — 3.7. Problemi nuovi e soluzioni differenti.

1. *Lo scandalo dell'ermeneutica...*

La prospettiva ermeneutica, incompatibile con la credenza nelle moderne « divinità protettive » ⁽¹⁾ (il legislatore buono e razionale, la stretta legalità legislativa, la riserva assoluta di legge, la rigida divisione dei poteri, la granitica tassatività), non può che suscitare scandalo per il penalista che ha costruito il proprio sapere e il proprio immaginario praticando, secondo il lessico di Thomas Kuhn, la « scienza normale » del « paradigma » giuridico mo-

(*) Questo lavoro è stato redatto durante un soggiorno di ricerca all'*Institut d'Études Avancées* di Parigi, con il sostegno dello Stato francese nell'ambito del programma « Investissements d'avenir » gestito dall'*Agence Nationale de la Recherche* (ANR-11-LABX-0027-01 Labex RFIEA+).

(1) Così P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 112, che, in un altro saggio, aggiunge: « dominato da una fiducia totale nel legislatore, il penalista moderno, candido erede di Beccaria, ha sempre ritenuto la 'riserva di legge' come l'inadmicabile strumento garantistico e come l'altrettanto inadmicabile tratto distintivo di un diritto penale esprimente una civiltà giuridica evoluta. La fiducia nel legislatore e nella legge si è però trasformata in una credenza indiscutibile, in una dogmatica, in una mitologia, con un rifiuto acritico di ogni possibile elasticizzazione nel divenire dell'itinerario storico » (*Tra fatto e diritto*, in questa rivista, 38 (2009), p. 1901).

derno ⁽²⁾. Nel suo porre al centro dell'universo giuridico la particolarità e la concretezza del caso in luogo della generalità e dell'astrattezza della legge, l'ermeneutica gadameriana genera un'autentica rivoluzione copernicana, squarciando il velo della vecchia mitologia.

Sostenere il « primato del caso », l'idea che « il momento decisivo non è quello in cui la regola viene emanata, ma quello in cui essa è praticata ed applicata » ⁽³⁾, significa, innanzitutto, abbattere il muro che la modernità giuridica aveva costruito, fin dalla sua prima stagione giusnaturalistica, tra fatto e diritto. Il caso è infatti il luogo d'incontro e di mutua fecondazione di queste due realtà che, pur essendo distinte, sono assunte come intimamente intrecciate: per la comprensione della fattispecie astratta è essenziale il confronto con la fattispecie concreta e questa si costituisce solo in relazione alla prima, che ritaglia la porzione di esperienza rilevante, attribuendone il valore o il disvalore. Conseguenza di questo « vagare qua e là » ⁽⁴⁾ dello sguardo dell'interprete dall'enunciato normativo al contesto fattuale è l'abbandono del modello sillogistico, fondato sulla netta distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* e il rifiuto della moderna separazione tra interpretazione in astratto e interpretazione in concreto ⁽⁵⁾. Tesi fondamentale dell'ermeneutica gadameriana è infatti,

⁽²⁾ Con il termine « paradigma » Kuhn indica « conquiste scientifiche universalmente riconosciute, le quali, per un certo periodo, forniscono un modello di problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca ». La fase della « scienza normale » è quella che si apre dopo un periodo rivoluzionario con l'affermazione di un dato paradigma. Essa si occupa della « ripulitura » del nuovo paradigma, ossia si impegna « all'articolazione di quei fenomeni e di quelle teorie che sono già fornite » da esso. Una tale attività si presenta « come un tentativo di forzare la natura entro le caselle prefabbricate e relativamente rigide fornite dal paradigma ». Compito della scienza normale non è, infatti, quello di scoprire nuovi generi di fenomeni; « anzi, spesso sfuggono completamente quelli che non si potrebbero adattare all'incasellamento » (TH. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1970²), Torino, Einaudi, 1999, p. 10 e 44).

⁽³⁾ G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2012, p. 707.

⁽⁴⁾ K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, Heidelberg, Winter, 1963³, p. 15.

⁽⁵⁾ Tale separazione, presente in H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1966, pp. 381-390, continua ad essere proposta da numerosi autori. V., nella letteratura italiana, L. FERRAJOLI, *Principia iuris — Teoria del diritto e della*

com'è noto, l'inscindibilità del nesso interpretare-applicare: il testo non è compreso dall'interprete « come qualcosa di universale e solo in un secondo tempo usato per applicazioni a determinati casi particolari ». L'applicazione non è infatti « una parte accidentale e secondaria del fenomeno del comprendere, ma lo costituisce nella sua stessa essenza fin dall'inizio » (6). Se il significato del testo normativo si comprende autenticamente (si *costituisce*) solo in relazione al contesto applicativo, allora il confine semantico del testo non è qualcosa di già completamente tracciato dal suo autore, ma il risultato dell'attività ermeneutica innescata dalla « precomprensione » dell'interprete (7), cui viene nuovamente attribuito il ruolo fondamentale che gli era sempre stato riconosciuto fino all'ostracismo illuministico.

Ogni nuovo caso, dunque, questa è la prima tesi dell'ermeneutica scandalosa per il penalista moderno, aggiunge qualcosa alla comprensione della relativa norma (8), che deve quindi rinunciare a quella rigidità e durezza (la « mineralogia del *Tatbestand* ») (9) imposta dal dogma della tassatività.

Il caso nuovo della « prostituzione telematica », ad esempio, induce l'interprete, che avverte un « bisogno di disciplina » del

democrazia, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, *passim* e spec. p. 560 e ss. e R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 60, 79, 82 e ss. e 96.

(6) H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, Bompiani, 1983, p. 376.

(7) Con tale concetto s'intende « un apparato categoriale, acquisito, nel senso più ampio, attraverso un'esperienza sociale, con il cui aiuto il giudice, inconsciamente, sceglie, registra e classifica le caratteristiche 'manifestamente' rilevanti di un caso e delle norme 'appropriate' alla sua soluzione » (J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), Napoli, Esi, 1983, p. 4). Com'è noto, per Esser il processo di reperimento del diritto non è guidato da un metodo, ma attivato dalla rappresentazione anticipata, da parte del giudice, di una soluzione del caso che possa essere accettata come ragionevole e giusta dai « 'benpensanti' della sua stessa società », perché il diritto « non 'può' pretendere qualcosa di ingiusto e di non ragionevole, ma attende piuttosto proprio quella comprensione del suo 'contenuto' che conduce a decisioni giuste » (ivi, p. 18).

(8) Così L. DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia. Studio di ermeneutica giuridica*, Napoli, Jovene, 1977, p. 124.

(9) Così, prendendo le distanze dall'immagine, C.E. PALIERO, *Presentazione, La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, a cura di G. Mannozi, Milano, Giuffrè, 2003, p. VIII.

fatto ⁽¹⁰⁾, ad arricchire il contenuto semantico della norma che punisce il favoreggiamento della prostituzione, aggiungendo, agli elementi costitutivi del « concetto » di prostituzione, l'*interazione* (anche a distanza) tra il cliente e la prostituta, e sottraendo, contestualmente, agli elementi essenziali dell'attività prostitutiva, la circostanza (fino ad allora sempre presente nei percorsi ermeneutici della giurisprudenza) della compresenza fisica delle parti ⁽¹¹⁾. Allo stesso modo, prima dei casi di molestia tramite citofono o sms, la norma che punisce la molestia telefonica (art. 660 c.p.) non contemplava queste occorrenze; e solo dopo il processo ermeneutico possiamo affermare che in quella fattispecie non rientrano le molestie recate tramite la posta elettronica ⁽¹²⁾. Come si vede — e senza addentrarci nella valutazione degli approdi ermeneutici richiamati e delle relative argomentazioni — è nella dialettica domanda e risposta che struttura il « circolo ermeneutico » che l'interprete definisce il campo semantico della norma, alla luce del fatto e dell'intero *corpus* giuridico (enunciati normativi in forma di regole e principi, precedenti, categorie dogmatiche).

Nella prospettiva ermeneutica, che affonda le sue radici nella tradizione aristotelica della filosofia pratica ⁽¹³⁾, non si *conosce* propriamente il senso di un enunciato normativo — secondo il

⁽¹⁰⁾ J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965), Bologna, il Mulino, 2009, pp. 65-66. Questo bisogno di disciplina, mosso da un « interesse pratico », costituisce la *domanda* che innesca il processo ermeneutico: « senza una precomprensione sul bisogno di regolamentazione del caso e sulla 'adattabilità' della norma alla situazione di conflitto, il testo interrogato non può offrire alcuna risposta » (DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia*, cit., p. 127). Sul « primato ermeneutico della domanda » (GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 418 e ss.), ha particolarmente insistito Hruschka, nel saggio citato.

⁽¹¹⁾ V., in merito, M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 11 e ss. in cui si analizza una decisione della Corte di Cassazione (Sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464) che maschera il suo effettivo ragionamento dietro lo schema della sussunzione (*prima* interpretazione in astratto del concetto di prostituzione e poi sussunzione sotto di esso del fatto).

⁽¹²⁾ Per un'analisi dei vari casi richiamati nel testo, v. gli interventi di Carcaterra, Di Giovine, Mazzacava e Velluzzi, sollecitati da Giunta: *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in « Criminalia », 2010, pp. 348-382.

⁽¹³⁾ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 363 e ss.

metodo veritativo, descrittivo e oggettivante della filosofia teoretica (al quale, contravvenendo al bimillenario insegnamento di Aristotele per cui non si può chiedere a un matematico di essere persuasivo e a un retore delle dimostrazioni, il giurista moderno affida il compito prometeico di costruire, su fondamenta solide e certe, il nuovo ordine giuridico) ⁽¹⁴⁾ — ma lo si *progetta* ⁽¹⁵⁾, muovendo dalla precomprensione del caso e in vista di una sua soluzione ragionevole e giusta, tale cioè da essere ritenuta adeguata alla peculiarità del fatto e conforme alla tavola costituzionale dei valori. Diversamente dall'ontologia giuridica moderna, che, per effetto di quella rottura epistemologica, considera il diritto come « sostanza », « cosa » (razionale, normativa, empirica o linguistica, a seconda delle varie declinazioni della modernità giuridica), l'ermeneutica concepisce il diritto come « azione », « relazione » ⁽¹⁶⁾ tra fatto e diritto, tra testo e contesto, tra diritto che è e diritto che *deve essere* per essere ritenuto « giusto » dai « *partners* ragionevoli » del « gioco linguistico » del diritto ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Secondo la classificazione aristotelica delle scienze, l'oggetto delle scienze teoretiche è ciò che ha in sé il principio del proprio movimento (la natura, ad esempio, per la fisica) e il fine è la verità, intesa come *adaequatio mentis et rei*. L'oggetto delle scienze pratiche è invece ciò che non ha in sé il principio del proprio movimento, e cioè l'azione, che richiede l'intervento dell'uomo (diversamente dalle scienze teoretiche, nelle scienze pratiche il soggetto non è separato dall'oggetto). Il fine di tali scienze non è la conoscenza in sé e per sé, ma in vista di qualcos'altro, ossia dell'azione buona (*eupraxia*), dell'agire giustamente.

⁽¹⁵⁾ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 314.

⁽¹⁶⁾ Sul passaggio da un'ontologia oggettualistica, che riduce il diritto a un insieme di « sostanze », a un'ontologia relazionale, passaggio dovuto alla riconduzione del sapere giuridico nell'alveo delle scienze pratiche (in seguito alla riabilitazione della filosofia pratica nella seconda metà del secolo scorso), v. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007. Sulla vicenda della riabilitazione della filosofia pratica, cui diede un importante contributo l'ermeneutica di Gadamer, v. F. VOLPI, *La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità*, in « Il Mulino », 1986, pp. 928-949.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ESSER, *Precomprensione*, cit., pp. 18-20. Viene qui in evidenza un altro concetto fondamentale dell'ermeneutica, la « comunità interpretativa ». Essa desoggettivizza l'impresa interpretativa, vincolandola, *ex ante*, alle sue categorie di senso e di valore (precludendo, fin dall'inizio, alcuni itinerari ermeneutici) e controllandola, *ex post*, attraverso le sue varie incarnazioni: dalla comunità dei giuristi — a sua volta articolata — fino all'intera comunità dei cittadini, tutte attraversate sì da plurime

Chi ha il compito di tessere la rete di relazioni che costituisce il diritto è l'interprete, *mediatore* « tra le necessità di un sistema stabile », esigenza particolarmente avvertita in ambito penale, dove la garanzia dell'affidamento è capitale, e « l'elaborazione e il riconoscimento, giusto in senso attuale, di nuovi orizzonti di aspettativa » (18). Se questa attività di mediazione produttiva è costitutiva dell'esperienza giuridica, allora il diritto non è più rappresentabile, secondo l'immaginario giuspositivistico, come un insieme di sostanze *positive*, ma appare piuttosto come un incessante processo di *positivizzazione* (19).

In questo processo di positivizzazione, che ben esprime la riconquistata *storicità* del diritto, l'interprete — e questa è la seconda tesi sovversiva dell'ermeneutica — non solo continua l'opera di produzione normativa cominciata — a livello generale e astratto — dal legislatore (di cui non è più servo fedele — *dura lex sed lex* — ma *partner* critico e coautore, nei suoi limiti e con i suoi strumenti e le sue procedure, della complessa opera di produzione del diritto), ma la *perfeziona*. È evidente il significato iconoclasta di questo messaggio: non solo si confuta l'immagine del giudice bocca della legge, ma si rifiuta altresì il mito illuministico dell'arbitrio del giudice, l'idea che ogni attività creativa connessa all'applicazione giudiziale del diritto è, per la fonte stessa da cui promana, illegittima, fonte di arbitrio e d'incertezza, violazione di diritti e di garanzie.

Questo « perfezionamento creativo della legge » (20), che si attua nel contraddittorio del processo, dipende dal peculiare modo di atteggiarsi dell'applicazione nell'ambito delle scienze pratiche, cui appartiene, secondo la tradizione aristotelica nella quale s'inscrive

concezioni della vita buona (ciò che è fonte d'incertezza degli esiti interpretativi) ma anche unite dal doveroso rispetto di un nucleo fondamentale di valori, custodito nel recinto costituzionale. Ciò permette di garantire una relativa uniformità e una ragionevole prevedibilità degli approdi ermeneutici. Su tale categoria, v. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000, e, per una sua rivisitazione nell'attuale contesto di pluralismo assiologico, ZACCARIA, *Interpretazione*, cit., pp. 707-708.

(18) ESSER, *Precomprensione*, cit., p. 136.

(19) G. ZACCARIA, *Sul concetto di positività del diritto*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, a cura del medesimo, Torino, Giappichelli, 1991, p. 329 e ss.

(20) GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 382.

l'ermeneutica, il sapere giuridico. Per questo tipo di scienze, l'applicazione non consiste — come si era illuso il giurista moderno, conquistato dal metodo forte delle scienze teoretiche — in un'attività tecnica di sussunzione del particolare sotto la regola generale. Nei problemi etici e giuridici, infatti, « non può pretendersi quell'esattezza estrema che c'è invece nella matematica » (21).

Il bene e il giusto si presentano all'uomo sempre « nella concretezza particolare delle singole situazioni nelle quali egli viene a trovarsi ». Il sapere ad essi relativo deve « guardare alla situazione concreta riconoscendo, per così dire, ciò che essa esige da lui, o, in altre parole, colui che agisce deve vedere la situazione concreta alla luce di ciò che in generale si esige da lui ». Ciò però, prosegue Gadamer, significa, negativamente, « che un sapere generale che non sa applicarsi alla situazione concreta rimane privo di senso, e anzi rischia di oscurare le esigenze concrete che nella situazione si fanno sentire » (22). Essendo l'oggetto del sapere pratico l'azione (*praxis*), esso è sempre un sapere applicativo, che non può prescindere dalla situazione particolare: non si agisce, infatti, in astratto, ma sempre qui ed ora (23). Per agire giustamente, tale è il fine delle scienze pratiche (*euprattein*), occorre dunque farsi sì guidare da regole, ma sempre secondo il significato che la situazione in cui si agisce richiede affinché l'azione possa essere ritenuta giusta: come osserva Gadamer, ciò che è giusto « non è pienamente determinabile in modo indipendente dalla situazione in cui io devo operare giustamente » (24).

La specificità dell'applicazione per le scienze pratiche appare chiaramente se la si confronta con quella propria delle scienze *poietiche*, il cui oggetto è l'opera (*ergon*) e il tipo di sapere è la tecnica (*techne*). Anche qui si è chiamati ad applicare regole generali a situazioni particolari. E tuttavia la vicenda applicativa è ben

(21) Ivi, 364.

(22) *Ibidem*.

(23) Cfr., in proposito, ARISTOTELE, *Metafisica*, 993 b 20-23: « della [filosofia] teoretica è fine la verità, mentre di quella pratica è fine l'opera; se anche, infatti, i [filosofi] pratici indagano come stanno le cose, essi non considerano la causa per sé, ma in relazione a qualcosa ed ora ».

(24) GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 369.

diversa. Mentre l'artigiano che si accinge all'esecuzione dell'opera, disponendo del progetto e delle regole del mestiere, può trovarsi nella necessità di apportare delle modifiche al progetto iniziale per adattarlo a condizioni reali impreviste, rinunciando così, suo malgrado, alla perfezione dell'opera, il giudice che adatta la legge generale alla particolarità del caso concreto non lo fa perché « non si può fare di meglio, bensì perché altrimenti non sarebbe giusto » (25). In altre parole, il tener conto, nell'adattare la legge, delle circostanze particolari del caso non significa operare delle « riduzioni » della giustizia, ma, esattamente al contrario, conferire ad essa una maggiore pienezza.

La ricostruzione del significato della regola alla luce del caso concreto non è un'operazione che si possa apprendere come si apprende il sapere dell'artigiano. In questo tipo di sapere, le caratteristiche di ciò che un artigiano vuole produrre sono già determinate in base all'uso cui l'opera deve servire. Ciò che conta, in definitiva, è l'abilità tecnica dell'artigiano nella realizzazione del progetto, già perfettamente definito prima dell'inizio dell'opera. Diverso, invece, è il caso di chi segue delle regole di condotta per orientare l'agire. In ogni applicazione di tali regole è necessariamente richiesta, infatti, una deliberazione da parte del soggetto agente volta a ridefinire, nella concretezza della situazione, il *contenuto* dell'azione giusta. Tale processo deliberativo, che richiede la formulazione di un giudizio di valore coerente con il senso complessivo della pratica giuridica (e quindi non soggettivo, ma *intersoggettivo*) e che perciò chiama sempre in causa la *responsabilità* dell'agente, non potrà mai essere eliminato dal progresso del sapere tecnico. Ciò significa che è impensabile un uso dogmatico del sapere giuridico: esso richiede, infatti, il possesso di un sapere che è anche una virtù, quella « virtù della deliberazione prudente » (26) che Aristotele designa con il termine di *phronesis* e i giuristi romani con quello di *prudentia*.

(25) Ivi, p. 370.

(26) Ivi, p. 374.

2. ... e le resistenze della comunità penalistica.

A fronte di questa rivoluzione copernicana che dissacra i dogmi della tradizione illuministica, si comprendono le resistenze non solo di chi resta tenacemente arroccato alle categorie del paradigma moderno ⁽²⁷⁾, ma anche di chi, pur riconoscendo la necessità di allentare la morsa di quelle categorie, non si spinge fino al punto di aprirsi alle tesi fondamentali dell'ermeneutica ⁽²⁸⁾.

Chi adotta questa seconda posizione, da un lato, stigmatizza la « chiusura del penalista all'ermeneutica contemporanea », in nome di una « presunta *diversità* del diritto penale » ⁽²⁹⁾, riconoscendo la « dimensione ermeneutica della fattispecie » ⁽³⁰⁾ e la distinzione tra « disposizione e norma » ⁽³¹⁾, ma, dall'altro lato, rifiuta la tesi fondamentale dell'ermeneutica gadameriana secondo cui i fatti avrebbero « un valore [...] costitutivo del diritto » ⁽³²⁾, riaffermando, conseguentemente, la distinzione tra « interpretazione della legge astratta » e « applicazione ai casi » ⁽³³⁾ e la validità del modello

⁽²⁷⁾ È il caso — per citare soltanto uno degli esponenti più rappresentativi e autorevoli di questo settore, ancora molto ampio, della comunità penalistica italiana — di Giorgio Marinucci, che, in un pungente contributo sul divieto di analogia, indirizzava i suoi strali verso gli « spensierati teorici dell'interpretazione 'sempre analogica e creativa' », colpevoli di disintegrare « il *nullum crimen nulla poena sine lege*, assegnando al legislatore e ai giudici un ruolo paritario nella produzione delle norme penali » (*L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2007, p. 1267 e 1255).

⁽²⁸⁾ Tale posizione è esplicitamente sostenuta da M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 63-117, uno dei penalisti italiani più colti e attenti a individuare i nuovi percorsi del diritto penale. La consapevolezza della « tipizzazione interpretativa [...] dei precetti contenuti nelle norme incriminatrici » è già ben presente in ID., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 117 e ss., dove si richiama, di prima mano, la letteratura tedesca di indirizzo ermeneutico.

⁽²⁹⁾ Questa presunta diversità del diritto penale avrebbe generato « una sorta di resistenza culturale e anche di conservatorismo, che rendono difficile una integrazione del penale nel resto dell'ordinamento e nella cultura ermeneutica non giuridica, anche là dove questa integrazione appare necessaria e doverosa » (DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 65).

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 82.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 87 e ss.

⁽³²⁾ Ivi, p. 89 nt. 42.

⁽³³⁾ Ivi, p. 81.

sussuntivo e sillogistico ⁽³⁴⁾, non condividendo la tesi secondo cui « ogni interpretazione procede analogicamente » ⁽³⁵⁾, tesi che priva di fondamento teorico la (moderna) distinzione — che invece andrebbe confermata — tra analogia e interpretazione estensiva ⁽³⁶⁾.

L'estraneità del diritto penale all'ermeneutica non discenderebbe, in questa prospettiva, da una « *diversità nella 'natura' del diritto* » ⁽³⁷⁾, ma dalle « *diverse regole ermeneutiche* » che lo assistono ⁽³⁸⁾. Tale specificità delle regole interpretative vigenti nel campo penale — giustificata dalla circostanza che nel diritto penale si registrano « i momenti più drammatici della difesa dello Stato e dei diritti fondamentali », ma anche « le reazioni estreme, le risposte più autoritarie e intolleranti », impedirebbe all'ermeneutica gadameriana di accreditarsi come teoria generale dell'interpretazione ⁽³⁹⁾. In ambito penale, infatti, sarebbe la legge a chiedere « all'interprete e al giudice di *ragionare diversamente* » ⁽⁴⁰⁾. Il confronto « con il diritto penale » — questa l'accusa — « pone al teorico generale, al filosofo del diritto e al non penalista una sfida che le correnti ermeneutiche contemporanee non hanno certo affrontato » ⁽⁴¹⁾. Sarebbe il caso, in particolare, della tesi della natura analogica dell'interpretazione. Si osserva, infatti: dato che in diritto penale « è vietata l'analogia sfavorevole, se l'interpretazione è analogia, l'interpretazione sarebbe

⁽³⁴⁾ Secondo Donini, « solo i casi difficili presentano tensioni rispetto al paradigma dell'interpretazione come operazione di sussunzione logica di casi-esempio nella premessa maggiore 'già nota' del sillogismo giudiziale ». Ne conseguirebbe che « il modello sillogistico [...] non è affatto superato, risultando altrimenti impossibile un vero controllo sulla motivazione giudiziaria riguardante la questione dell'applicazione del diritto al fatto » (ivi, pp. 75-76).

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 111.

⁽³⁶⁾ Si osserva, infatti, come non si possano « condividere talune 'derivate ermeneutiche' di certe posizioni (per es. Art. Kaufmann, Zaccaria) che, annacquando del tutto la distinzione tra analogia e interpretazione (estensiva), ne compromettono la stessa concettualizzazione » (ivi, p. 103, nt. 65; v. anche p. 111).

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 80.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 64.

⁽³⁹⁾ Ivi, pp. 63-64.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 65.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 115.

consentita solo se a favore dell'imputato. Un esito tanto logicamente stringente quanto inaccettabile » (42).

Insomma, lo si sarà compreso, il vizio dell'ermeneutica — che la costringerebbe fatalmente a rimanere alle porte della cittadella penale — consisterebbe nel suo approccio meramente descrittivo. Solo una teoria dell'interpretazione che faccia propri modelli « *deontologici, prescrittivi* » potrebbe valere per il campo penale, dove « il dovere di un'interpretazione corretta è particolarmente accentuato ». Le acquisizioni dell'ermeneutica — di cui si sottolinea, peraltro, l'importanza e l'utilità sul piano descrittivo (43) — non dicono, invece, al giurista « *come deve interpretare*, e anzi sembrano liceizzare quasi tutto, in un clima postmoderno spesso incapace di indicare soluzioni doverose, proprio a chi si occupa professionalmente del dover essere, e non già del 'così fan tutti' » (44).

A questa accusa — che si fonda, tra l'altro, su un ritratto deformato dell'ermeneutica (45) — si possono formulare due obiezioni.

La prima è che la chiarificazione teorica è l'imprescindibile punto di partenza di ogni approccio prescrittivo, pena l'incapacità di

(42) Ivi, p. 103, nt. 65; v. anche p. 111.

(43) Un sapere ermeneutico, osserva Donini, « che spieghi in modo più scientifico ciò che il giurista davvero fa, è stato utilissimo e ancora non risulta davvero metabolizzato proprio dal penalista, che rimane avvinto, per ragioni di garanzia, a modelli cognitivi dell'interpretazione: la magica 'scoperta' del significato preesistente di una norma già 'voluta' dalla *lex* » (pp. 115-116).

(44) Ivi, p. 116.

(45) Oltre al passo appena citato, v., ad esempio, p. 77, dove si attribuisce all'ermeneutica un'impronta scettico-nichilistica. La tesi ermeneutica dell'interpretazione come applicazione finirebbe per « sostenere, in ultima analisi, che *non esistono gatti, ma solo interpretazioni*, per riprendere la nota provocazione di Maurizio Ferraris, depotenziando ogni aspetto *prescrittivo* del discorso ermeneutico (e la distinzione della regola astratta dal caso giudicato, del diritto dal fatto, e forse la stessa distinzione tra i casi facili e quelli difficili) ». Sostenere che ogni interpretazione è applicazione e che, quindi, si comprende autenticamente un testo solo alla luce del contesto fattuale che ne ridefinisce continuamente i contorni semantici, non significa necessariamente dissolvere il testo nel flusso dell'interpretazione, il diritto nel fatto delle decisioni giudiziarie. Al contrario, l'ermeneutica giuridica di matrice gadameriana prende espressamente la distanza da queste derive scettiche e decostruzionistiche, mettendo in luce i limiti (pur relativi) dell'interpretazione (v., ad esempio, G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 82-111).

criteri e regole ispirate ad analisi teoriche inadeguate di orientare effettivamente la prassi in modo conforme alle fondamentali opzioni valoriali del paradigma penale moderno ⁽⁴⁶⁾. La seconda è che l'argomento secondo cui occorrerebbe valutare la fondatezza di una teoria alla luce delle regole penalistiche sull'interpretazione è viziato di concettualismo: non è il diritto penale che deve fungere da «banco di prova rispetto alle teorie dell'interpretazione giuridica» ⁽⁴⁷⁾, ma è la teoria ermeneutica che deve servire a valutare la fondatezza — e quindi l'effettiva operatività — di regole e principi che non sono il riflesso indiscutibile di un'inesistente natura universale del diritto penale, ma il risultato di precise scelte effettuate in un determinato contesto storico, politico, culturale e geografico e, come tali, non verità sempiterni ma creature dell'uomo esposte all'erosione del divenire storico.

È con questa duplice consapevolezza — e con il dovuto rispetto per la specificità della materia penale — che importanti esponenti dell'ermeneutica giuridica quali Arthur Kaufmann, Joachim Hruschka, Winfried Hassemer e, in Italia, Giuseppe Zaccaria, si sono accostati al diritto penale ⁽⁴⁸⁾.

In un saggio dedicato al tema della giurisprudenza fonte,

⁽⁴⁶⁾ Questa è stata, ad esempio, la sorte della distinzione tra interpretazione estensiva e analogia (sconosciuta prima delle codificazioni). Privata di una base teorica adeguata, tale distinzione, lungi dall'individuare il crinale che separa il versante percorribile (l'interpretazione) da quello precluso (l'analogia), ha consentito all'interprete di tracciare a proprio arbitrio il confine: «e pensare che la distinzione sarebbe stata inventata proprio per evitare l'arbitrio, soprattutto in diritto penale!» (N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), a cura di Paolo Di Lucia, Milano, Giuffrè, 2006, p. 178). Lo stesso Donini, consapevole della fragilità teorica della distinzione in questione, non può evitare l'appello al *self-restraint* dell'interprete, che, esitando sulla via da percorrere, dovrebbe «adottare la massima *'in dubio pro analogia'*» (DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 113).

⁽⁴⁷⁾ DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 111.

⁽⁴⁸⁾ Questo approccio emerge in modo evidente, ad esempio, nel seguente passo tratto dalla *Postfazione* alla seconda edizione del saggio di A. KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa»*. *Un contributo alla dottrina del tipo* (1965; 1982²), a cura di G. Carlizzi, Napoli, Vivarium, 2003, p. 81: «il mio obiettivo è di disegnare i confini in modo più rigoroso di quanto faccia la cd. opinione dominante». E spiega, subito dopo, che «il problema delimitativo riguarda il come sia possibile fissare, *nella dimensione dell'analogia*, per mezzo di criteri adeguati, un confine in qualche misura attuabile nella prassi tra l'estensione della legge *contra reum* consentita e quella vietata».

Zaccaria rivela di essere ben consapevole di inoltrarsi in un « campo delicatissimo », caratterizzato da « problemi specifici »⁽⁴⁹⁾. E tuttavia, ciò non gli impedisce di notare come anche in ambito penale la legge « e i suoi significati si trovano inevitabilmente soggetti a cambiamenti che procedono di pari passo con i mutamenti della realtà sociale, dell'opinione comune e dell'evolversi del linguaggio corrente ». Dovendo cogliere la complessità della realtà e adeguarsi al suo divenire, « la norma penale è strutturalmente aperta ». Se i termini legali « e le rappresentazioni della realtà in essi contenute [...] cambiano incessantemente nei loro significati e non si lasciano comunque formalizzare univocamente, anche se indicano all'interprete una direzione e un orizzonte, allora il vincolo del giudice alla legge su cui riposano gli Stati di diritto, anch'esso inevitabilmente sottoposto a mediazioni interpretative condizionate dal contesto, dovrà includere al suo interno la realtà di un giudice che decida: giacché il semplice dedurre formale o il sogno di farsi mera 'bocca della legge' condannerebbero senza rimedio l'interprete alla paralisi decisionale e lo Stato all'ineffettività del diritto e dell'amministrazione della giustizia ». Di qui la conclusione, che contiene un impegnativo programma di lavoro per la comunità penalistica: « messi alla prova dei fatti [...] i principi di origine illuministico-liberale (di legalità, di tassatività, di divieto di analogia, di vincolo del giudice alla legge), che innervano gli ordinamenti giuridici continentali, esigono di essere profondamente e non occasionalmente ripensati »⁽⁵⁰⁾.

A proposito poi dell'obiezione secondo cui l'ermeneutica si limiterebbe a svolgere una funzione meramente descrittiva, di chiarificazione teorica, senza impegnarsi in questioni normative, Zaccaria osserva che effettivamente categorie come la « precomprensione » o il « circolo ermeneutico » non sono « in grado di dirci qualcosa di significativo riguardo ai criteri di infondatezza o di convalida dell'ipotesi interpretativa, ma si limita[no] a richiamare efficacemente l'attenzione sul problema dell'apporto creativo dell'interprete all'interpretazione di una norma giuridica. Ci vengono insomma illuminati un problema e delle funzioni conoscitive, senza

⁽⁴⁹⁾ ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., p. 11.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, pp. 13-15.

invece offrirci un criterio davvero risolutivo per la sua soluzione ». E tuttavia, quelle categorie rappresentano « un contributo di riflessione importante per la razionalità dell'interpretazione e per individuare la strada verso il risultato interpretativo corretto » (51).

A riprova di ciò, in un saggio precedente dedicato al tema dell'analogia, Zaccaria ci mostra, con un argomento tratto da Kaufmann e da Hassemer, che le tesi ermeneutiche, oltre a svolgere una primaria funzione descrittiva, si rivelano utili anche in chiave prescrittiva. Affermare, ad esempio, come fa l'ermeneutica giuridica, che « *anche* l'interpretazione estensiva è analogia, obbliga il giudice a fornire una giustificazione specifica per ogni estensione della legge penale a svantaggio del colpevole, senza rifugiarsi nella comoda affermazione che si tratterebbe 'soltanto' di interpretazione » (52). Allo stesso modo, la consapevolezza del ruolo svolto dalla « precomprensione » nell'impresa interpretativa, pur non configurando un « criterio metodologico » idoneo a ridurre la polisemia del testo, « suggerisce un atteggiamento critico e demistificatore rispetto al contributo inevitabilmente costruttivo e contestualmente condizionato che l'interprete apporta nel procedimento di interpretazione » (53).

Come si può già constatare da questi pochi accenni, risulta davvero difficile raffigurarsi i teorici del diritto di orientamento ermeneutico nelle vesti aristofanesche di « spensierati teorici dell'interpretazione 'sempre analogica e creativa' », che vivrebbero « nel solo mondo delle idee » (54), o, con uno sguardo più benevolo e provveduto, considerarli poco attenti alle peculiarità assiologiche e deontologiche del diritto penale. Piuttosto, quei teorici sono convinti che le acquisizioni dell'ermeneutica, da un lato, non possano arrestarsi di fronte alla pretesa maestà di categorie dogmatiche sempre più sconfessate dalla realtà e, dall'altro lato, rappresentino un importante contributo per comprendere e ordinare — alla luce delle premesse assiologiche moderne che si rivelano ancora attuali e

(51) Ivi, pp. IX-X.

(52) G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1989, p. 1556.

(53) ZACCARIA, *La comprensione*, cit., p. VIII.

(54) MARINUCCI, *L'analogia*, cit., pp. 1267-1268.

praticabili rispetto ai mutamenti della realtà e alle nuove consapevolezze teoriche — la complessità dell'esperienza penalistica contemporanea. Spetterà poi soprattutto alla comunità penalistica trarre le opportune conseguenze sul piano culturale, normativo, istituzionale e organizzativo.

3. *Un mondo nuovo.*

Un denso saggio di Massimo Nobili di quindici anni fa, dedicato alle profonde trasformazioni dell'esperienza penalistica e all'affacciarsi di nuovi modelli teorici, si concludeva con un interrogativo: « chi ha ragione? La Filosofia del filosofo Ferrajoli », che, a fronte delle sempre più numerose anomalie del paradigma penale moderno, proponeva i consueti rimedi (« un modello di stretta legalità idoneo a ridurre al massimo l'arbitrio » della magistratura, la cui legittimazione continuerebbe a riposare « sulla rigida soggezione alla legge », che implica una « rigida separazione dei poteri »)⁽⁵⁵⁾, oppure « la Storia dello storico Sbriccoli? »⁽⁵⁶⁾ che, in presenza dei medesimi sintomi, invitava la scienza penalistica a immaginare rimedi nuovi, perché « non è lontana la fase cruciale in cui dovrà prendere atto del fatto che molti degli strumenti culturali e ideologici di cui si è valsa, e ancora oggi si vale, diverranno inservibili ». Essi, prosegue Sbriccoli, sono « connaturati alle radici storiche, filosofiche e politiche dello 'statalismo' », che, originato « da una delle componenti ideologiche della Rivoluzione francese », « è ancora il convinto assertore della 'unicità del potere' e della 'maestà della legge'. Da lì vengono i vizi dell'ordinamento penale, perché i poteri in realtà sono molti, mentre la legge, giunta da tempo al suo 'punto del dinosauro', non ha più niente di maestoso. Ma anche molti degli strumenti ideologici che usiamo per correggere quei vizi

⁽⁵⁵⁾ L. FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, in *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. Bruti Liberati, A. Ceretti e A. Giasanti, Milano, Feltrinelli, 1996, pp. 68, 72 e 74.

⁽⁵⁶⁾ M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello Stato - epistemologia*, in « *Indice penale* », 1999, p. 45.

vengono da lì: si rischia che ci impediscano di vedere, di capire, di porre rimedio » (57).

Difficile negare che il tempo abbia dato ragione allo storico Sbriccoli. A ben vedere, lo stesso interrogativo di Nobili era retorico. Se il « senso di vuoto, di squilibrio » generati dal nuovo paesaggio, così diverso dalla rassicurante semplicità delle linee della vecchia mappa teorica, induce a rimanere aggrappati all'antico, la fredda analisi razionale spinge in un'altra direzione: « e se la risposta dovesse essere del secondo tipo: quali dovranno essere i cammini diversi, per il diritto e il processo penale? Quali le fondamenta d'un altro sistema? » (58).

3.1. *I primi segni di mutamento dello sguardo teorico...*

Fin d'allora, del resto, la direzione del corso della storia era prevedibile. Il tema della crisi delle categorie teoriche ereditate dalla stagione illuministica e la consapevolezza di un « diritto penale in trasformazione » (59) o in « transizione » (60), insieme con le denunce delle « discrasie tra dottrina e giurisprudenza » (61), erano nell'aria da qualche tempo, da quando, cioè, alimentati dalle profonde trasformazioni economiche, sociali, culturali e politiche degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, cominciano a soffiare anche all'interno della comunità penalistica i venti nuovi generati dalla « scoperta » della Costituzione. Tale vicenda costringe i giuristi a

(57) M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1890)*, in *Storia d'Italia*, Annali XIV, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, p. 45.

(58) NOBILI, *Nuovi modelli*, cit., pp. 44-45. Quattro anni prima, in un convegno bolognese dedicato al « Diritto penale degli anni '90 », lo stesso Nobili, accettando l'invito di Mantovani a tener « saldi i principi », a conservare « le fondamenta », non poteva evitare di « aggiungere che la nostra scienza penalistica oggi sta assomigliando un po' troppo ai pur nobili e virtuosi esercizi della Castalia di Herman Hesse » (M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1995, p. 660).

(59) *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, Giuffrè, 1985.

(60) *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, Cedam, 1997.

(61) *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. Stile, Napoli, Jovene, 1991.

confrontarsi nuovamente, seppur inconsapevolmente, con i temi della filosofia pratica, riportando il sapere giuridico — dopo il lungo esilio dell'« assolutismo giuridico moderno »⁽⁶²⁾ — all'interno del suo alveo. L'avvio di questa rigenerazione della cultura giuridica italiana si deve certamente allo sguardo rinnovato di alcuni giuristi di cattedra ma, soprattutto, alle prese di posizione della magistratura associata la quale — sollecitata dall'esperienza del giudizio di costituzionalità e intenzionata a conquistare spazi sempre più ampi d'indipendenza e di autonomia culturale dal ceto politico dominante — rifiuta la vecchia ideologia dell'apoliticità della funzione giudiziaria, con cui si mascherava la realtà di « una politica di segno conservatore »⁽⁶³⁾, e mette radicalmente in discussione il tradizionale rapporto del giudice alla legge, rivendicando un ruolo critico e di « indirizzo politico »⁽⁶⁴⁾ che, nella sua corrente politicamente più connotata, si traduce nella teorizzazione e nella pratica di un « uso alternativo del diritto », con cui si vogliono combattere, in nome dell'art. 3 della Costituzione, le diseguaglianze del « diritto borghese » e tutelare, in tal modo, i diritti dei ceti subalterni⁽⁶⁵⁾.

In questa nuova temperie culturale, che resta a lungo minori-

(62) P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

(63) L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*, a cura di P. Barcellona, Bari, Laterza, 1973, p. 106.

(64) Il punto di non ritorno è rappresentato dal XII congresso dell'Associazione nazionale dei magistrati italiani, svoltosi a Gardone nel 1965 sul tema « Funzione giudiziaria e indirizzo politico nella Costituzione », dove per « indirizzo politico » non si intende quello « contingente » che spetta alle forze politiche, in parlamento e al governo, ma « l'indirizzo politico-costituzionale, in quanto la Costituzione ha codificato determinate scelte politiche fondamentali, imponendole a tutti i poteri dello Stato, ivi compreso quello giudiziario ». V., per il testo completo della mozione approvata all'unanimità, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 73 nt. 77.

(65) V., per una ricostruzione storica, P. COSTA, *L'alternativa « presa sul serio »: manifesti giuridici degli anni settanta*, in « Democrazia e diritto », 1987, 3, pp. 15-56. Importante e lucida testimonianza di quella vicenda culturale è la raccolta di saggi dell'allora magistrato D. PULITANO, *Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica*, Bari, De Donato, 1977.

taria nella comunità giuridica accademica, specie penalistica ⁽⁶⁶⁾, ancora fortemente influenzata dalla « mitologia giuridica moderna » ⁽⁶⁷⁾, cominciano ad affiorare studi che testimoniano nuove consapevolezze teoriche e che proiettano, conseguentemente, sguardi rinnovati sull'esperienza penalistica.

Nella prospettiva che qui a noi interessa, ad attrarre l'attenzione è soprattutto, in un primo tempo, il processo. Per effetto della giurisprudenza alternativa (esemplarmente incarnata dai c.d. « pretori d'assalto ») e, più in generale, della scelta di politica giudiziaria di tutelare direttamente, stante la latitanza del legislatore, i nuovi valori costituzionali, ridefinendo i beni giuridici della vecchia legislazione penale ed estendendo il controllo di legalità in ambiti fino allora immuni (i santuari politici ed economici e l'azione della pubblica amministrazione) — il processo stava acquisendo una visibilità inedita e un'incidenza politica via via crescente ⁽⁶⁸⁾. Grazie

⁽⁶⁶⁾ La novità più significativa e di maggior impatto viene dal programma, avviato da Franco Bricola, di ridefinire in chiave costituzionale la teoria generale del reato e dei beni giuridici (*Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, Utet, 1973, pp. 7-93). Pur attribuendosi alla giurisprudenza il compito di « adeguare, nel rispetto della tipicità, la legislazione penale ai nuovi valori costituzionali, interpretando estensivamente o restrittivamente la norma penale, quando la sua interpretazione 'letterale' non tuteli adeguatamente il valore costituzionale ovvero ripulmando gli interessi tutelati nella loro accezione più conforme alla Costituzione » (*Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in « La questione criminale », 1980, p. 228), la posizione di Bricola — rispetto ai pilastri del paradigma penale moderno (legalità, riserva assoluta di legge, tassatività, divieto di analogia) — rimane in tutto e per tutto fedele alla matrice illuministica. Diversamente dal saggio del '73, in quello del 1980 — concepito in un periodo buio della storia italiana, segnato dalla crisi economica e sociale e dalla legislazione dell'emergenza — il tono è diventato pessimistico: la crisi, nota con rammarico, confina il principio di determinatezza (che, come si vede, continua a rimanere la pietra d'angolo dell'edificio penale) « tra i 'miti' irraggiungibili » (p. 182). Oltre alla scuola di Bricola, nuova linfa viene dalla sociologia della devianza promossa negli stessi anni da Alessandro Baratta e dalle ricerche storiografiche di Guido Neppi Modona.

⁽⁶⁷⁾ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁽⁶⁸⁾ Su quel capitolo della storia giudiziaria del nostro paese, v., a ridosso di quegli eventi, la lucida analisi di P. Martinelli ed E. Roppo, *Magistratura e processo penale nella crisi del sistema politico*, in « Democrazia e diritto », 3 (1982), pp. 49-69, che restituisce nella sua complessità (culturale, politica, economica, sociale) il nuovo protagonismo dei giudici e l'inedito attivismo dei pubblici ministeri, rifiutando la categoria

agli strumenti concettuali forniti dall'analisi sociologica e dalla critica marxista (la prospettiva ermeneutica era, all'epoca, del tutto estranea alla cultura del penalista accademico) ⁽⁶⁹⁾, Massimo Nobili, in un saggio del 1977, sottopone a revisione due punti fondamentali della dogmatica processualpenalistica di matrice tecnico-giuridica, allora ancora egemone: « la concezione normativa » e « la concezione strumentale del processo ».

La prima, fondata sulla netta separazione tra « scienza del processo penale » (normativa) e « sociologia processuale penale » (empirica), riduce l'oggetto della scienza processuale allo studio delle *norme* giuridiche, considerando estraneo alle sue competenze disciplinari lo studio del *processo* come complesso fenomeno sociale ⁽⁷⁰⁾, con il risultato di condannare la scienza processuale, in nome di una purezza disciplinare che scarnifica il reale, « ad una ben scarsa intelligenza di elementi essenziali » ⁽⁷¹⁾. La seconda, messa a fuoco da Kantorowicz all'inizio del secolo scorso e di chiara « derivazione illuministica », si fonda sull'assunto che « la posizione di un certo sistema di valori (tutelati anche mediante l'individuazione delle fattispecie criminali) appartiene esclusivamente al legislatore ». Dalla fissazione, in via generale e astratta, della fattispecie incriminatrice — la sola fase « politicamente qualificata » — il « ciclo della produzione giuridica si chiude meccanicamente »: occorre soltanto

falsificante della 'supplenza', la quale sembra « presupporre che vi sia un sistema di competenze 'fisiologiche', che si assume (quasi giusnaturalisticamente) come dato [...] al quale si contrapporrebbero competenze usurpate » (p. 62).

⁽⁶⁹⁾ Anche in quest'ambito, una maggiore vivacità culturale e sensibilità al nuovo viene dalla magistratura, cui si deve il primo importante contributo di ermeneutica giuridica, allora tutta di lingua tedesca (si allude al saggio già ricordato di L. De Ruggiero).

⁽⁷⁰⁾ M. NOBILI, *La procedura penale tra "dogmatica" e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica*, in « *Questione criminale* », 1977, p. 59, ricorda come quella netta demarcazione di territori disciplinari — che ebbe l'effetto di « rinchiudere la scienza del diritto processuale in un ancor più rigido ed esclusivo formalismo, in un esasperato normativismo » — sia stata tematizzata con chiarezza da Beling nel 1928 e ripetuta con esemplare rigore, nei suoi corsi all'Università di Roma, da Grispiigni, che considerava un « *deprecabile confusionismo metodologico* » aprire lo studio del diritto processuale penale allo « studio storico, sociologico, filosofico e politico » (F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, vol. I, Roma, Edizioni italiane, 1945, p. 6).

⁽⁷¹⁾ Ivi, p. 80.

« una sorta di apparato di trasmissione (il processo) ed un corpo di funzionari disposti e destinati — in assenza di ulteriori giudizi di valore — al compito del *jus dicere* » (72). La concezione strumentale, è fin inutile precisarlo, è inscindibilmente collegata alla concezione normativa: secondo la prima, infatti, « l'esperienza del processo è determinata automaticamente dalle norme sul processo ». In quest'ottica, « se l'amministrazione della giustizia in concreto non soddisfa, basterebbe mutarne l'unica causa determinante, ossia le norme processuali penali ». Importanza « tendenzialmente nulla hanno una serie di elementi di rilevanza sociologica: la situazione ambientale ed economica, gli orientamenti politici della collettività, la personalità e l'ideologia del giudice, l'interferenza fra le strutture demandate alla funzione (giurisdizionale) e le 'guarentigie' di quest'ultima », e via elencando (73).

Il superamento di queste due concezioni, che viene connesso alla faticosa e tardiva « riscoperta del momento giurisprudenziale del diritto » (74), induce a ricollocare il processo al « centro del 'ciclo di produzione' del diritto, momento primario dell'esperienza giuridica » (75). Lunghi dall'essere un « episodio di marginale rilevanza e di scarsa incidenza sociale, destinato a realizzare e perpetuare un ordinamento, senza nulla togliervi o aggiungervi » (76), il processo viene ora visto come una forma eminente di controllo sociale, come un « momento duttile e autonomo di incidenza politica » (77). Il corto circuito provocato dalla lentezza dei processi e dall'esigenza dei mezzi di comunicazione di massa di una risposta tempestiva (cui va aggiunta la « progressiva 'fuga dalla sanzione' ») fa sì che gli istituti del processo siano « consapevolmente sfruttati come mezzi autonomi per placare certo allarme sociale o, magari, per suscitare altro ». Nati per svolgere precise funzioni endoprocessuali, certi istituti sono « impiegati, nella prassi, per fini sostanzialmente eterogenei: di diretta incidenza sulla sfera delle libertà personali e,

(72) Ivi, p. 63.

(73) Ivi, p. 76.

(74) Ivi, p. 65 e ss.

(75) Ivi, p. 76.

(76) Ivi, p. 64.

(77) Ivi, p. 83.

soprattutto, sulla pubblica opinione. Piegati a fini extraprocessuali, essi possono « mutare completamente il loro significato: sorti e presentati come garantisti, cautelari, istruttori, finiscono per svolgere una funzione intimidatoria e di pressione sull'individuo e sulla società ». Di questo « doppio volto » degli istituti processuali sono ben consapevoli gli attori processuali (e qui, diversamente da quanto avverrà in seguito, l'accento è posto soprattutto sul giudice), che sanno « di manovrare importanti leve del potere anche, e soprattutto, *attraverso il corso del processo* » (78).

Successivamente, analisi di questo tipo (che per profondità e ampiezza di vedute, straordinarie per la comunità processualpenalistica dell'epoca, ancora fortemente legata al purismo rocchiano, si è ritenuto di riportare con ampi stralci) vengono proposte anche da esponenti della comunità penalistica. Esse, però, più che concentrarsi su questioni di carattere teorico e metodologico (che là approdavano a conseguenti indicazioni anche sul versante dell'educazione giuridica) mettono a fuoco, soprattutto, le aberrazioni delle prassi giudiziarie e lo strapotere della magistratura, cui vengono concessi ampi poteri discrezionali nell'individuazione della pena in concreto e affidati, « in supplenza », compiti di « primo piano nella lotta contro l'eversione » (ai quali si aggiungeranno, negli anni Ottanta, « tutti i settori della c.d. criminalità organizzata »), che generano un « diffuso atteggiamento antiformalistico » e, specie per effetto della legislazione premiale, trasformano il giudice in un negoziatore, « svuotando di ogni possibilità critica un dibattito sempre più ridotto ad una verifica notarile di un sistema di patteggiamenti e responsabilità altrove predisposto » (79). Si sottolinea, quindi, lo spostamento del baricentro del processo verso la fase iniziale, con la « sovraesposizione » del magistrato inquirente la cui ampia attività istruttoria schiaccia il giudice del dibattito, che finisce per essere condizionato « dalle aspettative di 'ratifica' create nell'opinione pubblica ». Si denuncia, infine, l'utilizzo della custodia cautelare per « fini di difesa sociale del tutto slegati dall'effettività

(78) Ivi, pp. 84-85.

(79) A. GAMBERINI, G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, L. STORTONI, M. ZANOTTI, *Il dibattito sul ruolo della magistratura: prospettive di ricerca nel settore penale*, in « Il Foro italiano », 1987, V, cc. 434-435.

della sanzione definitiva » e la violazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, piegata a « criteri di priorità decisi dagli uffici o dai singoli magistrati » che si danno all'« autonoma ricerca della *notitia criminis* ». Si individua e si stigmatizza, insomma, un mutamento del ruolo del giudice, cui vengono conferiti « poteri in ordine a scelte di 'valore' e di indirizzo politico » e la « mediazione concreta fra i vari interessi in conflitto, secondo parametri che sovente sfuggono a regole predeterminate »⁽⁸⁰⁾.

Queste analisi — e queste denunce — si infittiscono nel corso degli anni Novanta (segnati dalle inchieste « mani pulite », da un'acuta conflittualità tra giustizia e politica e da un deciso ridimensionamento dell'identità accusatoria del nuovo processo che ingigantisce il ruolo del pubblico ministero e valorizza, in chiave probatoria, le indagini preliminari), assumendo toni ancora più cupi e allarmistici. Dopo una rassegna particolareggiata delle degenerazioni della prassi, la diagnosi, senza chiaroscuri, viene così formulata: « un passaggio netto, crescente, da un sistema penale concepito e ancora oggi giustificato sul primato della legge, ad uno governato e affidato, piuttosto, al predominio e ai poteri del magistrato ». Peggio: al predominio del pubblico ministero, perché « il protagonista di tutto ciò è l'organo dell'accusa » e dunque « il prodotto vicario consiste in una sorta di giustizia del pubblico ministero, figura mitizzata in termini allarmanti, vero attuale produttore delle risposte giudiziarie: la preoccupazione di una 'repubblica dei procuratori della Repubblica' [...] non è poi campata in aria »⁽⁸¹⁾. Il potere d'accusa, infatti — si legge in un'altra analisi significativamente intitolata « Il crepuscolo della legalità nel processo penale » — « travolgente come un macigno lungo la china della montagna, procede incontrando sul

⁽⁸⁰⁾ Ivi, cc. 438, 434 e 438.

⁽⁸¹⁾ M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, a cura del medesimo, Padova, Cedam, 1998, pp. 189 e 199. Nel saggio successivo, già ricordato, Nobili osserva che la scena degli anni Novanta « ha ben poco in comune con quegli aggiornamenti culturali [...] con quei sani spostamenti verso la centralità del giudizio » o « con realistici ritorni all'interpretazione, dopo le vecchie forzature del 'giudice Subsustionsmaschine' » (NOBILI, *Nuovi modelli*, cit., p. 33).

suo percorso non i contrafforti rocciosi della legalità, ma tele di ragno » (82).

In alcuni di questi contributi più recenti, vi è però un significativo profilo di novità. Oltre a sottolinearsi le degenerazioni delle prassi processuali, si comincia a spostare lo sguardo sugli effetti che tale fenomeno provoca sull'architettura del diritto sostanziale. Segno evidente di tale interesse — e preoccupazione — è l'affermarsi di un tema nuovo, quello del « dominio del processo sul diritto sostanziale » (83). Da « servo muto », il processo si sarebbe trasformato, patologicamente, in « socio tiranno » (84) che agisce in spazi spesso esterni ai confini della legalità sostanziale — ciò varrebbe specialmente, ma non solo, per « tutte le fattispecie 'a formazione giudiziaria', tristi simulacri della legalità » (85) — e impone la sua logica alle categorie sostanziali (causalità, dolo, colpa...), che vengono ridefinite, alterandole, per far fronte a specifiche esigenze probatorie (la c.d. « processualizzazione del diritto penale ») (86).

3.2. ...e la scoperta del diritto penale giurisprudenziale.

Tutte queste linee finiscono per convergere su un punto che, dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, occupa — con intensità crescente — l'agenda del penalista: il *diritto penale giurisprudenziale*. All'inizio, prevalgono nettamente, se non esclusiva-

(82) T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in « Indice penale », 1999, p. 539.

(83) È il titolo di un ciclo di seminari organizzato dall'Associazione Franco Bricola dell'Università di Bologna.

(84) T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1992, pp. 431-437.

(85) PADOVANI, *Il crepuscolo*, cit., p. 535.

(86) Sul fenomeno, messo a fuoco dalla dottrina tedesca (K. VOLK, *Diritto penale ed economia*, in « Riv. trim. dir. pen. econ. », 1998, pp. 479-491), v., oltre al saggio di Padovani del 1999, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003³, p. 224 e ss., con particolare riferimento alla categoria della causalità.

mente, le note critiche ⁽⁸⁷⁾. Del resto, osservato con gli occhiali delle vecchie categorie teoriche e attraverso il filtro della mitologia moderna, il fenomeno non poteva che apparire come una patologia da sradicare o, quantomeno, contenere il più possibile attraverso la solita ricetta: « una tecnica legislativa che assicuri il massimo di precisione possibile, non arretrando di fronte alla tecnica definitoria e casistica ». Questa sarebbe, tra l'altro, la via maestra per disinnescare operazioni analogiche « 'pudicamente' » mascherate dietro il velo dell'interpretazione « estensiva » ⁽⁸⁸⁾.

Quando, in questo clima culturale ancora fortemente condizionato dal paradigma moderno e dal suo immaginario, la Corte costituzionale, alla fine degli anni Ottanta, con una coraggiosa sentenza che ridimensiona il tradizionale principio dell'*ignorantia legis*, compie una, seppur timida, apertura al diritto giurisprudenziale, le reazioni della comunità penalistica non potevano che essere quasi unanimemente di chiusura ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ V., tra le prime prese di posizione critica sul tema, G. CONTENUTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in « Il Foro italiano », 1988, cc. 484-494 e *Il diritto penale giurisprudenziale*, a cura di L. Stortoni, in « Dei delitti e delle pene », 1989, pp. 9-108. Fiandaca, in un saggio del 1991, lamentava la mancanza « a tutt'oggi in Italia di approfondite indagini volte a ricostruire le concezioni di fondo e gli orientamenti della giurisprudenza penale », apprezzando, tuttavia, il « contributo fornito al capitolo dell'interpretazione delle leggi penali » dalla magistratura associata (e da Magistratura democratica in particolare, con la sottolineatura della « politicità e valutatività » della giurisdizione), in linea con « le più aggiornate teorie dell'ermeneutica giuridica » (*Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in « Questione giustizia », 1991, pp. 21, nt. 14 e 31). Tra le *rarae aves* che, nel secondo dopoguerra, rivolgono uno sguardo non pregiudizialmente negativo al diritto giurisprudenziale, si segnala un breve intervento di M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in « Riv. it. dir. proc. pen », 1976, pp. 51-52, che condanna « l'eccessiva tipicizzazione », incompatibile con « il vario e ricco e continuo fluire della storia », a vantaggio di una « legislazione sintetica che renda esplicite ed estremamente chiare le radici e le finalità storico-politiche » delle norme, affidando alla « magistratura il compito di portare a 'ulteriore svolgimento' le scelte legislative, ossia a ricavare dalle formule legislative la regola del caso concreto ».

⁽⁸⁸⁾ MARINUCCI, *L'analogia*, cit., p. 1268.

⁽⁸⁹⁾ Fa (significativa) eccezione la nota di E. GRANDE, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di « common law »: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in « Il Foro italiano », 1990, I, cc. 415-427, che, grazie agli occhiali del comparatista, riesce, come un qualsiasi *common lawyer*, a vedere

La Corte, com'è noto, dopo aver stabilito che il rigore del principio dovesse cedere di fronte all'« errore inevitabile », aveva individuato nel « caos giurisprudenziale » uno dei fenomeni idonei a integrare quel criterio. Tale embrionale riconoscimento del diritto giurisprudenziale si sarebbe potuto prestare ad essere utilizzato dalla dottrina come un punto d'appoggio per cominciare ad impostare un rimedio nei confronti di gravi contrasti giurisprudenziali (sincronici e diacronici) e di interpretazioni non ragionevolmente prevedibili, seppur formalmente riconducibili alla *littera legis*, sollecitate da casi nuovi ⁽⁹⁰⁾.

Invece di accogliere positivamente quello spunto della Corte, valorizzandolo nel senso cui si è accennato, i primi, autorevoli, commentatori, in perfetta aderenza agli schemi concettuali del paradigma moderno, non hanno sottaciuto la propria diffidenza nei confronti della decisione della Consulta, temendo « l'utilizzo strumentale dell'errore scusabile per coprire lacune e carenze dell'ordinamento » ⁽⁹¹⁾. In presenza, infatti, di un'« assoluta oscurità del testo legislativo » o di « un gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari » (C. cost. 364/1988, § 27), la via da percorrere non sarebbe quella del « difetto di colpevolezza »

una *problema* (quello della retroattività di un'overruling e di un'estensione imprevedibile di una fattispecie incriminatrice a un caso di *first impression*) e a cogliere, nella sentenza della Corte costituzionale, lo spunto per una sua prima, pragmatica, *soluzione*.

⁽⁹⁰⁾ Dopo la citata nota di Grande e un accenno di M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 1987², p. 44, il tema dei rimedi nei confronti di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli e di gravi contrasti giurisprudenziali sincronici comincia ad essere affrontato da A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 318-323 e S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, a cura di U. Vincenti, Padova, Cedam, 2000, p. 252 e ss. Per approfondimenti, v. M. VOGLIOTTI, *Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, in « Revue de l'Université Libre de Bruxelles », 2, *Droit transitoire jurisprudentiel. Perspective comparative*, 2001, pp. 61-123.

⁽⁹¹⁾ L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1988, p. 1348. In una prospettiva simile — recentemente riproposta da V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 142 — v. anche D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1988, p. 721.

(l'*error iuris*), ma la dichiarazione « di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice » rispetto ai principi di legalità e di determinatezza. Che il « caos giurisprudenziale » dipenda da « una carenza originaria di tassatività della norma o da una perdita di certezza del dato normativo ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale, poco muta: sempre fa difetto, a ben vedere, l'illiceità del fatto più e *prima* dell'elemento soggettivo ». Nel complesso, dunque, l'operazione della Corte, giudicata « dommaticamente discutibile » nel suo ricondurre « alla tematica soggettiva dell'errore aspetti di natura oggettiva » (i difetti della legge, la quale assorbe, modernamente, *tutto* il diritto penale), risulterebbe inopportuna, in quanto finisce per aprire « lo spazio ad un possibile utilizzo della rilevanza dell'ignoranza in funzione 'conservatrice' per coprire l'illegittimità della norma incriminatrice o l'interpretazione inaccettabile di essa », dando per giunta la stura a « gravi sperequazioni di trattamento punitivo », dato il carattere « discrezionale ed episodico » del correttivo dell'errore scusabile ⁽⁹²⁾.

I primi segni di un mutamento sostanziale dello sguardo teorico sul diritto giurisprudenziale cominciano a manifestarsi al crepuscolo del Novecento. Quel fenomeno, che osservato con i vecchi occhiali del paradigma moderno appariva esclusivamente come un'aberrazione della prassi da ricondursi nell'alveo delle categorie illuministiche, viene colto, ora — grazie alle acquisizioni dell'ermeneutica giuridica ⁽⁹³⁾, e alle prospettive dischiuse dagli studi comparatistici e dalla giurisprudenza della Corte europea dei

⁽⁹²⁾ STORTONI, *L'introduzione*, cit., p. 1325 e 1348-1349.

⁽⁹³⁾ Il penalista italiano che per primo ha recepito gli insegnamenti dell'ermeneutica giuridica è Giovanni Fiandaca che, dopo alcuni accenni generici a tale orientamento teorico, scrive un saggio (*Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2001, pp. 353-376) in cui applica alla materia penalistica le fondamentali categorie ermeneutiche (circolo ermeneutico, precomprensione, struttura analogica del procedimento interpretativo). Per un'apertura all'ermeneutica v. anche i citati saggi di Donini (con i distinguo di cui si è detto), F. PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in « Diritto privato 2001-2002 », VII-VIII *L'interpretazione e il giurista*, 2003, pp. 507-556, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006 e M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 693-713.

diritti dell'uomo — nella sua dimensione fisiologica di formante del diritto penale e di sintomo di un mondo nuovo che richiede rinnovate mappe teoriche per comprenderlo e strumenti nuovi per ordinarlo. Mentre continuano a prevalere nettamente i giudizi critici e i toni allarmati ⁽⁹⁴⁾, si alzano voci autorevoli — fonte di legittimazione e di incoraggiamento per quelle più giovani — che, pur non nascondendo la sofferenza provocata dal necessario lavacro culturale ⁽⁹⁵⁾, sottopongono a revisione critica i « principi-tabù » ⁽⁹⁶⁾ della tradizione illuministica (il principio di legalità e di determinatezza, la riserva di legge, il divieto di analogia) ⁽⁹⁷⁾, che non sono più assunti, acriticamente, come le irrinunciabili pietre d'angolo dell'edificio

⁽⁹⁴⁾ In un saggio di dieci anni fa, G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in «Cassazione penale», 2005, p. 1723, osservava come « ancora di recente, nell'ambito della cultura penalistica nostrana tendono a prevalere le voci 'conservatrici' e allarmate ». Il riconoscimento alla giurisprudenza della natura di fonte « genera preoccupazioni e angosce; meglio allora non dirlo, meglio negarlo, meglio combattere come culturalmente 'pericolosi' e 'infedeli' quegli sparuti studiosi che hanno il coraggio intellettuale (o l'incoscienza?) di svelare le mistificazioni ideologiche che si nascondono nel bagaglio culturale del penalista 'normotipico' ».

⁽⁹⁵⁾ Dopo aver messo in luce il ruolo svolto dal giudice nell'« integrare gli interessi in gioco in una decisione 'accettabile' alla luce dei 'principi' fondamentali ed obiettivi finali dell'ordinamento » (portando l'esempio di tutta una serie di « clausole generali immancabilmente aperte, come la colpa, le posizioni di garanzia, la stessa causalità, ma anche tutti gli spazi interpretativi lasciati dalle singole norme incriminatrici »), Palazzo conclude la sua densa analisi confessando come per il penalista « non può che essere ragione di doloroso travaglio intellettuale acquisire la duplice consapevolezza che la legalità ha perduto il volto chiaro e luminoso di un tempo e che il diritto penale non si fa svellere dall'ordinamento complessivo per essere chiuso in un tabernacolo aureo. Una sofferenza, dunque, ma non ci si avvicina al vero senza tormento » (F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in «Cassazione penale», 2005, p. 288).

⁽⁹⁶⁾ G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in *Sistema penale in transizione*, cit., p. 2.

⁽⁹⁷⁾ Spiccano su tutte le voci di Fiandaca — oltre ai saggi già ricordati, si veda *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in «Il Foro italiano», V, cc. 137-145; nel citato scritto uscito su «Cassazione penale», 2005, p. 1723, si nota, in modo provocatorio, che «l'epoca della vera elaborazione scientifica del principio di riserva di legge in materia penale non è ancora cominciata: e non comincerà finché il ceto dei penalisti (e mi riferisco soprattutto a quelli di estrazione accademica) non sarà disposto a distinguere tra portata 'ideologica' e portata 'realistica' (o ragionevole) di detto principio » — e, per gli importanti contributi diretti a ripensare, in chiave non solo critica ma anche ricostruttiva, l'intera costellazione dei « principi-tabù » del diritto penale moderno, Palazzo (di cui v., in particolare, *Legalità penale: considerazioni su*

penale, ma cominciano ad essere percepiti come « ostacoli epistemologici »⁽⁹⁸⁾ che, nella loro rigidità dogmatica, impediscono di comprendere la complessità dell'esperienza penalistica e di immaginare categorie nuove per ordinarla.

Negli ultimi anni quelle voci si sono fatte più numerose, sancendo la fine dell'epoca della « scienza normale » e l'apertura della fase della « scienza straordinaria » che, secondo il modello di Thomas Kuhn delle rivoluzioni scientifiche, si caratterizza per un grande fervore teorico che prelude alla formazione di un nuovo paradigma e all'ingresso in un « mondo nuovo »⁽⁹⁹⁾. Oggi, l'immagine di Massimo Severo Giannini di una comunità penalistica (quella degli anni Trenta del secolo scorso) simile a « una Cina imperiale chiusa nelle sue muraglie e con i porti sbarrati »⁽¹⁰⁰⁾ non corrisponde più alla realtà. Se l'immagine di un cantiere tutto intento a fabbricare il nuovo è ancora di là da venire, è certo che una parte importante della comunità penalistica ha aperto non pochi porti e quelle spesse muraglie che, ancora poco tempo fa, la isolavano dal rimanente universo giuridico sono percorse da breccie sempre più ampie.

3.3. *Le trasformazioni della realtà.*

Il « riorientamento gestaltico », promosso dalle nuove consa-

*trasformazione e complessità di un principio "fondamentale" , in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), pp. 1279-1329 e Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica, in Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare, a cura di M. Vogliotti, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 251-275). Importanti contributi anche in Donini (specialmente *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 2004) e nel già citato saggio di Cadoppi sul precedente, che fa della *law in action* l'oggetto della propria analisi.*

⁽⁹⁸⁾ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique* (1938), Paris, Vrin, 1980, p. 13 e ss.

⁽⁹⁹⁾ Muovendo da una prospettiva epistemologica costruttivistica, KUHN, *La struttura*, cit., p. 139, afferma che, « dopo un mutamento di paradigma, gli scienziati non possono non vedere in maniera diversa il mondo in cui sono impegnate le loro ricerche. Nei limiti in cui i loro rapporti con quel mondo hanno luogo attraverso ciò che essi vedono e fanno, possiamo dire che, dopo una rivoluzione, gli scienziati reagiscono a un mondo differente ».

⁽¹⁰⁰⁾ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940) - *Postilla* 1973, in « Quaderni fiorentini », 2 (1973), p. 272.

pevolezze teoriche, è facilitato dalle profonde trasformazioni che la materia penalistica e l'ambiente in cui essa è immersa, e da cui trae i suoi contenuti di senso e di valore, hanno subito in questi ultimi anni. Se negli anni Trenta del secolo scorso — l'epoca cui si riferiva l'immagine di Giannini — si poteva ancora credere o illudersi o fingere di essere moderni, perché, in realtà, moderni non si è mai davvero stati ⁽¹⁰¹⁾, e ciò sebbene non siano mancate, già allora e successivamente, autorevoli — seppur sparute — voci dissonanti ⁽¹⁰²⁾, all'alba del nuovo millennio le acquisizioni dell'ermeneutica, che filtrano sempre di più anche all'interno della cittadella penale, unite ai grandi mutamenti dell'esperienza giuridica contemporanea, che hanno suggerito di sostituire la moderna metafora della piramide con quella della *rete* per meglio raffigurarla ⁽¹⁰³⁾, non consentono più di continuare a vivere in un mondo che ha cessato di esistere, rimanendo aggrappati ad illusioni ormai svanite.

A essere profondamente mutato è, innanzitutto, il contesto in cui il diritto si radica e da cui trae la sua linfa vitale. L'aumento della complessità della realtà — dovuto al progresso della tecnoscienza, al dinamismo delle nostre società globalizzate e teleconnesse, all'incremento del pluralismo valoriale (anche all'interno della magistratura)

⁽¹⁰¹⁾ B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni* (1991), Milano, Elèuthera, 1995.

⁽¹⁰²⁾ Tra queste *rarae aves* vanno ricordati, in quegli anni, Giuseppe Bettiol e, soprattutto, Francesco Antolisei. Di quest'ultimo spicca il saggio sul metodo del 1937, in cui Antolisei propone un approccio « realistico » al diritto penale che ponga fine al « divorzio dalla pratica », all'« idolatria della parola della legge », all'« abuso della logica astratta », alla riduzione dell'interpretazione « a una semplice operazione di logica formale », all'equiparazione delle « discipline giuridiche alla matematica e alla geometria », e recuperi « la natura essenzialmente pratica della scienza del diritto » e l'« indissolubile connessione fra il diritto e la realtà sociale », abbandonando « quella diffidenza verso il potere giudiziario, [...] quel timore per l'arbitrio del giudice che nacquero con l'illuminismo ». Il giudice va invece inteso come un « organo vivente dello Stato » che — « data l'astrattezza e la genericità delle norme legali — ha il compito di continuare, con giudizi valutativi, l'opera del legislatore nello spazio che questi ha lasciato libero » (F. ANTOLISEI, *Il metodo nella scienza del diritto penale* (1937), in *Problemi penali odierni*, Milano, Giuffrè, 1940, pp. 1, 16, 17, 33, 35, 36, 40, 55, 56).

⁽¹⁰³⁾ V., su tutti, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Fuisl, 2002 e, per l'esperienza penalistica, M. VOGLIOTTI, *Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau?*, in « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 2002, pp. 721-743.

e all'impatto del multiculturalismo, fenomeni che portano con sé rivendicazioni di nuovi diritti che entrano in conflitto con quelli esistenti, richiedendo difficili e prudenti bilanciamenti — rende più visibile il ruolo (che l'ermeneutica, come si è visto, attribuisce costitutivamente alla giurisdizione) di adattamento della legge generale e astratta alle singolarità dei fatti e alle evoluzioni della realtà, affidando alla clinica del processo il compito di «soddisfare la maggior parte degli interessi concorrenti e di trovare l'equilibrio finale accettabile»⁽¹⁰⁴⁾. Qual è, infatti, «quel giudice, quel difensore o quel pubblico ministero che, in materia di colpa medica o di abbandono di persone incapaci, non sia chiamato a (concorrere per) trovare un equilibrio accettabile tra le esigenze di tutela della salute dei pazienti e le insufficienze strutturali del sistema sanitario?»⁽¹⁰⁵⁾.

Sul fronte più specifico dell'esperienza giuridica, l'accresciuta visibilità della fonte giurisprudenziale è l'effetto di una pluralità di fattori convergenti: *i*) la diffusa corruzione del ceto politico e della pubblica amministrazione, portata a galla dalle inchieste giudiziarie, unita all'assenza di meccanismi di responsabilità politica e amministrativa; tali fattori contribuiscono, da un lato, alla desacralizzazione della legge — spesso piegata ad interessi particolari e vissuta più come un'imposizione della maggioranza che come il frutto della dialettica parlamentare⁽¹⁰⁶⁾ — e, dall'altro lato, provocano un'eutrofia della responsabilità penale, con conseguente sovraesposizione politica della magistratura, investita del ruolo anomalo di «controllo della virtù»⁽¹⁰⁷⁾; *ii*) il processo di costituzionalizzazione del diritto, che attribuisce al giudice il compito critico di adeguare la legge ai principi costituzionali, recuperando la funzione di riduzione «*de iniquo ad aequum*», che era propria dell'*interpretatio* fino alla rottura epistemologica moderna⁽¹⁰⁸⁾; *iii*) il ruolo assegnato dalla

⁽¹⁰⁴⁾ PALAZZO, *Testo, contesto*, cit., p. 274.

⁽¹⁰⁵⁾ PALAZZO, *Sistema delle fonti*, cit., p. 288.

⁽¹⁰⁶⁾ Sul punto, v. E. DOLCINI, *Leggi penali «ad personam», riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, pp. 50-70, PALAZZO, *Legalità*, cit., pp. 1281-1282 e G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in «Quaderni fiorentini», 36 (2007), pp. 1247-1277.

⁽¹⁰⁷⁾ A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

⁽¹⁰⁸⁾ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 169.

Corte costituzionale al « diritto vivente » nel giudizio di costituzionalità delle leggi e all'interpretazione « tassativizzante », ritenuta idonea a sanare vizi di determinatezza delle norme incriminatrici ⁽¹⁰⁹⁾; *iv*) il processo di « europeizzazione del diritto » ⁽¹¹⁰⁾, che fa del giudice ordinario il protagonista del dialogo con le due Corti europee e un attore fondamentale dell'opera di attuazione del diritto europeo, il cui rispetto è assicurato dall'interpretazione adeguatrice e, per quanto riguarda il diritto dell'Unione, anche tramite la disapplicazione di norme interne ad esso non conformi ⁽¹¹¹⁾.

Tutti questi fattori finiscono per attribuire al giudice non solo il compito di ridefinire i contorni semantici dell'enunciato normativo nel contesto dell'applicazione, ma anche quelli di costruire la fonte ⁽¹¹²⁾, di riconfigurare le categorie dogmatiche fondamentali ⁽¹¹³⁾ e, più in generale, di contribuire alla costruzione dell'ordine giuridico, anche stabilendo nessi connettivi tra ordinamenti diversi ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr., anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1991, p. 337 e ss. e Id., *Legalità penale*, cit., pp. 1313-1318. Nel saggio del 2007, di sedici anni successivo al primo, viene meno l'accento critico posto sull'operazione della Corte costituzionale che viene letta, invece, come un sintomo eloquente della trasfigurazione del principio di determinatezza: dal « primato della legge » alla « libertà di autodeterminazione dell'individuo » (p. 1319). Nello scritto del 1991 si affermava invece: « L'argomento del diritto vivente, oltre a realizzare una forte chiusura dinanzi alla questione di determinatezza, implica senza dubbio un'ipervalutazione del ruolo della giurisprudenza ordinaria, alla quale vengono in definitiva implicitamente attribuiti una responsabilità e dei compiti surrogatori rispetto all'obbligo legislativo di corretta formulazione delle norme penali » (p. 352).

⁽¹¹⁰⁾ A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004.

⁽¹¹¹⁾ V., in merito, C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007, F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, a cura di P. M. Corso e E. Zanetti, Piacenza, La Tribuna, 2010, pp. 617-679 e V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012.

⁽¹¹²⁾ ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., XI.

⁽¹¹³⁾ DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 199.

⁽¹¹⁴⁾ CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009.

3.4. *La spinta della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

Tra tutti questi fattori di matrice giuridica, quello che più ha inciso sulla valorizzazione della fonte giurisprudenziale e ha accelerato il processo di crisi delle categorie teoriche del paradigma penale moderno è senz'altro la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla quale le famose sentenze gemelle della Corte costituzionale (n. 348 e 349 del 2007) hanno assegnato il rango di fonte, che integra, tramite il rinvio dell'art. 117 della Costituzione, il parametro del giudizio di costituzionalità delle leggi⁽¹¹⁵⁾. Più attenta alla *sostanza* valoriale delle questioni giuridiche che alla forma⁽¹¹⁶⁾, all'*effettività* della tutela dei diritti che alla validità formale delle regole⁽¹¹⁷⁾, al *law in action* (i contesti applicativi) che al *law in the books* (le norme generali e astratte), la Corte europea è l'organo giudiziario che con maggior coerenza e consequenzialità applica al fenomeno giuridico le categorie teoriche della ragion pratica (condivise, come sappiamo, dall'ermeneutica), sostituendo il valore della

(115) Com'è noto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sono state a lungo trascurate dalla letteratura penalistica. La prima comunità ad essersene avvicinata è quella processualpenalistica, maggiormente coinvolta dalle decisioni della Corte. Tra i primi studi processualistici vanno segnalati quelli di M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1969 e *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1984³; in prospettiva sostanzialistica, v. A. BERNARDI, *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi, Padova, Cedam, 2001, pp. 249-306.

(116) È il caso delle categorie della « materia penale », della « sostanza dell'incriminazione » e della stessa « legge ».

(117) Nell'intento di assicurare una tutela effettiva dei diritti, la Corte pone a carico dello Stato il dovere di svolgere, nei casi di violazione di determinati diritti fondamentali (in particolare il diritto alla vita e quello a non essere sottoposti a tortura) « a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible, including effective access for the complainant to the investigatory procedure » (*Abdülsamet Yaman c. Turchia*, 2 novembre 2004, § 53). A tal fine, la Corte ha elaborato un'autonoma categoria di obblighi c.d. procedurali che comprendono il carattere *ex officio* del procedimento, la sua trasparenza, diligenza e celerità, l'indipendenza effettiva (« pratica ») delle autorità incaricate delle indagini e la possibilità di partecipazione attiva della vittima all'intera procedura. Sulla questione la Corte è ritornata recentemente con la sentenza della Grande Chambre, *Söderman c. Suède*, 12 novembre 2013.

certezza (tipico delle scienze teoretiche) con quello della *ragionevole prevedibilità* (proprio delle scienze pratiche), adottando un approccio *olistico* (su tutti, il concetto dai contorni sfocati del « giusto processo ») in luogo di un'analisi atomistica del diritto, ispirandosi ad una logica gradualistica o *floue* al posto di una logica monotonica ⁽¹¹⁸⁾ e individuando il confine (sfocato) dell'incriminazione attraverso la categoria ermeneutica (assiologicamente connotata) del *tipo* (la « sostanza dell'incriminazione »), con la quale la Corte sostituisce la categoria moderna — figlia di una concezione puramente semantico-sintattica del linguaggio — della tassatività della fattispecie.

Nella mappa concettuale della Corte spicca, per il suo significato scandaloso e per la sua carica rivoluzionaria, la categoria di « legge » (e, di riflesso, di « legalità »), che viene sottoposta a una radicale risemantizzazione, non definendosi più per il suo involucro formale — potendo provenire da fonti anche non legislative e, in particolare, da quella giurisprudenziale ⁽¹¹⁹⁾ — ma per la sua sostanza, dovendo superare un test qualitativo volto ad accertare — oltre alla conformità ai valori della Convenzione — la concreta (*effettiva*) « accessibilità » e la ragionevole « prevedibilità » della norma ⁽¹²⁰⁾. Spostare l'accento dalla *disposizione* legale astratta (dal suo *pedigree*) alla conoscibilità del precetto (la modalità della ricezione del messaggio da parte dei destinatari: accessibilità e ragionevole prevedibilità) significa sospingere la legalità-determinatezza dal lato sintattico-semantico del linguaggio normativo a quello pragmatico e concentrare, conseguentemente, l'attenzione sulla *norma* quale risulta dalle sedimentazioni interpretative che si sono depositate

⁽¹¹⁸⁾ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit: du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, Puf, 1986.

⁽¹¹⁹⁾ Com'è noto, per i giudici di Strasburgo il termine « legge » « englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle » o, secondo una diversa formulazione, « le droit écrit et le droit non écrit » (*Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 29 e *Wingrove c. Gran Bretagna*, 25 novembre 1996, § 40; il riferimento al diritto non scritto è esteso anche ai paesi di *civil law*: cfr., ad esempio, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, 22 marzo 2001, § 57).

⁽¹²⁰⁾ I requisiti qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità della « legge » sono richiamati in tutte le decisioni in tema di « legalità convenzionale ». Cfr., tra le ultime, la sentenza *Liivik c. Estonia*, 25 giugno 2009, § 93.

durante la sua storia degli effetti, la *Wirkungsgeschichte* di cui parla Gadamer ⁽¹²¹⁾.

La Corte, va precisato, non si limita a constatare l'ineluttabilità del concorso della fonte giurisprudenziale nella definizione dei confini dell'illecito, ma le attribuisce altresì un valore positivo, consistente, da un lato, nell'adeguamento del testo normativo alle peculiarità del caso e alle evoluzioni della realtà (adeguamento necessario perché la decisione possa essere percepita come « giusta », e la giustizia è il fine del sapere pratico) e, dall'altro lato, nell'accrescimento della determinatezza della fattispecie, incrementando in tal modo la ragionevole prevedibilità delle conseguenze penali dell'azione. Secondo la Corte, infatti, « aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation » ⁽¹²²⁾. In virtù del principio di generalità delle leggi, la lettera di esse non può « présenter une précision absolue ». Perciò il legislatore ricorre a delle « catégories générales plutôt qu'à des listes exhaustives. Aussi de nombreuses lois se servent-elles par la force des choses de formules plus ou moins floues, afin d'éviter une rigidité excessive et de pouvoir s'adapter aux changements de situation ». Data la natura della legge (generale e statica) e le caratteristiche dei fatti (particolari e mutevoli), « la fonction de décision confiée aux juridictions », continua la Corte, « sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne » ⁽¹²³⁾.

Il messaggio non potrebbe essere più chiaro (e più eterodosso rispetto ai dogmi e alle scomuniche del paradigma penale moderno):

⁽¹²¹⁾ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 350 e ss.

⁽¹²²⁾ *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, § 36.

⁽¹²³⁾ *Pessino c. Francia*, 10 ottobre 2006, § 31. V. anche, in merito, la sentenza *Scoppola* che mette in guardia contro concezioni massimalistiche del valore della certezza, responsabili di irrigidire eccessivamente le fattispecie incriminatrici. Il valore della « certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or, le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation » (Grande Chambre, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, § 100).

la fonte giurisprudenziale, lungi dall'essere rimossa o ammessa, *obtorto collo*, come un invitato inevitabile ma sgradito, è accolta dalla Corte come un ospite di riguardo che collabora con il legislatore nella definizione del contenuto semantico della norma, realizzando quel « perfezionamento creativo della legge »⁽¹²⁴⁾ che l'ermeneutica affida all'attività giurisdizionale. La patologia, sembra suggerire la Corte, non sta nell'intervento della fonte giurisprudenziale ma, semmai, nella pretesa del legislatore di svolgere in completa solitudine il compito di tracciare i confini dell'incriminazione, ricorrendo ad una tecnica redazionale di tipo casistico, spinto dalla volontà tanto spasmodica quanto vana e *dannosa* di tutto prevedere in anticipo.

3.5. *Le aperture della Corte di Cassazione...*

Questa concezione ibrida o allargata della legalità è stata prontamente recepita dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione, le quali — facendo leva sulle sentenze della Corte costituzionale che impongono al « giudice nazionale » l'obbligo « di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo » — hanno autorevolmente sancito che « il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa ». Il giudice, prosegue la Corte, « riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività 'concretizzatrice' della giurisprudenza »⁽¹²⁵⁾.

In generale, si deve riconoscere con soddisfazione che la Corte di Cassazione, a fronte della perdurante inerzia del legislatore, ha saputo costruire percorsi ermeneutici, anche arditì, per dar seguito

⁽¹²⁴⁾ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 382.

⁽¹²⁵⁾ Corte di Cassazione, Sezioni unite, 21 gennaio 2010, n. 18288, p.g. in proc. Beschi, §§ 4 e 7 della parte in « diritto ».

— nelle concrete vicende processuali giunte al suo cospetto e in assenza di un preciso aggancio legislativo — a pronunce di Strasburgo che dichiaravano la violazione d'importanti diritti tutelati dalla Convenzione. Diverse e rilevanti sono state finora le tappe dell'itinerario interpretativo intrapreso dalla Cassazione — e condiviso dai giudici di merito — per adeguare il diritto interno ai livelli di garanzia richiesti dalla Corte europea: dall'estensione della sfera operativa dell'istituto del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625-*bis* c.p.p.) per dare esecuzione a sentenze della Corte europea che abbiano accertato la violazione di garanzie convenzionali nel processo celebrato davanti alla Corte di cassazione (caso Drassich), all'impiego dell'istituto della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione (art. 175, c. 2, c.p.p.) per porre rimedio alle censure relative alla disciplina interna del processo contumaciale (caso Somogyi), alla recezione del principio secondo cui le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché acquisite rispettando le regole del codice di procedura, non possono fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale, con la conseguente possibilità di estendere l'istituto dell'incidente probatorio oltre i casi previsti dal codice di procedura penale, anche sotto la spinta della sentenza Pupino della Corte di giustizia ⁽¹²⁶⁾ (caso Poltronieri), fino alla sostanziale disapplicazione dell'art. 650 del codice penale — che attribuisce forza esecutiva alle sentenze di condanna non più soggette a impugnazioni ordinarie — per paralizzare l'efficacia esecutiva di una sentenza di condanna passata in giudicato rispetto alla quale era stata ravvisata a Strasburgo una violazione del principio del giusto processo, con conseguente immediata liberazione di una persona condannata a pena definitiva (caso Dorigo) ⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁶⁾ Grande sezione, 16 giugno 2005, causa c105/03.

⁽¹²⁷⁾ Per gli opportuni riferimenti e per ulteriori considerazioni, v. F. FIANDANESE, *Intervento*, in *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, a cura di C. de Maglie, in «Criminalia», 2013, pp. 206-222. La sentenza Dorigo della Cassazione ha costituito una spinta fondamentale, insieme con la perdurante inerzia del legislatore (nonostante la sentenza monito 129/2008 della Corte costituzionale), per la pronuncia di una sentenza additiva che ha creato un modello atipico di revisione (prontamente estesa, dalla Corte di Cassazione, al procedimento di applicazione delle misure di prevenzione: sez. V, 15 novembre 2011, n. 4463, Labita).

Questa precisa volontà della Corte di Cassazione di tradurre — sfruttando al massimo gli strumenti ermeneutici a sua disposizione — nel linguaggio giuridico interno le richieste di tutela dei diritti avanzate dalla Corte europea, rivela non solo un volto del giudice di legittimità ben diverso da quello proprio della Cassazione degli anni Cinquanta e Sessanta, ancora pervicacemente rivolto verso il passato, in ossequio ad una concezione paleopositivistica, legalistica e conservatrice, del diritto (che l'ha a lungo esclusa dal processo di riconversione costituzionale della vecchia legislazione liberale e fascista, processo alimentato dall'alleanza tra i giudici di merito e la Corte costituzionale) ⁽¹²⁸⁾, ma testimonia persino una politica giudiziaria più aperta a nuove sollecitazioni culturali e, nei fatti, più garantista di quella della Corte costituzionale ⁽¹²⁹⁾. Dal nuovo corso della Corte di Cassazione, così attenta a innalzare l'ordinamento interno agli standard europei, si dovrebbero trarre le necessarie conseguenze in ordine alla confutazione dello stereotipo, ancora largamente diffuso nella comunità penalistica, di una giurisprudenza incline, quasi per un impulso naturale irrefrenabile, ad ascoltare più le ragioni della repressione, cercando di cavare il « massimo di punibilità » dalle norme incriminatrici ⁽¹³⁰⁾, che quelle legate alla garanzia dei diritti ⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁸⁾ Su tale vicenda v. V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 504-595.

⁽¹²⁹⁾ Sulle resistenze della Corte costituzionale al processo di europeizzazione del diritto, in consonanza con le preoccupazioni di gran parte della dottrina penalistica, sostanziale e processuale, ha posto opportunamente l'accento F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in « Diritto penale contemporaneo » (on-line), 2014, pp. 1-32.

⁽¹³⁰⁾ Così FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 3, che sintetizza l'esito del convegno su *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*.

⁽¹³¹⁾ La politica giudiziaria è questione complessa, ricca di sfumature e legata a molteplici variabili (in cui svolgono un ruolo fondamentale, oltre alla cultura del singolo giudice e alla pressione dei mezzi di comunicazione, soprattutto l'inerzia del legislatore nel far fronte alle nuove esigenze di tutela e l'inefficacia di forme di accertamento diverse dal processo penale e di meccanismi di responsabilità non penali). Per una visione più sfumata, v. F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto Penale)*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche » (nuova serie), 4 (2013), pp. 163-164 e

3.6. ...e le chiusure della Corte costituzionale.

Emblematica di questa maggiore cautela della Corte costituzionale rispetto alle nuove prospettive promosse dai giudici di Strasburgo, è la sentenza 230 del 2012 che respinge una questione di legittimità costituzionale diretta a includere, tra le ipotesi di revisione della sentenza di condanna di cui all'art. 673 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale determinato da una pronuncia delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in forza della quale il fatto giudicato non è più previsto dalla legge come reato. Diversamente dalla Corte di Cassazione che non ha esitato a far cadere il giudicato cautelare (Sez. II, 6 maggio 2010, n. 19716, Merlo) ed esecutivo (S.U., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi) per effetto di un *revirement* giurisprudenziale, ritenendolo recessivo rispetto alla tutela di diritti fondamentali e aderendo al concetto, fatto proprio dalla Corte europea, di « 'legalità materiale', in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione » (così la sentenza Beschi), la Corte costituzionale si è trincerata dietro la muraglia delle categorie del paradigma giuridico moderno, facendo un passo indietro rispetto all'indirizzo, che si era consolidato nel tempo, di riconoscimento e valorizzazione della fonte giurisprudenziale.

Certo, la *quaestio iuris* posta alla Corte era molto delicata e, se accolta nel senso del giudice *a quo*, avrebbe determinato una forte scossa tellurica dagli effetti non totalmente prevedibili e rispetto alla quale la cultura penalistica (specie accademica) non è (ancora) preparata. Va aggiunto, inoltre, l'argomento forte legato alle condizioni precarie delle fondamenta del nostro diritto giurisprudenziale (stante la sua frammentarietà e la crisi della funzione nomofilattica della Cassazione), fondamenta che avrebbero avuto serie difficoltà a reggere l'urto. Non va trascurato, infine, il peso esercitato dalla diversa natura del sindacato della Corte costituzionale rispetto a quella della Corte europea, la prima essendo giudice delle leggi, la seconda giudice dei diritti, che si pronuncia, cioè, sulla violazione, nel caso concreto, di un diritto e non sulla conformità di una legge

V. MANES, *Il ruolo « poliedrico » del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in « Cassazione penale », 2014, pp. 1939-1942.

generale e astratta a una tavola sovraordinata di valori, pronuncia che, incidendo direttamente sul tessuto normativo, ha un impatto ben maggiore e provoca rilevanti effetti di « sistema ».

Comprensibili, dunque, le ragioni della cautela e della preoccupazione, non condivisibili, tuttavia, la dichiarazione d'infondatezza e, soprattutto, le argomentazioni che la giustificano ⁽¹³²⁾. In modo molto sintetico, si possono individuare due argomenti fondamentali a sostegno della decisione: il principio di legalità, nel quale la cultura penalistica italiana ha tradizionalmente incluso la riserva assoluta di legge, ancorandola all'art. 25 della Costituzione, e la natura non vincolante del precedente giurisprudenziale, ricollegata al principio costituzionale della soggezione del giudice solo alla legge (art. 101 c. 2 Cost.) ⁽¹³³⁾.

Quanto alla riserva di legge, la Corte, oltre a riproporre, senza problematizzarla, l'agiografia illuministica che rappresenta un procedimento parlamentare di elaborazione della legge idealizzato e quanto mai lontano dalla realtà odierna (trascurando completamente, peraltro, le virtù del procedimento giurisdizionale di definizione, *case by case*, dei contorni semantici della legge) ⁽¹³⁴⁾, attribui-

⁽¹³²⁾ Tra le voci critiche nei confronti della decisione della Corte, v. A. RUGGERI, *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in « Consulta online », 2012, pp. 1-5, G.U. RESCIGNO, *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di Cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della lex mitior in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, in « Giurisprudenza costituzionale », 2012, pp. 3795-3821, F. BERTOLINI, *Dal confronto con ordinamenti "altri", la riflessione sulla propria identità*, in « Giurisprudenza italiana », 2013, pp. 1911-1915 e (2013) e FIANDANESE, *Intervento*, cit., pp. 213-214. Più accondiscendente O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in « Diritto penale contemporaneo », 2013, p. 174.

⁽¹³³⁾ Debolissima, invece, la forza dell'argomento relativo alla tenuta del giudicato (desacralizzato dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza 113/2011) e di quello che fa leva sulla mancata presa di posizione, da parte della Corte europea, sul punto dell'estensione del principio della *lex mitior* (recentemente introdotto con la citata sentenza *Scoppola* del 2009) al mutamento giurisprudenziale favorevole. La circostanza è meramente empirica e non prova nulla, mentre, stante la consolidata equiparazione della fonte legislativa a quella giurisprudenziale, appare molto plausibile che la Corte europea, se sollecitata sul punto, estenda il principio della *lex mitior* al *revirement* giurisprudenziale.

⁽¹³⁴⁾ Per approfondimenti, v. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., pp. 41-50.

sce al testo della Costituzione un significato che viene presentato come un dato oggettivo, indiscutibile e astorico, mentre esso è il frutto di una precisa lettura, dettata da un contesto storico che non esiste più e da premesse teoriche non più sostenibili. La scelta di rimanere saldamente ancorata alla cornice concettuale moderna fa cadere la Corte in un paradosso: quella *lettura* dell'art. 25 della Costituzione, assunta come più garantistica della *lettura* dell'art. 7 della Convenzione promossa dalla Corte europea (e non imposta, nemmeno qui, dal testo della Convenzione), finisce, nel caso di specie, per approdare a un esito meno garantistico.

Appare qui, in tutta la sua evidenza, il lato oscuro e odioso della (vecchia) legalità legislativa, la quale, fondata sulla mitizzazione della legge e sull'ostracismo della fonte giurisprudenziale, si preclude la via di una più intensa e ampia tutela dei diritti, finendo per violare altri principi costituzionali. Perché questo è stato il risultato nel caso di specie: la mancata equiparazione del mutamento giurisprudenziale favorevole — disposto dall'organo che ha il compito statutario di garantire « l'uniformità dell'interpretazione della legge » (art. 65 r.d. n. 12/1941) — al mutamento legislativo, ha determinato una grave violazione del principio di eguaglianza e di ragionevolezza. Le ragioni della retroattività della *lex mitior* (cui la Corte costituzionale, malgrado il diverso orientamento della Corte europea nella sentenza Scoppola, continua ad attribuire un fondamento valoriale più debole rispetto a quello di irretroattività della legge penale sfavorevole) se valgono per il mutamento legislativo devono valere anche per quello giurisprudenziale: in entrambi i casi, è intollerabile che una persona sia punita per un fatto che l'ordinamento giuridico non considera più reato.

Resta l'argomento della (presunta) non vincolatività del precedente giudiziario nell'ordinamento giuridico italiano e, in genere, nei paesi di *civil law*. Tale argomento — in parte, tra l'altro, contraddetto dalla stessa Corte costituzionale che riconosce *forza* vincolante ai precedenti della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo — è, nelle sue radici profonde, strettamente legato a una concezione monodimensionale del diritto che lo riduce, svilendolo, alla sola dimensione potestativa.

Impostasi nel corso dell'Ottocento nell'Europa continentale in seguito al giuspositivismo trionfante e all'esilio del sapere giuridico

dalla patria della ragion pratica, tale concezione nega l'esistenza di un'altra dimensione del diritto che, prima di quella vicenda culturale, era sempre stata considerata come costitutiva del suo essere e alla quale furono attribuiti i nomi di *ratio*, di *diritto naturale*, di *leggi divine non scritte ed eterne* (Antigone) e, oltremarina, di *common law of the land*. Essa, nel designare il patrimonio fondamentale di valori conquistato nel corso della storia da una determinata civiltà giuridica, radica il diritto negli strati profondi della società, impedendo che esso graviti esclusivamente nell'orbita del potere politico (135).

Ora, alla luce di una concezione bidimensionale del diritto (che s'impone nuovamente in seguito alla sua costituzionalizzazione nel secondo dopoguerra, vicenda che — insieme con il recupero del legame con la filosofia pratica — ha posto fine all'assolutismo giuridico moderno, recuperando la tensione virtuosa tra *ratio* e *auctoritas*), il riconoscimento della vincolatività del precedente è un « dovere giuridico » (136) che si fonda, prima di tutto, sulla seconda dimensione del diritto. I precedenti, infatti, creano affidamento sul diritto esistente, ciò che consente agli individui di ragionevolmente prevedere le conseguenze giuridiche delle loro azioni e, quindi, di tutelare la loro libertà di autodeterminazione, protetta dalla *ratio* dell'art. 13 della Costituzione (la quale, nel suo codice genetico, è incarnazione della seconda dimensione del diritto) (137). Proprio per

(135) Sui fattori che hanno ridotto il diritto alla sola dimensione potestativa e sulla concezione bidimensionale del diritto, fatta propria, tra gli altri, da GROSSI, *Prima lezione*, cit. e G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, v. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 371-435.

(136) G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma, Treccani, 1991, p. 4.

(137) Sulla Costituzione come incarnazione della seconda dimensione del diritto v. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., pp. 395-402. In generale, nell'ambito di una concezione bidimensionale del diritto, propria della filosofia pratica e che si è protratta fino alla cesura illuministica, non si dà una netta distinzione tra *ratio* e *auctoritas*. Nel pensiero giuridico medievale, le *auctoritates* (*lex*, decisioni dei giudici e opinioni dei dottori) erano percepite come un « deposito di *rationes* » (per Tommaso d'Aquino la legge era « *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune* ») e le *rationes*, se recepite in una *lex*, in una decisione o in un'*opinio* « autorevole », diventavano *auctoritates* (v. G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 447-453). Sulla

i fondamentali valori coinvolti, è ammesso discostarsi dal precedente solo in presenza di « gravi ragioni »⁽¹³⁸⁾ che giustifichino il mutamento e che, in seguito a un prudente giudizio di bilanciamento, risultino prevalenti rispetto alle ragioni della conservazione, legate non solo alla tutela dell'affidamento, ma anche all'esigenza di trattare in modo eguale casi simili⁽¹³⁹⁾.

All'argomento della non vincolatività del precedente — che, come si è visto, ha profonde radici culturali e dipende da fondamentali opzioni epistemologiche e ontologiche — la Corte aggiunge un'ulteriore considerazione. L'accoglimento del *petitum*, osserva la Corte in modo enfatico, « comporterebbe una vera e propria sovversione di 'sistema' », in quanto creerebbe un « generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni unite e i giudici dell'esecuzione », i quali sarebbero tenuti a « uniformarsi alla decisione 'favorevole' delle Sezioni unite », facendo cadere il giudicato, mentre un tale vincolo non esisterebbe in capo al giudice della cognizione che dovesse giudicare *ex novo* un caso analogo.

Anche questa argomentazione della Corte si rivela debole di fronte a più convincenti ragioni contrarie. A parte le considerazioni già enunciate che mettono in discussione la tesi della non vincolatività del precedente e al rilievo, cui fa cenno la stessa Corte, che un dovere generale di uniformarsi alla decisione della Corte di cassazione esiste già in tutte le ipotesi di giudizio di rinvio, si può aggiungere quanto segue. Innanzitutto, la questione non va tanto impostata (e drammatizzata), come fa la Corte, sul vincolo del giudice dell'esecuzione a uniformarsi alla decisione delle Sezioni unite, quanto sul dovere del giudice dell'esecuzione di prendere atto che, a seguito dell'*overruling* favorevole stabilito da chi ha il dovere giuridico di « garantire l'uniformità dell'interpretazione della leg-

separazione illuministica di autorità e ragione e sulla riabilitazione di autorità e tradizione da parte dell'ermeneutica, v. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 325 e ss.

⁽¹³⁸⁾ GORLA, *Precedente*, cit., p. 4, la sottolineatura è nostra. Nella voce citata, Gorla ricorda come la vincolatività del precedente per « ragioni giuridiche » è stata da lui affermata fin da due saggi del 1973 e che tale posizione ha trovato successivamente, « pur fra contrasti, un notevole gruppo di aderenti (fra cui: A. Pizzorusso, N. Picardi, M. Cappelletti, M. Bin, F. Roselli) ».

⁽¹³⁹⁾ Per una « presunzione a favore del precedente » si era espresso M. KRIEHL, *Diritto e ragione pratica* (1979), Napoli, Esi, 2006, pp. 101-122.

ge », vengono a mancare le *ragioni* della permanenza dell'esecuzione della condanna, il cui mantenimento viola in modo flagrante l'art. 3 della Costituzione. Qui, in altre parole, non entra tanto in gioco la questione astratta del vincolo a una decisione di un giudice superiore, quanto l'obbligo del giudice dell'esecuzione di garantire il rispetto di una precisa *ratio* costituzionale.

Quanto ai rapporti tra il giudice della cognizione e il precedente delle Sezioni unite, rapporti che per la Corte costituzionale sarebbero caratterizzati dalla piena libertà del giudice di disattendere il precedente, va altresì enfatizzato — e non relegato a mera « ipotesi », come fa la Corte — l'argomento secondo cui il giudice che si dovesse trovare a decidere un caso analogo, dopo l'*overruling* favorevole, sarebbe vincolato al precedente delle Sezioni unite, non potendo, infatti, condannare l'imputato, stante il principio d'irretroattività del mutamento giurisprudenziale *in malam partem*, sancito dalla Corte europea fin dal *leading case* S.W. c. Gran Bretagna del 1995. Tale principio, in seguito alle sentenze gemelle della Corte costituzionale, ha assunto un'*auctoritas* sovralegislativa che si impone a qualsiasi giudice. Certo, il giudice — obbligato ad assolvere nel caso di specie — conserva la propria facoltà di discostarsi, in motivazione, dal precedente delle Sezioni unite, argomentando a favore di una diversa soluzione che auspica possa imporsi in futuro, diventando nuovo diritto vivente. È infatti tesi fondamentale dell'ermeneutica quella per cui « il diritto non si trova preconstituito neppure nel 'deposito' dei precedenti, ma deve essere di volta in volta nuovamente reperito e realizzato alla luce delle novità del caso singolo, dunque con un rapporto sempre nuovo e rinnovato tra la norma e il fatto »⁽¹⁴⁰⁾. E tuttavia, come si è già accennato, l'esercizio di tale facoltà del giudice — che nella maggior parte dei casi, stante l'autorevolezza della decisione delle Sezioni unite, è più teorica che reale — è subordinato al pesante onere di fondare la propria motivazione dissenziente su ragioni importanti, quali la presenza di gravi divergenze assiologiche tra le Sezioni unite e il giudice di merito o il mutamento del quadro normativo o del contesto sociale e culturale. Solo ragioni di questo tipo sono in grado di vincere le

(140) ZACCARIA, *La comprensione*, cit., p. 9.

forti ragioni, di rilevanza costituzionale, legate alla conservazione del precedente e sono quindi suscettibili di convincere la Corte di cassazione a mutare la propria giurisprudenza.

3.7. *Problemi nuovi e soluzioni differenti.*

Secondo il modello di Thomas Kuhn delle rivoluzioni scientifiche, ogni paradigma fornisce un « modello di problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca »⁽¹⁴¹⁾. La fase di « scienza straordinaria », che caratterizza il tempo presente della comunità penalistica italiana (e, in genere, dei paesi di *civil law*), esige una radicale riconfigurazione della mappa dei problemi e delle soluzioni con cui il penalista moderno si orientava nel suo mondo. Le profonde trasformazioni dello sguardo teorico e della realtà (del diritto e dell'ambiente in cui vive) generano un mondo nuovo, obbligando il giurista a confrontarsi con problemi inediti o parzialmente ridefiniti e a immaginare soluzioni differenti.

Con uno sguardo acutissimo, all'indomani della « catastrofe » dei totalitarismi e della guerra — che ha tragicamente rivelato, « con la efficacia che solo la storia dà alle dimostrazioni »⁽¹⁴²⁾, tutti i limiti di una concezione monodimensionale del diritto — Pietro Nuvolone ha già chiara l'esigenza di costruire un nuovo paradigma e di scrivere sull'agenda della scienza penalistica del secondo dopoguerra una nuova pagina di problemi e di soluzioni. La linfa culturale che alimenta il suo programma è la comparazione con il paradigma di *common law*, che ha mantenuto le sue radici ben piantate nel terreno della ragion pratica e appare, ai suoi occhi, come una risorsa preziosa per far uscire il diritto dalla « crisi » in cui era precipitato.

Dopo aver constatato la necessità « di non fondare una scienza unicamente su basi così labili e pericolose come quelle della legge scritta, che non offre, tra l'altro, al cittadino nessuna garanzia sostanziale contro gli arbitri dello Stato », Nuvolone suggerisce di tenersi « a grande distanza dalle nebulose astrazioni dell'ultima dottrina tedesca », confidando nell'influsso benefico, per la scienza

⁽¹⁴¹⁾ KUHN, *La struttura*, cit., p. 10.

⁽¹⁴²⁾ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 180.

giuridica continentale, della cultura anglosassone. Il loro diritto, « che ha la sua fonte principale nella *common law*, è contrario alle formule rigide, al legalismo, ed è dominato dal grande principio dell'equità ». In linea con la tradizione aristotelica della filosofia pratica e con la tesi fondamentale dell'ermeneutica gadameriana, il « momento essenziale della vita giuridica, per gli anglosassoni, è quello dell'*applicazione* del diritto ». L'aver conservato il metodo della ragion pratica e, quindi, la natura relazionale, applicativa, dell'*interpretatio* medievale, avrebbe consentito « quella conciliazione tra il principio della certezza e il principio della giustizia, che a noi pare irraggiungibile », mentre per essi non è un problema, « ma una realtà che si attua empiricamente ».

Secondo Nuvolone, il contatto con la cultura giuridica anglosassone (che altro non è, in fondo, se non la testimonianza di quel che eravamo prima della rottura epistemologica moderna), potrebbe produrre « notevoli effetti: il primo, di liberarci da ogni residuo irrazionalista, al quale, del resto, noi italiani non siamo costituzionalmente portati; il secondo, di svincolarci definitivamente (molti passi erano già stati compiuti in questo senso) dal dogma statalista, che intristisce la vita del diritto, accentuando, invece, l'interesse scientifico per il problema delle fonti; il terzo, di favorire ampie riforme legislative, intese a dare un più largo posto a norme suscettibili di comprendere, pur senza sacrificare le esigenze della certezza obbiettiva, una realtà sociale in evoluzione; il quarto, di orientare la scienza del diritto verso la ricerca di categorie logiche sostanziali, altrettanto certe, se pur più difficili a scoprire, di quelle formali » (143).

A questa pagina programmatica, attualissima e, come certamente si noterà, in gran parte coincidente con la prospettiva teorica che si può evincere dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si possono aggiungere altri punti.

Innanzitutto, va riscritto il problema fondamentale della comunità penalistica. Se per il paradigma giuridico moderno il pro-

(143) P. NUVOLONE, *Il momento penale*, in « Archivio penale », 2 (1946), pp. 278-281.

blema centrale era la formazione della « legge perfetta »⁽¹⁴⁴⁾ intorno alla quale l'intero pianeta penalistico ruotava e definiva le sue categorie cardinali (legalità legislativa, riserva assoluta di legge, determinatezza...), per il nuovo paradigma il problema centrale è la formazione dell'« uomo di legge »⁽¹⁴⁵⁾, al quale è attribuito il compito di tessere le relazioni di cui è fatto il diritto, svolgendo un ruolo primario nell'impresa di costruzione dell'ordine giuridico. In altre parole, la ritrovata centralità del tema dell'interpretazione, cui — grazie al « ridestarsi della coscienza ermeneutica dei giuristi » — viene nuovamente assegnata la funzione di *mediazione* tra fatto e diritto, tra testo e contesto, tra orizzonte del passato e orizzonte del presente, costringe a sostituire al « modello del buon legislatore », che aveva « nettamente prevalso [...] per tutto l'Ottocento e per buona parte del Novecento », il modello del « buon interprete »⁽¹⁴⁶⁾, a cui lo stesso legislatore viene ricondotto dallo stato costituzionale di diritto e dal diritto sovranazionale europeo. Ciò implica l'esigenza di ripensare in profondità il modello di formazione del giurista, ancora fortemente condizionato dalla moderna ontologia oggettualistica e dalla concezione del sapere giuridico che si è imposta in seguito alla rottura epistemologica moderna⁽¹⁴⁷⁾.

Il recupero, dopo la lunga parentesi di « sterilizzazione politica »⁽¹⁴⁸⁾ della funzione giurisdizionale, impone, poi, di ripensare il problema della legittimazione del giudice, svincolandola dalla rigida soggezione alla legge (figlia del positivismo statualistico e acritico e legata all'idea moderna secondo cui il potere è uno e, pertanto, unitaria dev'essere la sua fonte di legittimazione) e ancorandola alla seconda dimensione del diritto, di cui i valori costituzionali sono l'incarnazione e che fa del giudice un « organo della coscienza

(144) F. OST, *L'amour de la loi parfaite*, in *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés contemporaines*, a cura di J. Boulard-Ayoub, B. Melkevik e P. Robert, Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 53-77.

(145) VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., pp. 299-317.

(146) ZACCARIA, *La comprensione*, cit., p. 83.

(147) V., in proposito, M. VOGLIOTTI, *L'urgence de la question pédagogique pour le droit postmoderne*, in « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », 72 (2014), pp. 73-85.

(148) G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura, del giurista-interprete e della dottrina sulla funzione politica*, in « Politica del diritto », 1972, p. 461.

sociale »⁽¹⁴⁹⁾, trasfigurandone l'identità: da « giudice che assicura il rispetto della legalità [legislativa] a giudice che garantisce la tutela dei diritti »⁽¹⁵⁰⁾, alla luce delle categorie di senso e di valore che si affermano in un determinato momento storico.

E ancora. L'attribuzione, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, del ruolo di fonte al diritto giurisprudenziale e l'insegnamento dell'ermeneutica circa la centralità del momento applicativo spingono il diritto penale continentale verso il *case law* anglosassone⁽¹⁵¹⁾, ciò che richiede a tutti i giudici di assimilare la sua « cultura del precedente »⁽¹⁵²⁾, di rendere effettiva la funzione di orientamento, di composizione e di stabilizzazione della giurisprudenza affidata dall'ordinamento alla Corte di Cassazione (obiettivo che esige, a sua volta, profonde riforme normative — anche costituzionali — istituzionali e organizzative)⁽¹⁵³⁾, di pubblicare e studiare l'intera sentenza e non la « massima » « mutilata » dai fatti e dalle ragioni che hanno determinato la decisione⁽¹⁵⁴⁾, di « valo-

⁽¹⁴⁹⁾ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 39.

⁽¹⁵⁰⁾ FIANDANESE, *Intervento*, cit., p. 222.

⁽¹⁵¹⁾ VOLK, *Diritto penale ed economia*, cit., p. 489 e ss.

⁽¹⁵²⁾ F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Lettera del 13 giugno 1994*, in *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, a cura di A. Esposito e G. Romeo, Padova, Cedam, 1995, p. 48 e V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in « Cassazione penale », 1988, pp. 1576-1578.

⁽¹⁵³⁾ Per una lucida diagnosi dei mali della Cassazione e per le relative indicazioni terapeutiche, v. già A. BRANCACCIO, *Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione*, in « Il Foro italiano », 1986, V, cc. 461-464 e S. SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in « Il Foro italiano », 1987, V, cc. 256-264. Importanti e autorevoli riflessioni anche negli Atti dell'assemblea generale della Corte di Cassazione, presieduta da Zucconi Galli Fonseca (in « Il Foro italiano », 1999, V, cc. 161-208). V. anche la sintesi delle varie posizioni in A. Cadoppi, *Il valore del precedente*, cit., pp. 217-254 e, più di recente, gli Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale: *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, Giuffrè, 2014.

⁽¹⁵⁴⁾ G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in « Il Foro italiano », 1964, V, cc. 73-87. V. anche, con ampia documentazione, le osservazioni di M. MELONI, *Il ruolo del precedente nella Corte di Cassazione*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Coco, Padova, Cedam, 2005, pp. 163-194, magistrato applicato al Massimario della Cassazione, e di D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in « Criminalia », 2012, pp. 619-639.

rizzare quel particolare ‘genere letterario’ che è la cosiddetta nota a sentenza »⁽¹⁵⁵⁾.

Riconoscere alla giurisprudenza il valore di formante del diritto penale fa scorgere fenomeni che con gli occhiali del paradigma moderno non si riuscivano a vedere: la retroattività dei mutamenti giurisprudenziali e la creazione di « norme » nuove per effetto di decisioni di *first impression* le cui soluzioni, pur essendo formalmente riconducibili alla lettera dell’enunciato normativo, non appaiono ragionevolmente prevedibili. Questi fenomeni, cui già si è fatto cenno, rivelano vuoti di tutela che pongono problemi nuovi alla comunità penalistica e richiedono soluzioni adeguate alla complessità delle questioni (blocco della retroattività del mutamento sfavorevole e della decisione imprevedibile sul caso nuovo facendo leva sulla sentenza della Corte costituzionale relativa all’*error iuris* o estensione alla fonte giurisprudenziale delle regole sulla successione delle leggi penali nel tempo? Importazione dell’istituto anglosassone del *prospective overruling*? E, nel caso di mutamenti favorevoli, estensione delle regole sulla retroattività della *lex mitior* anche alla fonte giurisprudenziale?)⁽¹⁵⁶⁾.

Problemi ancora più delicati e complessi sorgono in relazione alla tesi ermeneutica della natura analogica dell’interpretazione. Se l’attività interpretativa non consiste in un’operazione ipotattica di sussunzione dell’occorrenza sotto la regola generale e astratta, ma si sviluppa tramite giudizi di somiglianza e di differenza tra un caso assunto come paradigmatico e il caso concreto, come ripensare il

⁽¹⁵⁵⁾ PALAZZO, *Legalità*, cit., p. 1328.

⁽¹⁵⁶⁾ Il blocco della retroattività del mutamento giurisprudenziale è stato recentemente disposto dalle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione, con riferimento all’interpretazione di una norma processuale (sentenza 11 luglio 2011, n. 15144, Regione Basilicata c. Enel Produzione s.p.a.). Pur non riconoscendo alla giurisprudenza il ruolo di fonte, le Sezioni unite, facendo leva sul principio del « giusto processo » (che sarebbe stato violato se si fosse applicata la nuova « norma » giurisprudenziale, imprevedibile e dotata di un effetto preclusivo di un importante diritto di azione o di difesa), hanno tutelato la posizione della parte che aveva fatto affidamento sulla precedente giurisprudenza. Per un commento della decisione, v. F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all’errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell’affidamento, tipi di overruling*, in « Corriere giuridico », 2011, pp. 1397-1409.

moderno principio del divieto di analogia che presuppone, al contrario, una netta separazione tra interpretazione e analogia? Se a quel principio cardine del diritto penale moderno vengono a mancare le basi teoriche, come tutelare i valori soggiacenti a quel principio? E, prima ancora: nella loro rigidità e assolutezza, sono ancora validi e praticabili quei valori o, alla luce delle nuove categorie teoriche e in seguito al tramonto della mitologia giuridica moderna, essi richiedono, da un lato, di essere parzialmente rivisitati e, dall'altro lato, di essere bilanciati con l'esigenza, percepita da Nuvolone e fatta propria dalla Corte di Strasburgo, di consentire al diritto penale di adeguarsi a una « realtà sociale in evoluzione »? Se il confine dell'incriminazione non è già tracciato in modo chiaro e distinto dal legislatore, ma è messo a fuoco durante l'attività giurisdizionale dagli attori del processo, quale parametro può essere assunto per distinguere le interpretazioni ammissibili da quelle inammissibili? A tal proposito, è lecito chiedersi se abbia ancora senso fondare quel parametro sulle « basi così labili e pericolose » della *littera legis*, secondo le categorie formali del paradigma moderno, o se non sia forse preferibile fare appello — seguendo l'indicazione di Nuvolone — a « categorie logiche sostanziali » come quella del « tipo » criminoso, come fa la Corte europea tramite la categoria della « sostanza dell'incriminazione », associandola al criterio della « ragionevole prevedibilità » dell'interpretazione, criterio che rappresenta, in fondo, l'autentica e irrinunciabile *ratio* del (moderno) divieto di analogia: « garantire che l'imputato non venga sorpreso da punizioni che nessun uomo ragionevole poteva prevedere »⁽¹⁵⁷⁾. Se ci si orienta verso questa seconda prospettiva e si tiene conto dell'esigenza, legata alla storicità del diritto, che l'enunciato normativo sia in grado di adeguarsi ai mutamenti della realtà e alle categorie di senso e di valore della società, quale tecnica di redazione della fattispecie incriminatrice risulta più adatta? La « tecnica definitoria e casistica »⁽¹⁵⁸⁾, che, oltre a irrigidire la norma, favorisce operazioni ermeneutiche opache, senza riuscire a scongiurare, come l'esperienza dimostra, decisioni imprevedibili (e, quindi, lesive della li-

(157) W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in « *Ars interpretandi* », 1997, p. 186.

(158) MARINUCCI, *L'analogia*, cit., p. 1268.

bertà di autodeterminazione) e contrarie al principio di frammentarietà, oppure la tecnica dei « casi esemplari »? Seguendo questa seconda via, si possono ottenere due risultati utili: da un lato, « la visione penalistica della realtà [...] accolta nel tipo viene trasmessa all'interprete nel modo più chiaro e concreto possibile (menzione nella fattispecie della realtà penalmente qualificata), senza aver bloccato od ostacolato il procedimento di dispiegamento creativo (carattere esemplare [non tassativo] della menzione) »⁽¹⁵⁹⁾; dall'altro lato, proprio per la struttura linguistica della fattispecie, che rende trasparente il ragionamento *a simili*, si costringe l'interprete a un forte impegno argomentativo, a disvelare le ragioni effettive della decisione e a garantire concretamente la ragionevole prevedibilità della soluzione interpretativa⁽¹⁶⁰⁾.

Con questi e con altri difficili problemi — ripensare, ad esempio, le categorie sostanziali alla luce delle esigenze del processo e riconfigurare il principio di obbligatorietà dell'azione penale tenendo conto della sua inevitabile ineffettività e dell'ineluttabilità delle scelte discrezionali delle procure⁽¹⁶¹⁾ — la comunità penalistica è oggi chiamata a confrontarsi se vuole che il « diritto penale dei professori » comunichi con il « diritto penale della prassi »⁽¹⁶²⁾, orientandolo verso un nuovo ordine che sia compatibile con le nuove acquisizioni teoriche e conforme alla nuova « legalità costitu-

⁽¹⁵⁹⁾ W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968), Napoli, Esi, 2007, pp. 235-237.

⁽¹⁶⁰⁾ Per un tentativo di ripensare il moderno divieto di analogia al fine di fornire una base teorica meglio attrezzata per una tutela autentica, non meramente nominale, della libertà di autodeterminazione e del principio di frammentarietà (i valori fondamentali e ancora attuali soggiacenti al divieto di analogia), muovendo dalla premessa ermeneutica della natura analogica dell'interpretazione (messa bene a fuoco da Kaufmann) e dall'esigenza che il linguaggio giuridico tenga conto della storicità del diritto e sappia quindi evolversi, adattandosi ai mutamenti della realtà, v. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit. Nella penalistica italiana, in una prospettiva in parte simile, che punta sul « tipo » più che sulla *littera legis*, v. PALAZZO, *Legalità*, cit., pp. 1308-1313. Su « tipo » e « funzione tipica », v. anche le interessanti considerazioni di Carlizzi in V. OMAGGIO, G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 106 e ss.

⁽¹⁶¹⁾ Per un primo abbozzo si rinvia al nostro *Les relations police-parquet en Italie: un équilibre menacé?*, in « Droit et Société », 58 (2004), pp. 468-476.

⁽¹⁶²⁾ FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 18.

zionale » (163). In questa funzione ordinante, che presuppone la costruzione di un nuovo paradigma, sta il compito e la dignità della scienza, la cui inerzia obbliga fatalmente la giurisprudenza a intervenire, come del resto già accade, svolgendo un'impropria opera di supplenza. Già per il fatto di aver richiamato la comunità penalistica ai suoi compiti propri e alla sua dignità di scienza, può dirsi che lo scandalo dell'ermeneutica ha portato frutto.

(163) Sui presupposti teorici e sulle caratteristiche della nuova legalità costituzionale, si rinvia a VOGLIOTTI, *Legalità*, cit.