

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

3/2020

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

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

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

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

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

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

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

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

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

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

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

LA NUOVA LEGALITÀ PENALE E IL RUOLO DELLA GIURISDIZIONE. SPUNTI PER UN CONFRONTO (*)

di Massimo Vogliotti

Dopo aver accennato alle basi materiali e culturali della categoria moderna della legalità, l'Autore ne tratteggia i caratteri, mettendone in luce l'aporia, che verrà sciolta nel secondo dopoguerra con il ristabilimento del dualismo del diritto. Prende così avvio un processo di trasformazione costituzionale, reso possibile dal recupero della natura pratica del sapere giuridico, che trasforma profondamente il ruolo della giurisdizione. Queste vicende incidono sul significato della legalità, che assume una natura ibrida e teleologica, e impongono di valorizzare la cultura e il vincolo del precedente. A tal fine, un ruolo fondamentale è svolto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, che una recente riforma legislativa ha opportunamente rafforzato.

SOMMARIO: 1. Un invito a storicizzare – 2. I presupposti teorici e mitologici della legalità – 3. Da *iurisdictio* a giurisdizione: metamorfosi di una funzione – 4. Non siamo mai stati moderni – 5. L'aporia della legalità e il ristabilimento del dualismo del diritto – 6. Il nuovo ruolo della giurisdizione tra fatti e valori, tra effettività e legittimità – 7. La nuova legalità – 8. Il precedente: ragioni e significato di un vincolo relativo – 9. Cultura del precedente ed effettività del vincolo – 10. Il rafforzamento delle Sezioni unite e il ruolo della cultura giuridica.

1. Un invito a storicizzare.

La categoria della legalità, su cui poggia l'edificio penalistico moderno, è il prodotto di un determinato contesto storico. Come tale, il suo significato è strettamente collegato alla base materiale e culturale della società in cui è sorta. È una categoria, come tutte le categorie culturali, relativa, non assoluta.

Come per altre categorie giuridiche fondamentali, tuttavia, anche per la legalità si è col tempo smarrita la consapevolezza della sua natura storica e si è finito per trasformarla in un dogma, sottratto, com'è ogni articolo di fede, a una serena e libera valutazione critica, dettata dal progressivo venir meno dei suoi presupposti materiali e culturali¹.

(*) Il lavoro è stato svolto nell'ambito del progetto di ricerca "La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione", finanziato dall'Università del Piemonte Orientale (FAR anno 2019).

¹ «Dominato da una fiducia totale nel legislatore, il penalista moderno, candido erede di Beccaria, ha sempre ritenuto la "riserva di legge" come l'inabdicabile strumento garantistico e come l'altrettanto inabdicabile

La consapevolezza della storicità della categoria moderna della legalità – un’autentica rivoluzione se esaminata alla luce del contesto culturale medievale, in cui quella categoria non era concepibile – e la presa d’atto delle profonde trasformazioni dell’ambiente giuridico e sociale avvenute nel secondo dopoguerra non impongono però, necessariamente, di celebrare le esequie della legalità. Al contrario, la cultura giuridica tende a conservare le proprie categorie teoriche, perché le parole – specie quando dietro di loro hanno una tradizione scientifica secolare – non svolgono soltanto una funzione strumentale, puramente denotativa, ma posseggono una forza simbolica che si oppone al loro abbandono. Per mantenerle in vita, senza che si trasformino in «ostacoli epistemologici»² che impediscono di vedere e di comprendere il nuovo, occorre, però, risemantizzarle. Solo così parole e categorie che svolsero, quando furono concepite, una funzione fondamentale per interpretare le nuove esigenze della società e per indirizzare l’esperienza giuridica nella direzione auspicata dalla cultura giuridica del tempo, possono ancora fornire un utile contributo per comprendere e ordinare il nuovo paesaggio giuridico.

2. I presupposti teorici e mitologici della legalità.

La categoria della legalità è il prodotto di quella rivoluzione scientifica – innescata dall’umanesimo giuridico, la «più fattiva fucina della modernità»³, secondo Paolo Grossi – che ha sancito il tramonto del paradigma giuridico medievale e l’avvento del paradigma moderno⁴.

Quella rivoluzione è, a sua volta, l’effetto di profonde trasformazioni della struttura materiale della società e del suo immaginario: la crisi della società feudale e la formazione del modo di produzione capitalistico; la lacerazione dei due mantelli universalistici – l’Impero e la Chiesa – a vantaggio del particolarismo degli Stati; la fine della costituzione mista medievale e la formazione della costituzione dei moderni, fondata sulla nuova categoria della sovranità, intesa come potere originario, indivisibile e assoluto, nel senso etimologico di sciolto dal bilanciamento con altri poteri; l’eclisse della *societas societatum* medievale, in cui l’uomo era inteso come un’entità relazionale –

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» (così P. GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38, 2009, p. 1901).

² G. BACHELARD, *La formation de l’esprit scientifique* (1938), Paris, Vrin, 1980, p. 13 s.

³ P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 90.

⁴ Su questa vicenda, qui appena accennata, si rinvia, per approfondimenti, a M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007. Più specificamente, sulla genesi, sulle caratteristiche e sulla crisi del moderno principio di legalità, si rinvia alla nostra voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto. Annali VI*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 371-435, in cui si tratteggia anche il profilo della nuova legalità che prende corpo in seguito al processo di trasformazione costituzionale avviato alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso (su cui v. *infra*). Una versione in francese, rimaneggiata, di quella voce è di recente uscita con il titolo *Les nouveaux chemins de la légalité. Au-delà de la modernité juridique*, Bruxelles, PUSL, 2019.

determinata, cioè, dalla rete dei rapporti in cui era naturalmente inserito – e la formazione di una società di individui, liberi artefici della propria identità e portatori di diritti soggettivi (è da questa nuova figura antropologica – il soggetto astratto – che trae origine la categoria del soggetto unico di diritto, presupposto delle codificazioni ottocentesche e dell’accezione meramente formale del principio di eguaglianza, che occulta le diseguaglianze reali); la rivoluzione scientifica, che spazza via la fisica qualitativa di Aristotele, il cui ibridismo fatto/valore era alla base della concezione antica e medievale del diritto naturale.

Con il lento e contrastato passaggio dal paradigma giuridico medievale al paradigma moderno muta profondamente la concezione del diritto e del sapere giuridico.

In seguito alla crisi dell’immagine medievale del mondo e dell’uomo, che ha fatto evaporare le millenarie garanzie di Dio e della Natura, non più fonti di ordine e sicurezza, ma di disordini e di insicurezza (le guerre di religione, lo stato di natura come *bellum omnium contra omnes*), il giurista moderno cerca nelle scienze della natura, che tanto successo stavano avendo allora, le risorse metodologiche per costruire un nuovo ordine giuridico capace di assicurare quella stabilità e quella sicurezza che l’ordine antico non era più in grado di garantire.

In seguito a questa “rottura epistemologica”, che sancisce l’abbandono dell’insegnamento bimillenario di Aristotele secondo cui non si può chiedere a un retore delle dimostrazioni e a un matematico di essere persuasivo, il giurista moderno non considera più il diritto come “azione” che deve tendere verso il giusto (*l’eupraxía*, l’agire bene, era il fine delle scienze pratiche, cui il sapere giuridico era sempre stato ancorato), ma come una “cosa”, un dato esterno che la rinnovata scienza giuridica deve descrivere nella sua oggettività, così come fanno le scienze della natura. In altre parole, l’adozione del metodo veritativo, descrittivo e oggettivante di queste scienze, che Aristotele chiamava «teoretiche», provoca un mutamento dell’ontologia giuridica, della concezione dell’essere del diritto. Se il metodo delle scienze pratiche presupponeva un’ontologia *relazionale* (la loro natura teleologica implica una concezione del diritto come *relazione* tra il diritto che è, il diritto *positum*, e il diritto che deve essere perché sia avvertito come giusto) e, quindi, un’idea *dualistica* del diritto (diritto positivo e diritto naturale, *auctoritas* e *ratio*), il nuovo metodo delle scienze teoretiche presuppone un’ontologia *oggettualistica* o *sostanzialistica* (la loro natura descrittivistica e veritativa implica una concezione del diritto come *cosa*, *sostanza*, radicalmente separata dal soggetto conoscente che deve limitarsi a conoscerla nella sua oggettività) e, quindi, un’idea *monistica* del diritto (*auctoritas facit legem*)⁵.

⁵ Nella prima fase della modernità vi è ancora un diritto, il diritto di ragione, che si contrappone al diritto positivo e ne è il fondamento. E tuttavia, questo nuovo dualismo, che non rinvia più a una dimensione oggettiva e preesistente all’uomo (la moderna etica della libertà è incompatibile con un ordine già dato che si impone all’uomo) e che ha bisogno della volontà di un’autorità per tradursi in valido e coercibile diritto (il diritto naturale dei moderni è «*dictamen rectae rationis*», un sistema di teoremi, di verità evidenti, che, per diventare autentico diritto, devono essere recepiti in leggi positive), apre la strada al futuro positivismo giuridico, che finisce per ridurre tutto il diritto alla sola dimensione potestativa («*auctoritas facit legem*»). Cfr. P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna* (1961), Napoli, Liguori, 2000, p. 88: «Il diritto naturale moderno

In questo nuovo scenario, la legittimità è completamente assorbita nella legalità: una norma è legittima non perché è conforme a certi parametri di giustizia (come accade quando la cultura giuridica fa propria una concezione dualistica del diritto), ma perché è posta, secondo determinate forme e procedure, da un'autorità, il cui potere – per una cultura giuridica che sposa una concezione monistica del diritto – non può che provenire da un'unica fonte di legittimazione, quella che incarna il potere sovrano (Monarca, Nazione, Stato, Popolo...).

Nella fase positivista della modernità, che, sul piano politico e ideologico, coincide con la svolta conservatrice della classe borghese, il compito della scienza non è più progettuale – com'era ancora nella sua fase giusnaturalistica, in cui occorre abbattere l'antico regime e costruire il nuovo ordine – ma descrittivo e veritativo: fare in modo che gli enunciati interpretativi *corrispondano* perfettamente ai dati giuridici positivi, all'*ita lex*.

Il nuovo metodo veritativo e descrittivo convive pacificamente con una concezione volontaristica e «assolutistica»⁶ del diritto: il contenuto di quest'ultimo – che era stabilito nelle sue linee essenziali dalla sua seconda dimensione, dal fine, cioè, cui doveva tendere il diritto come pratica sociale interpretativa e che per il giurista medievale era inscritto nella natura delle cose – è ora completamente affidato, direttamente o indirettamente, al detentore del potere sovrano, che non incontra più limiti sostantivi di fronte a sé. È in questa rottura epistemologica che vanno ravvisate le radici della kelseniana separazione della «scienza del diritto» (che si deve occupare esclusivamente *de iure condito*) dalla «politica del diritto» (che si occupa *de iure condendo*, cioè dei fini del diritto).

In seguito a queste profonde trasformazioni, al sapere giuridico, spogliato di ogni competenza in ordine ai contenuti del diritto – i quali, dopo il fallimento del programma razionalistico di costruire una scienza dei valori *more geometrico demonstrata*, saranno relegati nell'ambito dell'irrazionale (di qui il dogma novecentesco dell'*avalutatività* della scienza giuridica) – si può chiedere un'unica prestazione: assicurare la certezza del diritto, valore che prenderà ben presto il posto che era sempre spettato alla giustizia nell'assiologia giuridica premoderna. Congeniale alle esigenze dei nuovi soggetti politici (gli Stati), alle prese con la necessità di organizzare in modo efficiente e di controllare il proprio apparato di potere, e a quelle del nuovo ceto mercantile, che deve poter contare sulla sicurezza dei traffici, il valore della certezza del diritto diventerà, negli anni bui del fascismo, per giuristi liberali come Piero Calamandrei, «un'ultima e minima linea difensiva [...] se non contro l'autoritarismo o il totalitarismo, almeno contro l'*arbitrarietà del potere*»⁷.

[...] non è giusnaturalistico; è la trasfigurazione del diritto naturale come preparazione dell'avvento del diritto positivo quale diritto *tout court*».

⁶ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, specialmente il saggio d'apertura *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*.

⁷ G. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, in P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 11.

Nell'ambito penalistico, dove, fin dall'età dei Lumi, l'esigenza di conoscere il precetto per prevedere con certezza le conseguenze giuridiche della propria condotta era particolarmente avvertita, la scienza elabora il principio di «determinatezza» della fattispecie incriminatrice, al quale si attribuisce l'ulteriore compito di attuare, sul versante della giurisdizione, l'altro principio cardine della legalità dei moderni, la «riserva assoluta» di legge, con cui si affidava al legislatore un potere assoluto *in criminalibus* (la mitologia illuministica del legislatore «buono e razionale»⁸, legittimato dal contratto sociale, e il controllo politico della fonte legislativa da parte del nuovo ceto egemone, impedivano che potesse sorgere, in seno alla comunità penalistica, il timore che un così vasto e illimitato potere potesse essere esercitato contro i diritti e le libertà conquistati dalla rivoluzione borghese). Postulata, attraverso quei principi, la piena conoscibilità del precetto, diventava possibile, anche in un'ottica garantistica, giustificare l'assoluta non scusabilità dell'ignoranza della legge penale, la cui accessibilità era garantita a tutti dall'ideologia illuministica del codice, ispirata al principio dell'*extrema ratio*.

3. Da *iurisdictio* a giurisdizione: metamorfosi di una funzione.

Date queste premesse epistemologiche, ontologiche e mitologiche, la giurisdizione viene ridotta a un'attività meramente esecutiva: il suo compito consiste nell'applicare le “sostanze” normative, definite dall'autorità politica, all'inerte materia fattuale. Il meccanismo ideale attraverso cui questo compito può realizzarsi è il processo inquisitorio, il cui metodo verificazionista – sperimentato con successo durante tutto l'antico regime e sostanzialmente confermato dal modello misto, inaugurato in Francia nel 1808 dal *Code d'instruction criminelle* – si presta perfettamente a garantire la rigorosa attuazione delle scelte politiche effettuate dal legislatore⁹.

La riduzione del diritto alla sola dimensione potestativa, dovuta, come si è visto, all'adozione del metodo descrittivo e veritativo delle scienze teoretiche, e l'immagine del giudice come *être inanimé* priva la giurisdizione di qualsiasi potere valutativo: il legittimo *arbitrium* del giudice medievale¹⁰ diventa l'illegittimo *arbitrio* del giudice moderno. Inoltre, la netta separazione tra il fatto e il diritto, anch'essa conseguenza dell'adozione del metodo delle scienze teoretiche – come «i matematici considerano le figure facendo astrazione dai corpi» così i giuristi moderni «nel trattare del diritto» distolgono «il pensiero da qualsiasi fatto particolare»¹¹ – conduce alla svalutazione del mondo dei fatti che non ha alcuna incidenza sulla configurazione del diritto, l'unico

⁸ Su questa mitologia, v. C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), Bologna, Il Mulino, 2018, p. 53 s.

⁹ Sul modello di giustizia come «attuazione di scelte politiche» che ispira il processo inquisitorio, v. M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo* (1986), Bologna, Il Mulino, 1991, p. 249 s.

¹⁰ V., in proposito, M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

¹¹ GROZIO, *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace* (1625), § 58.

oggetto di studio del nuovo sapere giuridico. La dicotomia fatto/diritto porterà sempre il giurista moderno a trascurare il piano dell'effettività, la cui indagine verrà affidata, all'inizio del Novecento, a un'altra scienza, la sociologia del diritto (sempre ostracizzata dalla comunità giuridica ortodossa), e a concentrare tutta la sua attenzione sulla dimensione astratta della legalità. Quest'ultima, in linea con il metodo descrittivo e veritativo delle scienze teoretiche e con la nozione aristotelica della verità come *adaequatio mentis et rei*, viene concepita come misura della *corrispondenza* degli atti di esercizio del potere (sentenze dei giudici o provvedimenti dell'amministrazione) alla "cosa" legge.

Tutt'altro significato aveva, invece, il termine *iurisdictio* nel lessico giuridico medievale. Diversamente dalla moderna giurisdizione – tutta rivolta verso il piano della legge generale e astratta, da cui trae la propria legittimazione e di cui deve essere fedele e inflessibile ancella (*dura lex sed lex*) – la *iurisdictio* era intimamente collegata sia al mondo dei valori (il fine dell'*interpretatio* era la riduzione «*de iniquo ad aequum*») sia al mondo dei fatti.

Quanto al primo aspetto, il compito fondamentale di questa tipologia di potere "relativo" e, quindi, limitato era «*statuere aequitatem*», stabilire autoritativamente i contenuti dell'*aequitas*, compito, questo, che spettava tanto al giudice quanto al principe, raffigurato non come *conditor legum*, ma come *custos iusti*, in perfetta coerenza con una cultura giuridica "dualistica" (*lex humana/lex naturalis, auctoritas/ratio*)¹². Ora, il compito di ridefinire il significato della legge positiva alla luce dell'*aequitas* doveva essere svolto dal giudice non in astratto, ma in relazione al fatto: diversamente dagli scienziati teoretici ai quali la conoscenza interessa di per sé (il fine di quelle scienze è la verità), agli scienziati pratici (quali sono i giuristi) la conoscenza interessa «in relazione a qualcosa e ora»¹³, cioè in vista di altro, l'azione (che deve essere orientata verso il giusto), e «in una situazione particolare, come è quella in cui sempre si colloca l'azione»¹⁴.

In altre parole, il giudice non poteva limitarsi a conoscere la legge (in astratto) e poi applicarla al fatto (secondo il modello sillogistico con cui i moderni raffigureranno sempre il ragionamento del giudice e che presuppone la dicotomia fatto/diritto), ma doveva comprenderla *in relazione* alla seconda dimensione del diritto (la sua era dunque un'attività necessariamente valutativa) e *in relazione* alla concretezza del fatto, che non era dunque un fattore estraneo alla vita del diritto, ma un ingrediente essenziale. Solo se il giusto legale, che si esprime necessariamente in modo generale e astratto, viene ridefinito dal giudice alla luce del contesto fattuale e delle categorie di senso e di valore del momento applicativo (la legge può avere origini lontane nel tempo), la sentenza del giudice – cioè il diritto che risulta dalla relazione tra la legge (la prima dimensione del diritto), l'*aequitas* (la seconda dimensione del diritto) e il contesto applicativo – può

¹² Sul significato della nozione di *iurisdictio*, v. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 130 s.

¹³ 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».

¹⁴ E. BERTI, *Filosofia pratica*, Napoli, Guida, 2004, p. 6.

essere ritenuta giusta (per questa ragione il “giusto giudiziale”, l’*epiékheia*, è considerato da Aristotele un perfezionamento della giustizia legale).

Per ristabilire il legame della scienza giuridica e della giurisdizione con il mondo dei valori e con il mondo dei fatti occorre ricollocare il sapere giuridico nell’alveo delle scienze pratiche e ripristinare, quindi, la seconda dimensione del diritto, da cui la giurisdizione – tornata ad essere, come l’antica *iurisdictio*, attività produttiva di diritto (*iuxta propria principia*) – poteva trarre una sua propria legittimazione, autonoma dal potere politico.

4. Non siamo mai stati moderni.

La narrazione giuridica moderna, che ha a lungo alimentato le categorie teoriche e l’immaginario della comunità scientifica e ha ispirato il modello formativo del giurista dell’Europa continentale, non ha mai corrisposto alla concreta esperienza giuridica. Dobbiamo riconoscere che, nei fatti, non siamo mai stati davvero moderni¹⁵, anche se lo abbiamo a lungo e pervicacemente creduto, a tal punto che, ancora oggi, presso una parte ancora consistente della comunità scientifica, quella narrazione continua a condizionare il modo di vedere e di valutare il mondo del diritto. La scienza giuridica non è mai stata un’attività meramente descrittiva e valutativa, né quando si autorappresentava come esegesi né quando si proponeva come algida costruttrice di sistemi dogmi istituiti, durante l’egemonia pandettistica. La giurisdizione non è mai stata una passiva riproduzione dei comandi legislativi. Il processo non è mai stato un «servo muto»¹⁶ del diritto sostanziale. La riserva di legge in materia penale non è mai stata assoluta.

Questa discrepanza tra la mappa teorica e la realtà è potuta rimanere a lungo nascosta fondamentalmente per tre ordini di ragioni.

Il primo attiene al piano della realtà. In una società sostanzialmente statica, semplice, culturalmente omogenea e monoclasse, com’era quella ottocentesca, e in un ambiente giuridico statualistico com’era l’Europa del diritto sino alla fine della seconda guerra mondiale, le anomalie del paradigma scientifico dominante erano poco numerose e di dimensioni contenute. Erano, quindi, poco avvertibili, se non da alcuni spiriti acuti le cui analisi e denunce, percepite come eccentriche e spesso bollate come irrazionalistiche, rimasero a lungo ai margini della comunità scientifica ortodossa¹⁷.

Il secondo ordine di ragioni attiene al piano della teoria. Innanzitutto, gli schemi concettuali e l’apparato mitologico del paradigma dominante tendono a occultare

¹⁵ B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni* (1991), Milano, Elèuthera, 1995.

¹⁶ T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Indice penale*, 1999, p. 529.

¹⁷ Nella comunità penalistica degli anni Trenta del secolo scorso, due voci, in particolare, si levano dal monotono coro del tecnicismo e del purismo rocchiano dominante: quella di Francesco Antolisei e di Giuseppe Bettiol. V., in proposito, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 261-265.

fenomeni che non corrispondono al modello teorico e alle sue predizioni, spingendo i membri della comunità scientifica a incasellare la realtà, al prezzo di qualche forzatura, negli schemi della teoria. Inoltre, in virtù dell'effetto performativo che ogni paradigma scientifico produce, la pratica giuridica tende a conformarsi alla sua cornice teorica e al suo immaginario. Ad esempio, l'introduzione, da parte del giudice, del modello sillogistico del ragionamento giudiziale e dell'ideologia del giudice bocca della legge genera un'attività giurisdizionale che tende a conformarsi a quei presupposti teorici e mitologici (trascurando le specificità dei fatti e le loro esigenze e piegandosi completamente alla *dura lex*, anche quando la coscienza vorrebbe ribellarsi, avvertendo chiaramente l'ingiustizia della legge). Beninteso, tale conformità del comportamento del giudice ai dettami del paradigma (ad esempio attraverso un'interpretazione formalistica del ruolo della giurisdizione, insensibile ai fatti e ai valori) avviene più facilmente, quasi naturalmente, quando quella rappresentazione del ruolo della giurisdizione è funzionale agli interessi della classe dominante, a cui la magistratura – specie quella ai vertici della piramide giudiziaria – è a lungo appartenuta, per estrazione sociale e per cultura.

Il terzo ordine di ragioni attiene proprio alla cultura della magistratura, al suo status e alla sua collocazione istituzionale all'interno dell'apparato statale. La debole o debolissima indipendenza esterna e interna, che ha caratterizzato la magistratura italiana durante lo Stato liberale e fascista, e la sua cultura giuridica di tipo conservatore (condizionata, come si è detto, dalla sua appartenenza di ceto, dalla cornice teorica e mitologica del paradigma e dalla sua dipendenza, di fatto e di diritto, dal potere politico e dai vertici della piramide giudiziaria) tendono a dar vita a un'attività giurisdizionale in linea con la sua rappresentazione teorica e, quindi, collimante con la volontà del legislatore, quale si ricava dalla lettera della legge e dal clima politico del momento, clima cui l'alta magistratura è stata a lungo e spontaneamente sensibile. In questo scenario, le discrasie tra la fonte legislativa e la fonte giurisprudenziale sono poco numerose e poco visibili. Piuttosto, a quei pochi osservatori attenti al piano dell'effettività – da sempre trascurato, come si è visto, dal giurista moderno – cominceranno ad apparire sempre più evidenti e intollerabili le discrasie tra quelle due fonti – socialmente e culturalmente omogenee – e le istanze di eguaglianza sostanziale e di tutela di nuovi beni giuridici che saranno poi recepite dalla Carta costituzionale.

5. L'aporia della legalità e il ristabilimento del dualismo del diritto.

A partire dalla fine dell'Ottocento e, poi, con il progressivo incedere del Novecento, la base materiale e culturale sulla quale poggiava il paradigma moderno comincia a sgretolarsi. L'aumento della complessità e del dinamismo sociale indotti dallo sviluppo tecnologico, dalla rivoluzione industriale e dalla rinascita dei corpi intermedi, sindacati e partiti di massa *in primis* – che contestano, in modo sempre più deciso, lo Stato monoclasse e la sovrastruttura ideologica e giuridica che lo sosteneva – generano nuove anomalie che col tempo appaiono sempre più visibili. Sarà, però, soltanto la «catastrofe» della guerra e dei totalitarismi che si incaricherà di mettere

chiaramente in luce, «con la efficacia che solo la storia dà alle dimostrazioni», l'aporia fondamentale del paradigma giuridico moderno, la «contraddizione», cioè, come osserva Giuseppe Capograssi in un saggio del 1950, «tra il principio centrale di tutto l'ordinamento, la libertà, e questo ridurre il diritto a volontà dello Stato»¹⁸.

Quella contraddizione è la stessa che ha accompagnato la storia del moderno principio di legalità fin dalle sue origini e che la cultura giuridica liberale aveva tentato di occultare dietro la cortina fumogena dello Stato di diritto. La legalità del paradigma giuridico moderno è *coincidentia oppositorum*: esprime il desiderio – che matura pienamente durante il secolo dei Lumi – di un potere *sub lege* e *per legem* che ribalti la massima assolutistica *rex facit legem* (la «legge-garanzia»), ma, allo stesso tempo, vive nel cono d'ombra della moderna categoria del potere sovrano la cui onnipotenza si manifesta attraverso quella stessa fonte, la legge, che dovrebbe limitarlo (la «legge-potenza»)¹⁹. Aspira alla libertà – che il giusnaturalismo liberale e poi l'illuminismo rivoluzionario avevano affidato alle leggi positive, stante l'imperfezione delle leggi naturali («la liberté [...] a pour sauvegarde la loi»²⁰) – ma si affida, senza ancora giuridiche di salvataggio, all'autorità dello Stato per la traduzione giuridica di quell'aspirazione alla libertà e ai diritti. Osservato senza veli mitologici – brutalmente e definitivamente strappati dall'«illegalismo legale»²¹ dei regimi totalitari – il moderno principio di legalità rivela il suo volto autentico, ossia quello la cui bocca «ha sempre parlato il “linguaggio del potere”»²².

Per sciogliere quella contraddizione occorre ristabilire il dualismo del diritto, fornendo finalmente una traduzione giuridica al programma politico che ha accompagnato il costituzionalismo moderno fin dalle sue fondazioni settecentesche: limitare l'illimitabile potere sovrano. Per ottenere quel risultato era necessaria una nuova rivoluzione scientifica che abbattesse quella concezione moderna del potere, risemantizzando la categoria della sovranità (com'è poi accaduto con il primo articolo della Costituzione repubblicana: «la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione»), e che ristabilisse il legame del sapere giuridico con la tradizione aristotelica della filosofia pratica.

Senza questa nuova rottura epistemologica, il semplice varo della nuova Costituzione non sarebbe stato sufficiente a sciogliere la contraddizione del paradigma moderno e, quindi, a recuperare la seconda dimensione del diritto che il pensiero giuridico premoderno aveva rappresentato con la categoria – ormai non più proponibile – del diritto naturale. Infatti, dopo la rivoluzione scientifica moderna che aveva separato

¹⁸ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in Id., *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 180-181 e 175.

¹⁹ Sulle due figure della legge-garanzia e della legge-potenza, v. P. COSTA, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, t. 1, 2007, p. 17.

²⁰ Così recita l'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 24 giugno 1793.

²¹ P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo* (1948), in *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, vol. II, *Discorsi parlamentari e di politica costituzionale*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, p. 330.

²² B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (Atti del LIII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007), Milano, Giuffrè, 2008, p. 58.

il fatto dal valore e la concomitante rivoluzione antropologica che aveva fondato la piena autonomia morale dell'individuo, libero artefice della propria sorte, la seconda dimensione del diritto non poteva più essere concepita come un *dato oggettivo*, come un ordine che preesiste all'uomo e che da questi deve essere semplicemente *scoperto*. Un tentativo in tal senso fu fatto nell'immediato dopoguerra con l'appello alla categoria del «diritto naturale vigente»²³; tentativo che si è subito rivelato impraticabile. Anche la via della *tradizione* – mai abbandonata dall'Inghilterra, che, pur aprendosi alla modernità, aveva conservato l'antico dualismo nella forma *common law/statute law*, rappresentandosi la Costituzione con la categoria antica del diritto non scritto – non era più disponibile: dopo la positivistica riduzione del diritto a una sola dimensione, la via della tradizione – che affondava le sue radici nel paradigma giuridico medievale – era stata interrotta e poi definitivamente preclusa dalla lacerazione dei totalitarismi.

Come afferma Norberto Bobbio recensendo il saggio di Pietro Piovani *Giusnaturalismo ed etica moderna*, «l'individuo, una volta entrato in scena colla sua pretesa di essere lui solo il responsabile delle proprie azioni», ha «le norme non dietro di sé come un freno o un limite, ma davanti a sé come una aspirazione o un'esigenza». L'antico dualismo del diritto, infranto definitivamente dalla modernità, che libera l'uomo dalla «cattiva etica»²⁴ del giusnaturalismo – tra le varie forme che assume il diritto, nota Gustavo Zagrebelsky, quello naturale è il più intriso di «violenza» perché «mette in campo valori, principi, regole che si vorrebbero sottrarre alla libera discussione ponendoli sotto l'egida di un feticcio che chiunque disponga del potere può brandire per i suoi fini»²⁵ – poteva essere ricostituito soltanto attraverso l'etica moderna della libertà.

L'unica via percorribile per il giurista del secondo dopoguerra era, dunque, quella di Ulisse e le sirene: chiedere al popolo sovrano, nel momento di sobrietà successivo alla guerra di liberazione dal nazifascismo, il consenso a farsi legare all'albero maestro di una costituzione rigida per evitare, in futuro, di cadere nuovamente vittima del canto seduttivo di nuove sirene. E tuttavia, come si è poc'anzi accennato, la Costituzione del 1948 non era, di per sé, sufficiente a sciogliere la contraddizione. Per recuperare la categoria premoderna dell'indisponibile non bastava una legalità *superiore*, che si limitasse ad aggiungere un gradino alla moderna piramide delle fonti, vincolando la legge ordinaria alla *legge costituzionale*; era necessaria una legalità *differente*.

Occorreva, cioè, vedere la Costituzione repubblicana non come una mera *lex superior*, ma come la reincarnazione, nell'unica forma allora possibile, della seconda dimensione del diritto, del *fine di giustizia* (ora rappresentato dalla *concordia discors* dei principi e dei valori della Costituzione) cui doveva tendere l'agire giuridico secondo l'insegnamento di Aristotele, che, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, una parte della cultura europea, anche giuridica, stava riscoprendo, proprio in seguito alla

²³ R. ANGELONI *et alii*, *Diritto naturale vigente*, Roma, Studium, 1951.

²⁴ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo ed etica moderna in un libro di Pietro Piovani* (1961), ora in P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., p. 158-159. Cattiva etica perché «legalistica», inficiata da «una inadeguata valutazione dell'uomo, delle sue capacità e possibilità, del suo destino e della sua storia».

²⁵ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, p. 14.

tragedia dei totalitarismi²⁶. Infatti, «al di là delle molteplici trasformazioni sociali che l'avevano preparata», quella tragedia era in parte «imputata all'atrofizzazione del giudizio nel mondo moderno, alla perdita della capacità di dare "misura" all'agire e di cogliere i principi e le ragioni della condotta umana»²⁷. Avendo ormai la religione perduto tale capacità, a causa del processo di secolarizzazione, ci si rivolse di nuovo «all'idea antica di una "filosofia pratica", cioè ad un discorso che non rinunciasse ad essere un sapere, ma fosse al tempo stesso valutativo, cioè capace di orientare la prassi»²⁸.

L'interpretazione della Costituzione come la via "postmoderna" per ristabilire l'antico dualismo del diritto era facilitata dalle caratteristiche della sua genesi storica. La Costituzione del 1948, infatti, non è «figlia di un "potere", o di un "soggetto", che esprima una "volontà", come il popolo sovrano della tradizione rousseauviana»²⁹, ma è il risultato di un momento costituente in cui forze politiche e spirituali ispirate a tradizioni culturali diverse (cattoliche, liberali, socialiste, comuniste), ma unite dalla comune lotta contro il fascismo, riuscirono a convergere intorno a un nucleo di valori condivisi.

Diversamente dalle Costituzioni dell'Ottocento, le Costituzioni pluralistiche del Novecento sono «*senza autore*, e dunque protette dal pericolo che qualcuno possa considerarle come cosa propria, di cui poter liberamente disporre»³⁰. E tuttavia, non potendo esse presentarsi come ricognizioni di un ordine già dato (divino, naturale, sociale...), e perciò sottratte, per loro natura propria, al potere dispositivo di qualsivoglia *auctoritas*, essendo il prodotto artificiale delle *volontà* e delle *ragioni* di uomini, seppur concepite in un momento della storia particolarmente denso com'è quello costituente, quelle Costituzioni possono davvero soddisfare l'esigenza del costituzionalismo di porre un limite al potere, ristabilendo l'antico dualismo del diritto, solo se riescono a vincere una scommessa che «sta tutta qui: nella capacità della Costituzione, posta come *lex*, di diventare *ius*»³¹.

Dopo una prima fase in cui la Costituzione viene vista come una *loi politique* rivolta al solo legislatore, conformemente alla cultura giuridica dell'epoca, ancora fortemente condizionata dal paradigma moderno, e che, perciò, non poteva riconoscere come autentico diritto – applicabile dal giudice e dall'amministrazione – un documento pieno di principi indeterminati, lo sguardo rivolto alla Costituzione comincia a mutare con la prima sentenza della Corte costituzionale, che respinge la dottrina delle norme programmatiche, e con il processo di rinnovamento culturale della magistratura italiana che approda al «punto di non ritorno»³² rappresentato dal congresso dell'Associazione

²⁶ Sulla riscoperta della tradizione aristotelica della filosofia pratica, maturata in ambito culturale tedesco, v. F. VOLPI, *La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità*, in *Il Mulino*, 6, 1986, p. 928-949.

²⁷ P.P. PORTINARO, *Potere, diritto e politica*, in P. Rossi e C.A. Viano (a cura di), *Storia della filosofia. Il Novecento*, vol. VI, t. 1, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 531.

²⁸ E. BERTI, *Filosofia pratica*, cit., p. 96.

²⁹ M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 153.

³⁰ M. FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., p. 152-153.

³¹ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit., p. 149.

³² E.B. LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia Repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2018, p. 73. Com'è noto, in

nazionale magistrati, tenuto nel 1965 a Gardone. Nella mozione finale, approvata all'unanimità, i giudici rifiutano la concezione «formalistica» dell'interpretazione, «indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese», attribuendo anche alla giurisdizione, e non solo alla legislazione, il compito di realizzare «l'indirizzo politico» della Costituzione³³.

Prende avvio, in quegli anni cruciali, una «trasformazione costituzionale» che sancisce la fine del vecchio stato legislativo di diritto, in cui il giudice guardava alla Costituzione non direttamente, «ma sempre e solo attraverso una legge che la integra, la interpreta, la realizza», e l'inizio del nuovo stato costituzionale di diritto che ha posto «la legislazione e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra ed entrambe di fronte alla Costituzione»³⁴. Come osserva opportunamente Maurizio Fioravanti, è un «grave errore sul piano storico»³⁵ considerare l'attuale Stato costituzionale come un mero perfezionamento dello Stato di diritto della tradizione e non invece come «una nuova forma politica»³⁶, «un vero e proprio nuovo assetto dei poteri» in cui il legislatore «non è più solo, e dunque in posizione di monopolio, di fronte alla Costituzione. Accanto a lui si pone in posizione ormai sostanzialmente equiordinata il giudice, che è ben altra figura rispetto a quanto voleva il modello della tradizione»³⁷.

Il «riorientamento gestaltico» nei confronti della Costituzione repubblicana – da documento politico a testo pienamente giuridico; da *lex superior* a reincarnazione della seconda dimensione del diritto – si conclude con la sentenza n. 1146 del 1988 che *istituisce, expressis verbis*, la nuova categoria dei principi supremi, già evocata in diverse pronunce degli anni Settanta. Con questo «performativo» – la cui «felicità»³⁸ (noi giuristi diremmo «validità») non dipende né da una legge superiore, secondo la teoria kelseniana della validità, né dalla volontà di potenza della Corte costituzionale, ma dal *consenso della cultura giuridica*, fondato su evidenti ragioni etico-politiche – la Corte ristabilisce, nell'unico modo oggi possibile, il salvifico dualismo tra *ius* e *lex*, tra *ratio* e *voluntas*.

seguito allo «scontro aperto con la Corte di cassazione», che si è consumato nel 1957 nel congresso dell'Anm di Napoli, la cui mozione si apre con la proclamazione dell'«assoluta parità» di tutti i magistrati, ponendo per la prima volta in minoranza la relazione dei dirigenti dell'associazione, i magistrati della Cassazione, arroccati «in una posizione di splendido isolamento», abbandonano l'Anm e si riuniscono in una nuova associazione, l'Unione dei magistrati italiani (UMI), che si scioglierà solo nel 1979 (ivi, p. 62-66).

³³ Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e commenti*, XII Congresso nazionale, Brescia-Gardone, 25-28 ottobre 1965, Roma, Arti grafiche Jassillo, 1966, pp. 309-310. Nella mozione, approvata per acclamazione dalle tre correnti, Magistratura Democratica, Magistratura Indipendente e Terzo Potere, si precisa che «il problema dell'indirizzo politico nell'ambito della funzione giurisdizionale non si pone, ovviamente, in termini di indirizzo politico contingente, che spetta alle forze politiche, titolari della funzione legislativa ed esecutiva, bensì in termini di tutela dell'indirizzo politico-costituzionale, in quanto la Costituzione ha codificato determinate scelte politiche fondamentali, imponendole a tutti i poteri dello Stato, ivi compreso quello giudiziario».

³⁴ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 13 e 17.

³⁵ Ivi, p. 19.

³⁶ M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 57.

³⁷ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 8 e 10.

³⁸ J.L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole* (1962), Genova, Marietti, 1987.

6. Il nuovo ruolo della giurisdizione tra fatti e valori, tra effettività e legittimità.

Con il ristabilimento del dualismo del diritto – reso possibile, lo ripetiamo, grazie al recupero, più o meno consapevole, della natura pratica del sapere giuridico – muta nuovamente la concezione dell’essere del diritto: non più cosa, “sostanza”, ma *relazione*, tra la legge (la prima dimensione del diritto) e i principi e i valori costituzionali (la seconda dimensione del diritto, il cui nucleo essenziale, identitario, è sottratto al potere dispositivo di qualsiasi *auctoritas*, nazionale e, con la c.d. “dottrina dei controlimiti”, sovranazionale). Con il recupero della natura pratica del sapere giuridico – il cui fine non consiste più nel conoscere “oggettivamente” dati normativi, secondo il metodo descrittivo e veritativo delle scienze teoretiche, ma nel tessere giuste relazioni tra enunciati normativi e principi, secondo il metodo costruttivo e progettuale delle scienze pratiche – e con il conseguente ritorno di un’ontologia relazionale, si pongono le premesse per ristabilire, dopo la lunga parentesi moderna, il legame della giurisdizione con il mondo dei fatti e dei valori.

Dopo il congresso di Gardone, in un periodo storico in cui «convivono, in contraddizione insanabile tra loro, da una parte la Costituzione repubblicana e dall’altra i codici fascisti», il legame tra la giurisdizione e il mondo dei fatti e dei valori è particolarmente enfatizzato dall’ala più progressista della magistratura italiana che – facendo propri schemi interpretativi di matrice marxista e denunciando l’«insopprimibile dimensione politica» dell’attività giudiziaria, «a causa delle inevitabili scelte valutative che necessariamente intervengono in ogni decisione giurisdizionale» – si attribuisce il compito di elaborare una «giurisprudenza “alternativa” rispetto alla tradizionale giurisprudenza di ispirazione autoritaria: una giurisprudenza non già più politicizzata ma politicizzata in senso diverso e contrario, cioè orientata non più alla difesa e al servizio dell’assetto capitalistico vigente bensì alla tutela degli spazi d’azione delle forze sociali d’opposizione e all’emancipazione delle classi subordinate»³⁹. Una giurisprudenza, si precisa, che «non vuol essere disapplicazione della legge né libera creazione di diritto, ma applicazione vincolata di un fondamentale precetto costituzionale; che non vuol dire negazione della legalità, ma solo del modo borghese di intendere la legalità come strumento esclusivo della classe dominante; che non si fonda su di un’arbitraria scelta di parte, ma sulla fedeltà a una scelta in favore delle classi subalterne già operata dalla Costituzione repubblicana»⁴⁰.

Quella giurisprudenza “alternativa”, che si presenta come «fedele alla nuova legalità» costituzionale, ha nel capoverso dell’articolo 3 della Costituzione la sua stella polare. Tale articolo, nell’imporre alla Repubblica – «e quindi anche ai giudici», secondo quanto già stabilito nella mozione di Gardone – «il compito di rimuovere quegli ostacoli che di fatto si oppongono all’attuazione dell’effettiva libertà e della sostanziale

³⁹ L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in P. Barcellona (a cura di), *L’uso alternativo del diritto*, I, Scienza giuridica e analisi marxista, Bari, Laterza, 1973, p. 108, 106 e 113.

⁴⁰ Ivi, p. 114-115.

uguaglianza di tutti i cittadini», spinge i giudici che si richiamano a quell'orientamento culturale a operare una netta e radicale soluzione di continuità rispetto alla tradizionale trascuratezza nei confronti della dimensione dell'effettività, fino a teorizzare il «capovolgimento del rapporto tra norma e fatto istituito per via di sussunzione»⁴¹. Nella nuova prospettiva, non è più la norma ma il fatto «ad essere assunto a oggetto primario e privilegiato di conoscenza, non più in segmenti frazionati e avulsi dal contesto come il formalismo postula e impone attraverso il filtro della rilevanza giuridica, bensì nella totalità dei suoi nessi e delle sue complesse e singolari determinazioni economico-materiali». Questa «rivoluzione copernicana» non sarebbe solo consentita, ma «imposta [...] dall'art. 3 cpv. della Costituzione: il quale, nel denunciare l'insufficienza dell'uguaglianza formale e di qualsiasi regolamentazione giuridica che prescinderebbe dalle concrete connotazioni economico-sociali della realtà, addita in un integrale recupero dell'effettività di tali connotazioni la strada da battere per sottrarsi alla logica deformante del formalismo e dell'astrattismo giuridico»⁴².

Sul versante penalistico, questo orientamento giurisprudenziale induce una parte della magistratura ad utilizzare lo strumento del processo e del diritto penale per tutelare determinati beni giuridici – costituzionalmente rilevanti, ma non ancora presidiati a livello legislativo – facendo leva su fattispecie incriminatrici concepite per proteggerne altri. Formalmente riconducibili al testo degli enunciati normativi (sottoposti, in certi casi, ad ardite spremiture lessicali, quando non a vere e proprie forzature), queste strategie interpretative – adottate anche in seguito e da giudici di diverse matrici culturali – più che violare la forma dell'incriminazione (la *littera legis*) – di cui si ha anzi cura di mostrare, in motivazione, il rispetto – ne alterano la sostanza, generando tipi criminosi non (ancora) previsti dalla legge e assistiti da corredi sanzionatori normalmente inadeguati perché tagliati sulla misura di altri tipi.

L'apertura della giurisdizione al mondo dei fatti e dei valori – che per la giurisprudenza alternativa degli anni Settanta si fondava su ragioni eminentemente politiche e ideologiche, pur ancorate al dato giuridico della nuova legalità costituzionale, che non consentiva più alla giurisdizione di rimanere chiusa all'interno del perimetro della vecchia legalità puramente legislativa, ma, anzi, ne imponeva la fuoriuscita – quell'apertura, si diceva, verrà affermata, a livello teorico e senza quelle vischiosità ideologiche, dall'ermeneutica giuridica, che comincia a farsi strada nella comunità scientifica italiana a partire dal decennio successivo. Concepita nell'ambiente culturale tedesco in seguito alla pubblicazione del saggio *Verità e metodo* di Gadamer, che si richiama esplicitamente alla tradizione aristotelica della filosofia pratica⁴³, l'ermeneutica fornisce una convincente giustificazione teorica del ruolo costitutivo che il contesto fattuale e valoriale esercita inevitabilmente nel processo di applicazione del diritto⁴⁴.

⁴¹ Ivi, p. 115, 114 e 117.

⁴² Ivi, p. 118.

⁴³ H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, Bompiani, 1983, p. 363 s.

⁴⁴ Sullo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna e sulla sua penetrazione in una parte della comunità penalistica italiana, v. M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, p. 1341-181, cui si rinvia per gli opportuni

Nella prospettiva ermeneutica, infatti, non si *conosce* propriamente il senso di un enunciato normativo, secondo il metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle scienze teoretiche, ma lo si *progetta*, muovendo dalla precomprensione del caso e in vista di una sua soluzione ragionevole e giusta, tale cioè da essere ritenuta adeguata alle peculiarità del fatto e conforme alla tavola costituzionale dei valori, dai «*partners ragionevoli*»⁴⁵ della comunità interpretativa cui si rivolge il giudice. In quest’ottica, il fatto non può più essere concepito come un fattore estrinseco al diritto, a tal punto irrilevante da essere affidato alle cure di un’altra scienza, la sociologia del diritto. Al contrario, il fatto è inteso come un ingrediente essenziale nel processo di comprensione e di definizione del diritto, i cui contorni semantici non sono fissati in astratto e una volta per tutte dal legislatore, ma vengono ridisegnati dal giudice – avvalendosi dell’apporto conoscitivo della dialettica processuale – alla luce del fatto e dei valori costituzionali che, a loro volta, acquistano significato nel corso dei procedimenti applicativi in cui sono richiamati dagli interpreti.

Se al momento applicativo si riconosce un ruolo fondamentale nel processo di «positivizzazione» del diritto⁴⁶, allora i prodotti dell’attività giurisdizionale non possono più essere concepiti come mere interpretazioni (nel senso moderno e riduttivo di interpretazione), ma vanno intesi come aspetti rilevanti e significativi della vita del diritto, di cui la scienza penalistica non può non tener conto nell’elaborazione delle sue categorie ordinanti.

7. La nuova legalità.

In questa prospettiva, la dimensione dell’effettività (della *law in action*, direbbero i realisti americani) non solo non può più essere trascurata dalla scienza penalistica, pena una visione decurtata e falsante del proprio oggetto di studio, ma va intesa come un aspetto fondamentale della nuova legalità generata dal processo di trasformazione costituzionale, il quale, come si è visto, attraverso l’esperienza del giudizio di costituzionalità (e, in particolare, dell’interpretazione conforme) ha finito per riscoprire la natura pratica del sapere giuridico, ristabilendo, in vesti necessariamente rinnovate, l’antico e salvifico dualismo del diritto.

Se, coerentemente con il metodo descrittivo e veritativo delle scienze teoretiche, la vecchia legalità (legislativa) era misura della *corrispondenza* dell’atto (sentenza o provvedimento amministrativo) alla “cosa” legge (che, nell’ambito di una visione monistica del diritto, esaurisce l’intera dimensione del giuridico), la nuova legalità

riferimenti bibliografici. In generale, sui vari aspetti dell’ermeneutica giuridica, v. la raccolta di saggi del principale esponente dell’ermeneutica giuridica italiana, G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

⁴⁵ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), Napoli, Esi, 1983, p. 18-20.

⁴⁶ G. ZACCARIA, *Sul concetto di positività del diritto*, in Id. (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 329-358.

(costituzionale) è misura della *conformità* dell'atto al *diritto* (nella sua duplice dimensione di *auctoritas* e *ratio*, di regola legislativa e di principi costituzionali), nel significato che gli è dato dalla diffusa e incessante pratica interpretativa della giurisdizione e dell'amministrazione. Tale pratica consente al diritto – sotto il controllo, *ex ante* ed *ex post*, della comunità interpretativa – di evolvere conformemente alle specificità e alle esigenze dei fatti che di volta in volta si trova ad intercettare e alle categorie culturali di senso e di valore che vigono nei differenti contesti applicativi. In altre parole, mentre la modernità aveva ridotto l'intero orizzonte assiologico della legalità alle sole e sovrane scelte valutative del legislatore e l'aveva isolata dal mondo dei fatti, la nuova legalità assorbe in sé sia la dimensione della *legittimità* (che rinvia ai valori fondativi e identitari della pratica giuridica, sui quali si fonda il consenso sociale che regge l'ordinamento giuridico) sia la dimensione dell'*effettività* (che rinvia alla concreta esperienza giuridica, ai significati che gli enunciati normativi assumono a contatto con i multiformi e cangianti fatti della vita).

Muta, così, la natura della legalità: non più descrittiva e veritativa, ma teleologica e progettuale. Mentre, come si è visto, nell'ottica della legalità legislativa l'atto (giurisdizionale o amministrativo), per essere legale, doveva *corrispondere* perfettamente alla "cosa" legge (secondo l'ontologia "oggettualistica" conseguente all'adozione del metodo veritativo delle scienze teoretiche), nella prospettiva della nuova legalità costituzionale, l'atto, per essere legale, deve *tendere a un risultato*⁴⁷. Per il diritto, che è oggetto di un sapere pratico orientato verso il giusto (*eupraxia* è il fine delle scienze pratiche per Aristotele), questo *risultato* va inteso in termini di giustizia, che significa, lo ripetiamo, adeguamento della sentenza alla specificità dei fatti e ai valori costituzionali, come interpretati dalla legge – che non è più la manifestazione di una volontà sovrana, ma il risultato di un'attività interpretativa (della Costituzione, come interpretata dalla Corte costituzionale, del diritto europeo, come interpretato dalla Corte di giustizia, della Convenzione europea, come interpretata dalla Corte di Strasburgo) – e dalle altre *auctoritates* legittime, tra cui quella giurisprudenziale⁴⁸.

⁴⁷ Questa metamorfosi della legalità – da misura della corrispondenza dell'atto alla "cosa" legge, a misura della conformità dell'atto al fine di giustizia – è al cuore del nuovo paradigma scientifico che va sotto il nome, significativo, di «amministrazione di risultato» (v. in merito, M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., p. 424-426). Mentre nell'ottica della vecchia legalità la legittimazione dell'amministrazione era concepita come corrispondenza formale dell'atto al tipo legislativo – nel presupposto «che il mero rispetto della legge [fosse] garanzia di risultato» – nella prospettiva della nuova legalità costituzionale la legittimazione viene dalla (giusta) realizzazione del fine di interesse pubblico, dall'«agire bene» (*eupráttein*), come nota significativamente, in un parere, il Consiglio di Stato: «Per dirla in termini metaforici, un tempo agire legittimamente significava agire bene, oggi si può pensare che agire bene significhi agire legittimamente» (Cons. St., sez. consultiva per gli atti normativi, 9 giugno 2009, n. 1943/09, parere sullo schema di decreto legislativo di attuazione dell'art. 4 l. 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici, p. 5-6).

⁴⁸ A questo proposito, Francesco Palazzo nota come la pratica diffusa dell'interpretazione conforme (alla Costituzione e al diritto europeo) – che, a partire dalla sent. 356/1996 della Corte costituzionale, è posta formalmente a carico del giudice comune a pena di inammissibilità – abbia realizzato «una sorta di rivoluzione copernicana sul piano della metodologia interpretativa»: interpretare «in conformità ad altra norma prevalente [...] significa che il procedimento interpretativo non è più incanalato, guidato, disciplinato

Questa legalità *ibrida* (perché non si riferisce più solo alla legge in astratto – la legalità *pura* dei moderni – ma alla legge come vive nella concreta interpretazione giurisprudenziale, nonché alla Costituzione e alle fonti sovranazionali) è la stessa che ispira la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁹.

Per i giudici di Strasburgo, infatti, ad integrare il parametro di legalità cui deve conformarsi la sentenza del giudice penale non è il solo testo legislativo, ma la legge nel significato che le è conferito dall'interpretazione delle corti e in quanto conforme ai principi e ai valori della Convenzione, quali risultano, a loro volta, dall'interpretazione della Corte stessa. In questa prospettiva, la conoscibilità della legge (e, quindi, nel lessico europeo, la «ragionevole prevedibilità» delle conseguenze penali della condotta) sono garantite, in ultima istanza, dall'esistenza di una pratica interpretativa chiara, stabile e condivisa. Per 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*»⁵⁰. 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*

e limitato da regole *modali* interpretative», secondo l'«impostazione metodologica sottesa all'art. 12 disp. prel. e ancora in gran parte dominante»; significa, «invece, che il procedimento interpretativo deve essere orientato al raggiungimento di un *risultato* interpretativo, che diviene la bussola dell'attività ermeneutica a prescindere dalle regole, dagli strumenti, dagli "argomenti" tradizionalmente facenti parte dell'armamentario tecnico dell'interprete» (F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea*, in *Ars interpretandi*, 2/2016, p. 87-88).

⁴⁹ Lo stesso non può dirsi della nostra Corte costituzionale che, pur attribuendo una qualche rilevanza al diritto giurisprudenziale (attraverso le categorie del «diritto vivente» e dell'interpretazione tassativizzante, idonea a sanare l'indeterminatezza in astratto della legge), è ancora in parte condizionata da una visione tradizionale del ruolo della giurisdizione che le impedisce di trarre tutte le dovute conseguenze dalla trasformazione costituzionale di cui si è detto. Emblematiche, in tal senso, sono la sentenza 230 del 2012 (su cui, v. M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica*, cit., p. 168-174) e la più recente 115/2018, che, facendo propria una visione tradizionale dell'interpretazione («nei paesi di tradizione continentale [...] l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo»), pare voler mettere in discussione il suo orientamento, da tempo consolidato, circa la funzione tassativizzante dell'interpretazione dei giudici, orientamento attraverso il quale la Corte, dopo una prima fase in cui valutava in astratto la determinatezza delle fattispecie incriminatrici, riusciva a salvare l'enunciato legislativo dalla censura di indeterminatezza (v., in proposito, i rilievi critici di M. DONINI, [Lettura critica di Corte cost. n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 11 luglio 2018). Tale sensazione risulta rafforzata, *a contrario*, dalla successiva sentenza 24 del 2019 in materia di misure di prevenzione, nella parte in cui si afferma che «allorché si versi – come nelle questioni ora all'esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione».

⁵⁰ Sentenza 22 novembre 1995, S.W. c. Regno Unito, § 36.

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*»⁵¹.

In questa visione pragmatica del fenomeno giuridico, in cui la dimensione dell'effettività è costitutiva della legalità, diventa di primaria importanza l'esistenza di una giurisprudenza tendenzialmente stabile e uniforme. Diversamente, e cioè in presenza di una giurisprudenza instabile e contraddittoria, il principio di legalità è violato: secondo la Corte europea, una sentenza di condanna che fosse pronunciata sulla base di una *law in action* così viziata sarebbe illegale⁵², e ciò anche se, in ipotesi, il testo dell'enunciato normativo appariva in astratto sufficientemente preciso e determinato. Infatti, a contatto con i differenti contesti applicativi in cui è coinvolto, un testo che appare chiaro e univoco nell'astrattezza e staticità della sua lettera, può generare interpretazioni contrastanti e assumere, col tempo, nuovi significati imprevedibili al momento della sua approvazione. La visibilità dell'interpretazione giurisprudenziale è direttamente proporzionale, da un lato, alla complessità e al dinamismo della realtà e, dall'altro lato, al pluralismo assiologico e al multiculturalismo della società che si riflette nell'eterogeneità delle precomprensioni di coloro che applicano il diritto.

8. Il precedente: ragioni e significato di un vincolo relativo.

Questa vitalità del testo, che ha il pregio di adeguarsi alla complessità della realtà e di stare al passo con i suoi mutamenti, deve però essere governata se non si vuole che il dinamismo e la plasticità dei testi compromettano quell'esigenza di conoscibilità del diritto che nel settore penalistico è di fondamentale importanza.

Uno strumento imprescindibile di governo del formante giurisprudenziale è rappresentato dalla valorizzazione del precedente giudiziale, il cui ruolo cruciale, in un ambiente giuridico sempre più complesso e osservato con gli occhiali della nuova legalità, non consente più di attribuirgli una mera autorità di fatto o persuasiva, secondo formule tralatizie – incessantemente riproposte – che traevano origine da un contesto culturale dominato dalla mitologia della legge e da coordinate teoriche ormai superate⁵³.

⁵¹ Sentenza 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, § 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).

⁵² V., in proposito, la sentenza *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015, in tema di concorso esterno in associazione mafiosa.

⁵³ L'Autore che, nella comunità penalistica italiana, ha sottolineato per primo, con particolare enfasi, l'importanza di una valorizzazione del precedente, con un approccio al fenomeno giuridico attento alla dimensione della *law in action*, è A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1999 (II ed., aggiornata, 2014).

Forte delle sue conoscenze storiche e comparatistiche, che gli consentivano di superare i robusti ostacoli epistemologici del paradigma moderno, allora ancora egemonico, Gino Gorla, fin dagli anni Settanta del secolo scorso, osservava che «l'autorità della giurisprudenza della Corte di cassazione non è un'autorità meramente "morale" o "di fatto", come sostiene l'opinione dominante; ma è un'autorità riconosciuta in un certo modo dal nostro ordinamento giuridico al fine di realizzare, nei limiti del possibile, il principio della uniforme interpretazione della legge, un principio che fa parte integrante del nostro ordinamento, in quanto ne dipendono la certezza del diritto e l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge»⁵⁴.

Il rispetto del precedente del giudice che ha il compito istituzionale di assicurare l'uniforme interpretazione della legge è quindi un vero e proprio «dovere giuridico»⁵⁵ che si fonda su due principi di rango costituzionale: il principio di eguaglianza, che impone di trattare allo stesso modo casi simili, e il principio della ragionevole prevedibilità delle decisioni, che è una proiezione del principio della libertà di autodeterminazione ricavabile dall'art. 13 della Costituzione.

Dovere giuridico di rispettare il precedente non significa, però, dovere assoluto. A ciò si oppone, oltre al valore dell'indipendenza del singolo giudice, tutelato dall'art. 101 della Costituzione (che, tuttavia, deve essere bilanciato con i due principi costituzionali sopra richiamati e riletto alla luce della trasformazione costituzionale avviata negli anni Sessanta del secolo scorso)⁵⁶, la storicità del diritto, che deve sapersi adeguare ai mutamenti dei contesti fattuali, sociali e culturali. Le ragioni della stabilità, che spingono verso il rispetto del precedente, devono quindi conciliarsi con le opposte ragioni del mutamento, ragioni che devono essere *gravi e ben motivate*, perché nel diritto penale l'esigenza della stabilità è fondamentale.

A ben vedere, un dovere assoluto di rispettare il precedente non sussiste neppure nell'ipotesi in cui il giudice non condivida, per gravi e importanti ragioni, un precedente favorevole all'imputato. In questo caso – pur non potendosi applicare al fatto la nuova interpretazione sfavorevole, pena la violazione del principio costituzionale di irretroattività della legge penale, che, nell'ottica della nuova legalità, va esteso anche all'*overruling* giurisprudenziale – il giudice potrà sempre, in motivazione, esporre le sue contrarie ragioni. Se ritenute convincenti, esse potranno eventualmente indurre la Cassazione a modificare il proprio precedente, che potrà applicarsi solo ai fatti accaduti dopo l'*overruling*. Non solo. Qualora l'interpretazione sfavorevole del giudice sia «coerente con la sostanza dell'incriminazione»⁵⁷ (cioè con il tipo criminoso) e sia

⁵⁴ G. GORLA, *Postilla su «L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»*, in *Il Foro italiano*, 1976, V, c. 127.

⁵⁵ G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma, Treccani, 1991, p. 4.

⁵⁶ In un intervento al convegno di Senigallia in memoria del giudice Emilio Alessandrini (9-11 novembre 1979), Alessandro Pizzorusso notava come, in seguito ai cambiamenti intervenuti «in questi ultimi decenni», «per "legge", nell'art. 101, secondo comma, della Costituzione, non si intende tanto l'atto approvato dal parlamento [...], ma si intende piuttosto tutto ciò che nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano costituisce "diritto"» (A. PIZZORUSSO, *Intervento*, in *Giustizia e costituzione*, 3-4, 1980, p. 184).

⁵⁷ La formula è costantemente riaffermata dalla Corte. V., ad esempio, la sentenza 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, § 43 e la sentenza della Grande Chambre del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 101.

ragionevolmente prevedibile (per effetto, ad esempio, del mutamento del contesto culturale e del «cotesto»⁵⁸ giuridico), la “nuova” interpretazione, secondo la Corte europea, può applicarsi anche al caso di specie⁵⁹.

In particolare, il criterio della coerenza con la sostanza dell’incriminazione può rappresentare uno strumento pragmaticamente più efficace del richiamo alla lettera della legge (che, per sua natura, è un argine fragile ed equivoco)⁶⁰ per impedire operazioni ermeneutiche, come quelle della giurisprudenza alternativa degli anni Settanta, dirette a tutelare beni giuridici di cui il giudice avverte il bisogno – costituzionalmente giustificabile – di una tutela penale al momento assente. È evidente che l’efficacia di tale strumento dipende in buona parte dal *self restraint* del giudice e, soprattutto, dalla disponibilità del legislatore a colmare – in tempi ragionevolmente rapidi – inaccettabili vuoti o carenze di tutela. In mancanza, la tentazione di supplire all’inerzia legislativa, attuando l’indirizzo politico della Costituzione anche attraverso la leva penale, può essere irresistibile, com’è avvenuto in passato su vari fronti, come

⁵⁸ Con il termine “cotesto” intendo fare riferimento all’intero *corpus iuris*, all’ambiente testuale in cui il testo immediatamente rilevante per la soluzione del caso è inserito. Come chiarisce C. SEGRE, *Co-text and Context*, in Th. A. Sebeok (a cura di), *Encyclopedic Dictionary of Semiotics*, vol. I, Berlin, Mouton, 1986, p. 151, la nozione di “co-testo” si riferisce al «verbal environment» per distinguerla dal «situational environment» (contesto). L’adozione del termine co-testo «stresses the distinction between those elements which are intrinsically textual (or intratextual) and extratextual elements: the latter being proper to extensional semantics (possible worlds, etc.) and to pragmatics (production, reception, interpretation of the text)».

⁵⁹ V. in proposito, la già richiamata sentenza 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, che costituisce il *leading case* in materia di *overruling* giurisprudenziali *in malam partem*. Questo test elaborato dalla Corte europea (coerenza con la «sostanza dell’incriminazione» e «ragionevole prevedibilità» del risultato dell’interpretazione) potrebbe anche applicarsi alle ipotesi che i giuristi medievali riconducevano al «*casus novus*»: se non ragionevolmente prevedibile – e a patto che sia coerente con il tipo criminoso espresso dalla fattispecie normativa – la decisione adottata in presenza di un caso nuovo, dovuto al progresso tecnologico e scientifico, non potrà applicarsi al caso di specie, ma potrà, semmai, costituire un precedente per eventuali casi futuri.

⁶⁰ In un breve ma denso (e profetico) contributo pubblicato nel 1946, Pietro Nuvolone invitava la scienza penalistica del secondo dopoguerra a «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». Confidando nell’influsso benefico della cultura giuridica anglosassone, «che è contraria alle formule rigide, al legalismo, ed è dominato dal grande principio dell’equità» (il momento «essenziale della vita giuridica, per gli anglosassoni, è quello dell’*applicazione* del diritto»), Nuvolone si augurava che la scienza del diritto si orientasse «verso la ricerca di categorie logiche sostanziali, altrettanto certe, se pur più difficili a scoprire, di quelle formali» (P. NUVOLONE, *Il momento penale*, in *Archivio penale*, II, 1, 1946, p. 280, 278-279, 281). L’attore giuridico che più convintamente e coerentemente ha fatto proprio l’auspicio di Nuvolone è la Corte europea dei diritti dell’uomo, il cui strumentario giuridico è ricco di categorie sostanziali, quali, appunto, il criterio della «coerenza con la sostanza dell’incriminazione» e le categorie di «legge», di «legalità» e di «materia penale». Si è proposto di ripensare il moderno divieto di analogia, facendo leva sulla categoria sostanziale del «tipo criminoso», nel saggio *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011. In questa prospettiva, v. anche F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 2007, p. 1279-1329: «Il concetto di “sostanza dell’incriminazione” sembra essere molto prossimo a quell’idea di “tipo criminoso” in cui si sostanzia e si esprime l’omogeneo contenuto di disvalore del reato, e che costituisce il reale asse portante del divieto di analogia (fondamento del limite interpretativo e criterio della sua praticabilità)» (p. 1321).

quelli, ad esempio, della tutela dell'ambiente e della salute. Ecco perché è apprezzabile, anche sotto questo profilo, un ulteriore aspetto della giurisprudenza europea: quello che, ponendo fine all'ultimo arbitrio del legislatore – «l'arbitrio del non punire»⁶¹ – ricava da taluni diritti fondamentali protetti dalla Convenzione degli obblighi di incriminazione a carico del legislatore statale, che, adempiendoli con sollecitudine, fa venir meno le ragioni della supplenza per via giudiziaria.

9. Cultura del precedente ed effettività del vincolo.

Le due diverse posizioni teoriche sopra ricordate circa la natura dell'autorità del precedente (solo morale e persuasiva oppure giuridica e vincolante, nel senso precisato) sembrano incontrarsi a livello pratico: entrambe, infatti, esigono dal giudice che si discosta da un precedente autorevole o da una giurisprudenza consolidata che motivi adeguatamente le ragioni del cambiamento. E tuttavia, proprio per quelle diverse radici teoriche, le conseguenze pratiche non sono del tutto coincidenti.

Innanzitutto, sostenere che il rispetto del precedente è un dovere giuridico (seppur relativo, come si è visto) significa porre il valore della cultura del precedente su fondamenta più solide, secondo l'auspicio di un grande presidente della Corte di Cassazione, Zucconi Galli Fonseca, che, in una famosa lettera indirizzata il 13 giugno 1994 a tutti i presidenti e consiglieri della Corte, riteneva «della massima importanza il rafforzamento della cultura e della cura formale del precedente, ancora carente nella nostra prassi»⁶².

In secondo luogo, se si riconosce nel rispetto del precedente un dovere giuridico a carico del singolo magistrato – che deve essere responsabilizzato circa il «significato istituzionale della funzione giurisdizionale», rifuggendo da ogni «lettura eccessivamente individualistica del rapporto giudice-legge»⁶³ – si pongono le premesse per configurare una qualche forma di responsabilità disciplinare e/o civile a carico del giudice che si discosti da un precedente autorevole e consolidato senza esporre, in motivazione, le ragioni che lo spingono a dissentire.

⁶¹ F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, p. 2645-2704. Com'è noto, questo aspetto non è (ancora) condiviso dalla nostra Corte costituzionale, che mostra, anche sotto questo profilo, di essere ancora fortemente condizionata – come, del resto, la gran parte della comunità scientifica italiana – dalla cornice teorica e mitologica del paradigma penale moderno.

⁶² La lettera, di grande interesse e lucidità, si può leggere in A. ESPOSITO – G. ROMEO, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Padova, Cedam, 1995, p. 40-50. In quel documento si denunciava la grave patologia dei contrasti giurisprudenziali in seno alla Corte, spesso inconsapevoli o «puramente tecnico-giuridici, svincolati da substrati ideali o sociologici» (p. 44), e, ancora più grave, la perdita di autorevolezza delle Sezioni unite, le cui decisioni venivano spesso smentite dalle sezioni semplici senza far uso della facoltà, loro concessa dall'art. 618 del nuovo codice, di rimettere la questione alle Sezioni unite in caso di dissenso.

⁶³ Così V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 1988, p. 1576.

Mostrando che i tempi sono ormai maturi per andare in questa direzione⁶⁴, le Sezioni unite, con una recente sentenza in tema di responsabilità civile dello Stato per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, dopo aver precisato che «il discostarsi dal precedente [...], anche se dotato dell'autorevolezza di una pronuncia a Sezioni unite, non può costituire – di per sé – fonte di responsabilità civile», hanno stabilito l'importante principio secondo cui, «in un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione non in linea con i precedenti non può essere di per sé gratuita, né immotivata, né immediata», ma deve essere «frutto di scelta (interpretativa) consapevole e riconoscibile come tale». Pur concedendo che ciò può avvenire anche senza un'esplicita motivazione, la Corte riconosce, però, che la scelta interpretativa del giudice è «più facilmente» comprensibile «se esplicitata all'esterno a mezzo di motivazione»: «oltre a rendere più persuasiva la decisione, la motivazione rende anche palese che la decisione è frutto di una scelta (interpretativa) consapevole e, in quanto tale, sottratta all'area della responsabilità civile»⁶⁵.

10. Il rafforzamento delle Sezioni unite e il ruolo della cultura giuridica.

Certo, perché il dovere giuridico di rispettare il precedente possa essere effettivo occorre che un precedente autorevole e stabile vi sia o vi possa essere.

Questo è uno dei problemi fondamentali che pone la nuova legalità – per bocca soprattutto della Corte di Strasburgo – a tutti gli attori della scena giuridica italiana. Ogni tentativo di soluzione non può non passare attraverso il potenziamento dell'autorità e dell'autorevolezza della Corte di cassazione che, oggi, non suscita più l'ostilità e le diffidenze di un tempo, quando la sua giurisprudenza autoritaria e conservatrice, culturalmente chiusa ai nuovi valori della Costituzione repubblicana, aveva spinto una parte della magistratura a coltivare polemicamente una giurisprudenza alternativa, ispirandosi alla nuova legalità costituzionale.

⁶⁴ Nella lettera che già si è avuto modo di ricordare, il primo presidente della Corte prendeva espressamente in esame l'ipotesi di un illecito disciplinare a carico dei giudici della Corte che non si avvalsero della facoltà di rimettere il ricorso alle Sezioni unite in caso di dissenso, ma non la riteneva, all'epoca, praticabile: «Ciò sarebbe possibile solo se nella coscienza collettiva del corpo della Magistratura italiana si pervenisse a concepire senza incertezze che appartiene alla deontologia professionale dei magistrati della Corte di cassazione concorrere alla formazione di una giurisprudenza coerente, in particolare non vulnerando la funzione delle Sezioni unite, che della difesa di quella coerenza sono investite» (p. 46).

⁶⁵ Sezioni Unite Civili, 3 maggio 2019, n. 11747, § 13.12, 13.14 e 14.1. Quanto al profilo della responsabilità disciplinare, un altro grande primo presidente emerito della Corte di cassazione, Ernesto Lupo, osserva, in una recente comunicazione presentata al Seminario di studi sul tema «Indipendenza della magistratura oggi», svoltosi l'8 dicembre 2019 nell'Università Statale di Milano, che essa può configurarsi in relazione all'ipotesi dell'art. 2, c. 1, lett. a, del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, secondo cui costituiscono illecito disciplinare funzionale «i comportamenti che, violando i doveri di cui all'art. 1» (tra i quali è compreso quello di diligenza) «arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti» (p. 11 del testo della relazione gentilmente trasmesso dall'Autore).

Per la natura di «vertice ambiguo»⁶⁶ della nostra Corte di cassazione, che è chiamata a pronunciarsi su una quantità di ricorsi assolutamente incompatibile con la funzione di una corte del precedente, il compito di assicurare la tendenziale uniformità e stabilità della giurisprudenza può essere effettivamente svolto – *rebus sic stantibus* – soltanto dalle Sezioni unite. È precisamente in quest’ottica che si è mosso opportunamente il legislatore, aggiungendo, con la legge 23 giugno 2017 n. 103, un nuovo comma all’art. 618 che introduce l’obbligo a carico della sezione semplice, che non condivida il principio di diritto affermato in precedenza dalle Sezioni unite, di rimettere a queste ultime la decisione del ricorso⁶⁷.

Com’è noto, quest’obbligo era previsto già nell’art. 610-*bis* del progetto definitivo del nuovo codice di procedura penale, sulla base del duplice rilievo che «viene meno l’effettiva eguaglianza davanti alla legge se nella sede giudiziaria situazioni uguali ricevono trattamenti diversi» e che «il contrasto tra le decisioni della Corte elude inoltre la richiesta di certezza, che in materia penale è ancor più pressante e si ricollega al principio di stretta legalità, con il suo corollario di tassatività, che non consente di ritenere di volta in volta penalmente lecito o illecito lo stesso fatto o di ravvisare in esso reati diversi di ineguale gravità»⁶⁸. La formula del progetto non fu però mantenuta perché si temette che la disposizione venisse a porre, «per la prima volta nel nostro ordinamento, il vincolo sia pure tendenziale e corretto, del precedente»⁶⁹ («timore infondato», osservava giustamente Zucconi Galli Fonseca in quella lettera del 1994, «poiché non si trattava di obbligare alla conformità, ma semmai di riservare alle Sezioni unite la revisione della propria giurisprudenza risolutrice di contrasti»⁷⁰).

Allora, i tempi non erano ancora maturi e quella formula, che ora appare a molti condivisibile e opportuna, non riuscì a superare gli ostacoli culturali che le impedivano di realizzarsi.

Il diritto, nella sua struttura portante, non si trova nei codici, nelle leggi e nemmeno nelle costituzioni, ma nella cultura giuridica che li ispira e che conferisce a

⁶⁶ M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991.

⁶⁷ In coerenza con quanto affermato circa la responsabilità civile e/o disciplinare del giudice che non esplicita i motivi del dissenso rispetto a un precedente consolidato, a una soluzione analoga si deve pervenire anche in caso di inosservanza dell’obbligo di rimessione di cui al nuovo comma 1-*bis* dell’art. 618 (così Ernesto Lupo che, nella relazione sopra citata, osserva come tale conclusione si giustifica anche in relazione ai vincoli che derivano dalla Convenzione europea: se, secondo la Corte di Strasburgo, i contrasti giurisprudenziali all’interno della Corte di cassazione comportano la violazione della regola del processo equo di cui all’art. 6 della Convenzione e, nella materia penale, anche della legalità della pena (art. 7), «consegue che la decisione dissenziente dal principio di diritto delle Sezioni unite [...] non costituisce soltanto inosservanza delle norme dei nostri codici, ma può essere fonte di responsabilità dello Stato per violazione della Cedu, che la parte interessata può far valere davanti alla apposita Corte europea» (p. 13 della relazione).

⁶⁸ Relazione al testo definitivo del c.p.p., in *Gazzetta Ufficiale*, 24.10.1988, suppl. ord. n. 2, p. 200.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Lettera*, cit., p. 42. In un articolato commento al nuovo comma 1-*bis* dell’art. 618 c.p.p., Giorgio Fidelbo precisa, opportunamente, che «l’obbligatorietà della remissione non deve essere intesa come una limitazione all’interpretazione ovvero come un meccanismo burocratico tra sezioni della Corte di cassazione, bensì come un momento di dialogo paritario tra sezioni della Corte di cassazione nella costruzione, condivisa, del precedente» (G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l’esperienza della Cassazione penale*, in *Questione giustizia*, 4/2018, p. 142).

quei testi significato, facendo loro vivere, in molti casi, vite non previste e non prevedibili al momento della nascita. Perché quella trasformazione costituzionale avviata alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso – che, come si è visto, ha posto accanto al legislatore (l'antico padrone del diritto) «in posizione ormai sostanzialmente equiordinata, il giudice»⁷¹, attribuendogli compiti inediti e gravandolo di responsabilità gravissime – possa giungere al suo pieno compimento, trovando gli opportuni assetti e gli equilibri necessari e riuscendo a garantire una soddisfacente tutela dei diritti, occorre, innanzitutto, che il rinnovamento culturale all'origine di quella trasformazione si consolidi e si estenda a tutti gli attori della scena giuridica, diventando patrimonio comune e avviando così una nuova fase di «scienza normale»⁷².

Per raggiungere questo difficile ma non più rinviabile obiettivo – difficile perché coinvolge gli strati più profondi della cultura del giurista, a lungo condizionato dalla cornice teorica e mitologica del paradigma giuridico moderno – il ruolo del giurista di cattedra, nella sua duplice veste di uomo di scienza e di insegnante, è assolutamente fondamentale.

⁷¹ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 10.

⁷² Secondo la teoria delle rivoluzioni scientifiche di Thomas Kuhn, la fase della «scienza normale» è quella che si apre dopo un periodo rivoluzionario con l'affermazione di un dato paradigma. Essa si occupa, essenzialmente, 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» (T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (II ed., 1970), Torino, Einaudi, 1999, p. 44).