

# SP

SISTEMA  
PENALE

FASCICOLO

12/2022

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## LEGALITÀ PENALE E NOMOFILACHIA

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Legalità, osservanza, ermeneutiche del diritto e del fatto. – 2. Problemi del rapporto giudice-legge. – 3. La custodia della razionalità del giudizio. – 4. Legalità e discrezionalità nelle risposte al reato. – 5. La nomofilachia, ultima spiaggia.

### 1. Legalità, osservanza, ermeneutiche del diritto e del fatto.

**1.1.** Problemi ‘normativi’, concernenti la legalità (senza aggettivi), si pongono a tutti nella vita quotidiana; non solo ad interpreti professionali (giuristi e giudici). Per una riflessione sui problemi della legalità penalistica, l’usuale impostazione centrata sul rapporto fra legge e giudice coglie un aspetto importante, ma non la radice di problemi che riguardano innanzi tutto i destinatari dei precetti legali, tenuti all’osservanza e interessati alla protezione legale<sup>1</sup>.

La formulazione di norme penali deve rendere possibile, per i destinatari dei precetti, la conoscenza dei precetti, strumentale al dovere d’osservanza. *“Lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato”*: così Corte Cost. n. 364/1988, la storica sentenza che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale parziale dell’art. 5 cod. pen., nella parte in cui escludeva la possibilità di invocare a scusa l’errore *inevitabile* sulla legge penale. La riconoscibilità dell’illecito è condizione della soggettiva colpevolezza, *“secondo aspetto del principio di legalità”*. A questa esigenza risponde il *topos* della *prevedibilità*, contrassegno della legalità penalistica nella giurisprudenza della Corte EDU.

La custodia del *nomos* – compito di tutti i giudici nelle aule di giustizia – si lega al giudizio su fatti concreti. La funzione del giudice, ha scritto Hannah Arendt<sup>2</sup>, è uno fra gli *“importanti modi esistenziali di dire la verità”*, accanto all’attività del filosofo, dello scienziato, dell’artista, si lega dello storico, di chi indaga sui fatti, del testimone e del cronista. Queste attività hanno a che fare con il dispotismo e la *fastidiosa contingenza* di verità fattuali che per la politica rappresentano un limite indisponibile, *“al di là dell’accordo e del consenso”*.

---

<sup>1</sup> *“Forse è giunto il tempo di cominciare a costruire il diritto anche dalla parte di quelli che la tradizione ha chiamato, con implicito dispregio, i destinatari del comando”*: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 74.

<sup>2</sup> H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino, 2004. Citazioni da pp. 72, 47, 50.

La giurisdizione è esercizio di potere. Il giudice pronuncia decisioni la cui efficacia è indipendente dalla correttezza contenutistica. Anche l'astratta interpretazione di legge, quando è operata da un giudice nel processo, è esercizio di potere.

Come ha osservato Gadamer nel testo classico dell'ermeneutica filosofica, il giudice è sottoposto alla legge come ogni altro membro della comunità. Il giudizio del giudice nasce da una giusta valutazione dell'insieme, che è (dovrebbe essere) possibile per chiunque disponga della conoscenza degli elementi rilevanti<sup>3</sup>.

Con riguardo all'interpretazione di testi in genere, Umberto Eco ha scritto che *"bisogna iniziare ogni discorso sulla libertà di interpretazione da una difesa del senso letterale.... Spesso i testi dicono più di quello che il loro autore intendeva dire, ma meno di quello che molti lettori incontinenti vorrebbero che dicessero"*<sup>4</sup>. Anche per l'approccio ermeneutico è *"fuori discussione che esistono fatti indipendentemente dall'interpretazione"*, e che *"c'è una verità e un'erroneità dell'interpretazione e nell'interpretazione"*<sup>5</sup>. L'interpretazione è un'impresa conoscitiva (di *comprensione*<sup>6</sup>) che (anche per l'approccio ermeneutico) ha a che fare con questioni di *verità*.

La ricostruzione dei fatti pone problemi che non si esauriscono nell'accertamento di dati materiali, *'fatti bruti'* (per es.: quali parole l'imputato ha pronunciato?). *"Accade spesso che i fatti dell'esperienza quotidiana, ed in particolare i fatti di cui si tratta in un processo, siano istituzionali o socialmente costruiti, benché siano spesso fondati su accadimenti bruti che si collocano logicamente prima della loro collocazione istituzionale... La costruzione di una narrazione è in sé stessa culturale; categorie, linguaggio e costruzioni sociali sono parte della cultura di ogni narratore"*<sup>7</sup>.

La riflessione dei giuristi si è appuntata sulle narrazioni processuali, raccontate da diversi soggetti, in modi diversi e con scopi diversi. Ha messo in rilievo la rilevanza dello *stock of knowledge* che rappresenta il sottofondo culturale di ogni narratore; l'incidenza di schemi narrativi egemoni, che possono tradursi in distorsioni anche rilevanti; la tensione tra verità oggettiva e certezza soggettiva<sup>8</sup>. La dottrina penalistica ha analizzato le *tecniche di tipizzazione delle fattispecie*: l'uso di concetti *descrittivi* (riferiti a dati di puro fatto) e di concetti *normativi*, che fanno riferimento a valutazioni culturali o sociali<sup>9</sup>.

Tutto questo riguarda innanzi tutto il mondo della vita, in cui fatti bruti acquistano dimensioni istituzionali o socialmente costruite. Riguarda valutazioni e comportamenti di persone che agiscono, fatti che potrebbero successivamente divenire oggetto di narrazione e prova nel processo.

<sup>3</sup> H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2000, p. 680.

<sup>4</sup> U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990, p. 26, p. 107.

<sup>5</sup> G. ZACCARIA, *Tre osservazioni su new realism ed ermeneutica*, in *Ragion pratica*, 2014, 341 ss.

<sup>6</sup> G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012.

<sup>7</sup> M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009, p. 57.

<sup>8</sup> M. TARUFFO, *op. cit.*; p. 43, 58, 64, 85.

<sup>9</sup> Nella letteratura penalistica, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004.

Un'analisi della giurisprudenza, in alcuni campi non solo penali, in AA.VV., *Valori socioculturali nella giurisprudenza*, Bari, 1970.

1.2. Per l'applicazione del diritto, problemi di interpretazione del fatto sono meritevoli "almeno della stessa attenzione che viene dedicata all'interpretazione dell'enunciato normativo"<sup>10</sup>. Come ha osservato un autorevole studioso americano, "risolvere questioni di fatto costituisce una parte cruciale del ragionamento e dell'argomentazione degli operatori del diritto, a tutti i livelli del sistema giuridico". Da ciò il problema, come le proposizioni empiriche che necessariamente fanno parte della creazione giudiziale di diritto, e molte volte della sua applicazione, possano essere messe in dubbio, controllate e confutate, "piuttosto che essere semplicemente fatte passare per conoscenza generale o per ciò che i giudici ritengono essere, non sempre correttamente, e non sempre indipendentemente dal loro retroterra culturale, la saggezza comune dell'umanità"<sup>11</sup>.

Il sapere necessario per il giudizio (nella vita quotidiana, non solo nei processi) non si identifica con la scienza del diritto vigente *hic et nunc*. Un sapere sul mondo (non solo *humanarum rerum notitia*) è necessario per l'accertamento e per l'ermeneutica del fatto, e anche per la comprensione del diritto, del senso (*Sinn*) delle norme della cui applicazione si discute<sup>12</sup>. Al livello minimo sono in gioco la competenza linguistica e il sapere di base in essa incorporato. Per l'accertamento di fatti materiali serve talora un sapere scientifico, anche molto sofisticato, talora basta l'esperienza comune. Per le ermeneutiche del fatto e del diritto, serve non solo conoscenza ma anche saggezza, *fronesis, prudentia*.

Nelle usuali fotografie del diritto giurisprudenziale, la dimensione socioculturale appare assorbita nella qualificazione giuridica, vista come risultato di un'ermeneutica giuridica che però presuppone un'ermeneutica del fatto, non dipendente dalla valutazione penalistica.

Il giurista, ha scritto Engisch negli anni '60, dovrebbe prestare ascolto alla voce dello spirito oggettivo, sentirsi servitore delle concezioni sociali, etiche e culturali dominanti, non può voler essere né reazionario né rivoluzionario. È il modo tradizionale di difendere la giurisprudenza dal rischio di indebita politicizzazione. Consapevole di questo rischio, nella presentazione del libro di Engisch Sandro Baratta ha additato "l'esigenza, non di rendere politica o più politica la giurisprudenza, bensì quella di rendere i giuristi e i non giuristi più consapevoli del momento politico non dissociabile dalla giurisprudenza".

Un modello critico, consapevole dei limiti di concezioni astratte o ideologiche<sup>13</sup>, propone un "pluralismo comprensivo: i conflitti che hanno luogo all'interno di una società pluralista devono essere affrontati in modo da mantenere e favorire il pluralismo". "L'unica politica che al giurista è consentito di seguire è quella della legalità ... il lavoro del giurista dovrebbe essere "funzionale a una cecità istituzionale che consenta il dialogo fra le diverse identità culturali di gruppo e incoraggi la composizione pacifica fra i contrastanti interessi".

<sup>10</sup> A. BARATTA, nella Presentazione di K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. XXIII.

<sup>11</sup> F. SCHAUER, *Thinking like a lawyer. A new Introduction to Legal reasoning*, 2009. In traduzione italiana: *Il ragionamento giuridico*, Roma, 2016. Citazioni da p. 263 ss.

<sup>12</sup> Alla distinzione fra *Sinn* e *Bedeutung*, o fra analoghe coppie concettuali, nella dottrina penalistica fa riferimento O. DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 113.

<sup>13</sup> C. LUZZATI, *La politica della legalità*, Bologna, 2005. Citazioni da p. 15 e 16.

Sono problemi irriducibilmente aperti. *“Nella misura in cui argomenti etici, politici e filosofici hanno un proprio ruolo all’interno della pratica giuridica, questa pratica non può essere considerata autosufficiente”*<sup>14</sup>. Le *precomprensioni* leggibili nelle teorie e nelle prassi penalistiche poggiano su culture che mutano nel tempo, e su precomprensioni degli stessi principi costituzionali, relativamente a funzioni e limiti del penale, fra i poli del garantismo liberale e di finalità di tutela ‘autoritaria’.

## 2. Problemi del rapporto giudice-legge.

**2.1.** Sui temi e problemi del rapporto giudice-legge, nei decenni della Repubblica si sono confrontate sensibilità diverse. La nuova legalità costituzionale è entrata nel circuito giurisdizionale passando per contrasti interni alla magistratura sulla stessa valenza delle norme costituzionali. La prima (in assoluto) sentenza della Corte costituzionale (n. 1 del 1956) dichiarò l’illegittimità costituzionale, per contrasto con l’art. 21 Cost., di una norma (art. 113 del Testo unico delle leggi di PS: affissione o distribuzione di stampati senza l’autorizzazione dell’autorità di polizia, sanzionata come contravvenzione) che, disapplicata come illegittima da un consistente filone di giudici di merito, era stata salvata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, sulla premessa che l’art. 21 Cost. avesse natura meramente programmatica, non precettiva. Le 30 ordinanze di rimessione sono tutte di giudici di merito.

Punto di riferimento (o mito fondativo) di nuovi orientamenti nella magistratura fu il Congresso di Gardone (settembre 1965) della Associazione Nazionale Magistrati. La mozione finale, concordata dalle tre correnti Magistratura Democratica, Magistratura Indipendente e Terzo Potere, venne approvata all’unanimità: *“spetta al giudice, in posizione di imparzialità e indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all’esame della Corte costituzionale, anche d’ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell’ordinamento giuridico statale”*.

La magistratura meno giovane era arroccata su versioni ingenuie o maliziose dell’interpretazione letterale<sup>15</sup>, gestite da una struttura gerarchica la cui autorevolezza era messa in discussione. L’emancipazione da conformismi burocratici, e da indirizzi ancora chiusi al *novum* costituzionale, è stata segnata anche da un’idea di giurisdizione che (con variazioni d’accento e di presentazione teorica) assunse la forma di

<sup>14</sup> M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, 2000, p. 85.

<sup>15</sup> Un esempio: IANNUZZI, *Relazione al II congresso nazionale dell’Unione magistrati italiani*, Ravenna, settembre 1968 (l’UMI era l’associazione cui aderivano i magistrati usciti dalla ANM, fra cui la maggior parte dei magistrati di grado più elevato). La difesa dell’interpretazione letterale è affidata *“all’intuito giuridico del magistrato, al suo equilibrio, al suo senso di responsabilità, alla sua capacità di resistere alla tentazione di ricercare la giustizia fuori della legge”*.

rivendicazione di maggiori spazi in sede ermeneutica: un intreccio di problemi di metodo e problemi di merito, non privo di ambiguità<sup>16</sup>. Indirizzi innovatori erano esposti al rischio di capovolgere l'idea (o mito?) del giudice bocca della legge in un modello ingenuamente o ideologicamente soggettivistico, o di usare un linguaggio suscettibile di essere frainteso in tal senso<sup>17</sup>.

Si avviò la ricerca, già all'interno della legislazione vigente, di strumenti (norme penali sostanziali e istituti processuali) che potessero essere utilizzati in direzioni non considerate da interpretazioni e prassi precedenti. È il capitolo della c.d. *supplenza giudiziaria*. Risalgono alla fine anni '70 le prime questioni di legittimità costituzionale *in malam partem*, contro il ritirarsi del penale in certe materie (interruzione di gravidanza, inquinamento idrico). Il riferimento al bene giuridico, che nella dottrina era visto come criterio liberale di delimitazione del penale, veniva capovolto a pretesa di tutela penale obbligatoria. La Corte costituzionale ha saggiamente risposto con sentenze di inammissibilità<sup>18</sup>.

Negli anni '80 le ultime riflessioni di un razionale sostenitore del positivismo giuridico, Uberto Scarpelli<sup>19</sup>, hanno evidenziato *"interconnessioni fra la crisi della forma di legge ed altre vicende e crisi culturali"*, e ravvisato uno slittamento della legislazione verso un sistema di principi aperti, una *"razionalità che non è quella della 'ragione artificiale' di un legislatore democratico, bensì quella di una ragione storica cui concorrono (secondo le parole di Coke) 'molti uomini dotti e gravi', appunto i giudici"*. Da ciò l'apertura, come alternativa alla frammentazione delle leggi e dell'esegesi, ad un diritto dei giudici, innanzi tutto dei giudici costituzionali, ai quali spetterebbe il compito di farsi *"matrice razionalizzante dell'intero sistema"*<sup>20</sup>.

Negli anni '60 Scarpelli aveva fondato l'approccio giuspositivista su una scelta di valore: accettazione del primato del diritto positivo, condizionata a un contesto di *"democrazia liberale, in cui la legge possa essere considerata espressione razionale della sovranità popolare"*<sup>21</sup>. Una visione ingenua, ha scritto Scarpelli negli anni del disincanto, aggiungendo che *"ingenuità è la nobiltà dell'ingenuus, dell'uomo libero"*, e che *"una fede ingenua nella democrazia e nelle sue forme liberali, una fiducia illuministica nella legge"* hanno accompagnato una generazione, la sua, *"sollecitata dal bisogno interiore di contrapporre al fascismo vinto, ma ancora incombente sui nostri spiriti, speranze e valori alti"*<sup>22</sup>. Di fronte alla percezione di una crisi della legge, la fiducia nella democrazia liberale appare trasformata in un ritrovarsi *"un po' meno radicalmente democratico, un poco più incline ad*

<sup>16</sup> D'interesse storico, per il confronto fra posizioni anche molto diverse, AA. VV., *Uso alternativo del diritto*, a cura di P. BARCELLONA, Bari, 1973.

<sup>17</sup> Riprendo considerazioni già svolte all'epoca. D. PULITANÒ, *Giudice negli anni '70*, Bari, 1977, p. 31 ss.

<sup>18</sup> Corte cost. n. 108 del 198; n. 226 e 313/1983. Cfr. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.

<sup>19</sup> Cfr. U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Riv. filosofia*, 1987, p. 3 ss.; ID., *Il positivismo giuridico rivisitato*, ivi, 1989, p. 461 ss.

<sup>20</sup> Citazioni da U. SCARPELLI, *Dalla legge*, cit., p. 8, 11, 13.

<sup>21</sup> Così U. SCARPELLI, *Il positivismo*, cit., p. 472, riassume la posizione sviluppata in maniera sistematica in U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965.

<sup>22</sup> U. SCARPELLI, *Il positivismo*, cit., p. 473.



*uno stato misto con una integrazione aristocratica della democrazia ... ad un governo del parlamento e dei giudici*"<sup>23</sup>.

Nell'evocare la strada – *irta di pericoli*<sup>24</sup> – del diritto dei giudici, Scarpelli sottolineava l'esigenza che questo, *"se non dev'essere a sua volta un contributo alla frammentazione del mondo, suppone un apparato giudiziario guidato dalla ferma autorità di una corte suprema e poggiato su fattori fortemente unificanti"*<sup>25</sup>.

L'esigenza di ricomposizione degli indirizzi interpretativi è sempre stata ben presente anche entro settori di cultura giuridica che si sono fortemente impegnati per il passaggio da situazioni istituzionali di *"unità imposta"* a situazioni che rendano possibile una *"unità conquistata"*: per la costruzione di una nuova nomofilachia sulla base della libertà interpretativa di ogni giudice, nell'ottica dell'art. 101 Cost. L'assenza di una *"tendenziale stabilità ed affidabilità della giurisprudenza"* si risolverebbe in *"attentato alla eguaglianza stessa dei cittadini, cioè al valore fondamentale della democrazia"*<sup>26</sup>.

**2.2.** L'approccio ermeneutico parla di crisi del modello illuministico: *"messi alla prova dei fatti ... i principi di origine illuministico-liberale ... esigono di essere profondamente e non occasionalmente ripensati"*<sup>27</sup>. Che cosa significa ripensare i principi? Riformularli, o modificare interpretazioni e applicazioni? Si intrecciano questioni relative al funzionamento del diritto vigente *hic et nunc*, e questioni di politica del diritto.

I sistemi formali delle fonti possono essere diversamente costruiti. La *teoria formale* del diritto può dire che *la giurisprudenza è fonte nel senso astratto della teoria pura kelseniana*. I principi del nostro ordinamento dicono che *il c.d. formante giurisprudenziale non ha valore formale di legge*: la soggezione dei giudici alla legge (*soltanto alla legge*) è espressamente affermata nella Costituzione italiana (art. 101).

Il disincanto rispetto a ideologie o mitologie giuridiche non tocca il *dover essere* incorporato (nella Costituzione italiana) nel principio di legalità. La legalità penalistica è riserva di legge, determinatezza delle fattispecie, soggezione del giudice alla legge. La presa di posizione di Luigi Ferrajoli *contro la giurisprudenza creativa*<sup>28</sup> significa difesa di un sistema di fonti del diritto che si fonda sul principio di legalità, sia come riserva di legge, *espressione di un potere democratico*, sia come forma di legge generale e astratta: il

<sup>23</sup> U. SCARPELLI, *Il positivismo*, cit., p. 475.

<sup>24</sup> A. PINTORE, *Scarpelli e l'aristocrazia giuridica*, in *Notizie di Politeia*, 2004, n. 73, p. 134.

<sup>25</sup> U. SCARPELLI, *Dalla legge*, cit., p. 13.

<sup>26</sup> Le citazioni sono tratte da scritti di G. BORRÈ, già pubblicati o inediti, raccolti in *L'eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, a cura di L. PEPINO, Milano, 2001. Citazioni da p. 59, 270.

<sup>27</sup> M. VOGLIOTTI, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Riv. di filosofia del diritto*, 2015, 90. Nel mondo penalistico, cfr. O. DI GIOVINE, [Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo. Spunti di riflessione in materia penale](#), in *Criminalia*, 2012, p. 267 ss.: concezioni ermeneutiche *"rivendicano di voler non già orientare la pratica dell'interpretazione, ma semplicemente descriverne, nella misura più oggettiva possibile, il funzionamento"*; ponendo l'accento sul ruolo della *precomprensione*, si interessano della *dimensione tipicamente soggettiva dall'interpretazione*, ma non riducono l'interpretazione a impresa soggettiva.

<sup>28</sup> L. FERRAJOLI, [Contro la giurisprudenza creativa](#), in *Questione giustiziana*, n. 4/2016, p. 23.



principio di legalità come “*principio costitutivo della sintassi giuridica dello stato di diritto, indipendentemente dal livello e dal contenuto delle norme nelle quali essa si articola*”.

La struttura del sistema – *la sintassi giuridica dello stato di diritto* – è una premessa, non la soluzione, dei problemi di semantica, cioè di interpretazione. Prima di essere eventualmente ripensati, i modelli illuministico-liberali della legalità vanno visti alla prova.

**2.3.** Di fatto, anche la legalità penalistica può presentare e presenta punti critici, innanzi tutto per i soggetti agenti, e in seconda battuta per eventuali agenti pubblici, compresi i giudici. È un campo di problemi tutt’altro che marginale. Comprende fattispecie che possono essere definite di *tipicità debole*, rispetto a un rigoroso standard di determinatezza; istituti a rischio di applicazioni estensive, in esito a difficili ermeneutiche di fatti concreti e di principi giuridici costruiti mediante clausole generali.

Rientrano in questo campo fattispecie costruite con elementi normativi di valutazione culturale, o con elementi normativi giuridici di incerta concretizzazione. Vi rientrano le fattispecie di *pericolo concreto*. Emblematica la discussione sulla fattispecie di disastro innominato, pure salvata da Corte cost. n. 327/2008, anche questa una sentenza che non ha chiuso la discussione. I problemi di ricognizione e valutazione del pericolo restano aperti per i soggetti agenti, e poi nell’eventuale processo. Sono problemi a cavallo fra il fatto e il diritto, relativi a giudizi prognostici (pericolo, idoneità e simili).

Pongono problemi di tipicità anche discipline di parte generale, come le clausole generali che estendono l’ambito della responsabilità per concorso ‘atipico’ o per tentativo, e l’istituto della colpa, matrice di regole di comportamento (cautelari) anche non codificate (regole di diligenza, prudenza, perizia), la cui inosservanza può fondare responsabilità penali anche assai gravi. Rispetto al principio di legalità, la disciplina della colpa pone seri problemi, evidenziati ma non risolti da una non recente sentenza della Corte costituzionale, n. 312/1996.

### 3. La custodia della razionalità del giudizio.

La nomofilachia del giudice di legittimità *non* comprende il giudizio di fatto. Vi è però un aggancio, il *controllo sulla motivazione*. Nella giurisprudenza della Cassazione penale, la (forse) più famosa sentenza delle Sezioni Unite all’inizio di questo secolo<sup>29</sup> riguarda problemi di *razionalità del giudizio di fatto*, in materia di nesso di causalità. Partendo dall’idea di causa come condizione necessaria, ne ha tratto le conseguenze per l’impostazione del problema probatorio della causalità (attiva e omissiva). Per la custodia del *nomos* il *controllo sulla correttezza epistemologica della motivazione sul fatto* è un completamento necessario.

Il modello di razionalità probatoria delineato dalla sentenza Franzese con riguardo al problema causale ha una valenza generale, non limitata al problema della

---

<sup>29</sup> Cass. S.U. 10 luglio 2002, Franzese.

prova scientifica. Vale anche con riguardo all'uso (e rischio di abuso) di supposte massime d'esperienza, generalizzazioni fondate su esperienze passate, usate come 'ponti inferenziali'<sup>30</sup>, premesse non implausibili (se correttamente individuate) di *ipotesi d'indagine, di accuse da verificare*<sup>31</sup>.

I criteri di controllo della razionalità del giudizio hanno uno statuto che non è normativo, ma logico o epistemologico. *"La Corte di legittimità non è per nulla detentrica di proprie certezze in ordine all'affidabilità della scienza, sicché non può essere chiamata a decidere, neppure a Sezioni Unite, se una legge scientifica di cui si postula l'utilizzabilità nell'inferenza probatoria sia o meno fondata [...]. Tale valutazione attiene al fatto, è al servizio dell'attendibilità dell'argomentazione probatoria ed è dunque rimessa al giudice di merito"*<sup>32</sup>.

Sul crinale fra principi di diritto (*nomos*) e ragionamento probatorio (*logos*) si collocano sentenze della Corte di cassazione di particolare importanza. Basti pensare alle importanti sentenze che hanno cercato di precisare i confini del dolo eventuale e i criteri di prova del dolo: quella che ha introdotto la formula *'segnali perspicui e peculiari'*<sup>33</sup>, distinguendo fra *segnali di diversa pregnanza*, e la sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssen<sup>34</sup>, nella quale l'enunciazione di indicatori di dolo è tutta calata su questioni di accertamento, al confine fra dimensione sostanziale e dimensione processuale.

#### 4. Legalità e discrezionalità nelle riposte al reato.

**4.1.** Sono problemi specifici della funzione giurisdizionale le *risposte ai reati*, in esito al giudizio. La pluralità di fini o funzioni della pena comporta l'esigenza di una legalità non coincidente con la determinatezza: *"è nel carattere della sanzione penale che essa sia prefissata dal legislatore in maniera da consentirne l'adeguazione alle circostanze concrete"* (Corte Cost. n. 15/1962). Prendere sul serio il principio di legalità della pena significa farsi carico di problemi che non si esauriscono nella *fissazione* di cornici. *Fanno problema* sia l'*ampiezza* delle cornici, sia la *precisione* dei criteri legali d'esercizio di poteri discrezionali.

<sup>30</sup> G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino 2016, p. 181. ID., *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006.

<sup>31</sup> La sentenza Franzese, in un passaggio in cui osserva che la conoscenza giudiziale del fatto è sorretta da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo, collega allo schema argomentativo dell'abduzione la formulazione di un'ipotesi ricostruttiva probabile, rispetto alla quale *"i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento deduttivo, da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse"*. L'abduzione non garantisce le conclusioni ipotizzate; consente la formulazione di ipotesi meritevoli di verifica, e così può portare a incrementi di conoscenza. Un buon *detective* formula ipotesi per via di abduzione, e le mette alla prova con rigorose verifiche, per le quali vale la *regola aurea* dell'esclusione di ipotesi esplicative alternative. Questo modello di razionalità probatoria fa parte del sapere esigibile dal giudice, e il suo rispetto deve ritenersi sottoposto al controllo della Corte suprema.

<sup>32</sup> Cass. 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini.

<sup>33</sup> Cass. 4 maggio 2007, n. 23838.

<sup>34</sup> Cass. S.U. 24 aprile 2014 n. 38343.

Sullo sfondo dei problemi di commisurazione giudiziale stanno questioni di legittimità costituzionale del sistema sanzionatorio<sup>35</sup>. Funzione propria della pena edittale è consentire una commisurazione della pena *ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato*" (Corte cost. n. 50/1980). L'ampiezza della cornice deve restare dentro il "*marginale di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena*" in correlazione con la *variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta*". (Corte cost. n. 299/1992). Da opposti angoli visuali, queste due antiche sentenze additano come centrale il medesimo problema: il principio di legalità pone *limiti* all'ampiezza della cornice, e pone *condizioni* rigorose all'azzeramento di spazi di discrezionalità. È ragionevole trarre un'indicazione di massima per cornici *non ampie*, comunque pensate per un *gamma di fatti* il cui disvalore non sia eccessivamente differenziato.

Per quanto concerne i criteri della discrezionalità giudiziale, sono ben noti i problemi posti dalla disciplina vigente: *l'enorme potere del giudice nella gestione degli istituti del sistema sanzionatorio*<sup>36</sup>. La disciplina codicistica della commisurazione della pena<sup>37</sup> (art. 133 c.p.) non dà indicazioni esplicite di criteri finalistici. Indica elementi di fatto di cui tenere conto. Al giudice è attribuito un potere discrezionale sul quale il controllo di legalità è debole. Spazi di discrezionalità amplissimi sono aperti da forbici edittali, dalla disciplina delle circostanze, da istituti che modificano o escludono la punibilità.

La giurisprudenza di legittimità continua a salvare standard motivazionali molto generici, in particolare là dove la commisurazione sia prossima al minimo edittale; ma anche in altri casi delicati, come il bilanciamento di circostanze o gli aumenti di pena per la continuazione o per altre ipotesi di cumulo giuridico. La formula della pena equa, che spesso esaurisce le motivazioni, non è una vera motivazione.

La commisurazione della pena non può essere ridotta a questione di congruità di motivazione, cioè di affidamento puro e semplice alla saggezza del giudice. Non solo le cornici edittali, ma anche i criteri d'esercizio del potere del giudice sono pezzi della legalità penalistica. Tutte le scelte relative alla pena sono problemi di legalità; la motivazione serve a rendere controllabile *in diritto* la decisione del giudice<sup>38</sup>.

In molti casi dipende dall'esercizio della discrezionalità giudiziale il finire o non finire in carcere. Molte comminatorie lasciano aperta l'alternativa fra pena detentiva e pecuniaria. Molte altre cornici edittali nella parte bassa aprono la porta a decisioni che evitano l'ingresso in carcere (sospensione condizionale della pena, o immediato affidamento in prova) e nella parte alta attingono livelli elevati, comportanti l'esecuzione in carcere.

Per le risposte giudiziarie al reato, i principi costituzionali di cui all'art. 27 Cost. hanno rilievo a tutto campo. È ragionevole trarre l'indicazione che il principio di

<sup>35</sup> Un quadro aggiornato in F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2020.

<sup>36</sup> Traggo questa formula (con modificazioni) da F. BASILE, [L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze](#), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1743 ss.

<sup>37</sup> Cfr. il pionieristico studio di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova 1979, p. 68 ss.; AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e traduzione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018.

<sup>38</sup> Sottolinea questa esigenza F. VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., p. 259.

soggettiva colpevolezza, limite invalicabile della responsabilità personale, deve essere considerato un limite di giustizia nella commisurazione della risposta giudiziaria. Ed è in gioco l'idea rieducativa, che la giurisprudenza costituzionale ha valorizzato su tanti aspetti del sistema sanzionatorio, a partire dalla sentenza n. 313/1990. La risposta al reato non può essere affidata a concezioni soggettive del giudice sul senso della pena, o a valutazioni soggettive sulla gravità del fatto accertato.

4.2. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 32/2020, ha posto l'accento (al di là del *dictum* sul problema specifico oggetto di quel giudizio) sull'importanza della effettiva *privazione di libertà* come problema cruciale anche sotto il profilo della pura e semplice legalità formale. L'*incidenza sulla libertà personale* riconduce sotto il dominio della legalità penalistica persino la norma processuale concernente la sospensione della messa in esecuzione della pena detentiva, là dove sia possibile accedere a una misura alternativa.

La tanto criticata giurisprudenza, che si accontenta di formule di stile quando la pena applicata sia il minimo edittale, sottende una possibile ragione giustificativa: il minimo edittale esprime una valutazione legislativa di gravità che ha senso assumere come pertinente, in assenza di ragioni giustificative di una maggiore severità. È il di più di severità che richiede una motivazione effettiva, e controllabile alla stregua di riconoscibili criteri legali.

Problemi di legalità, e conseguentemente di controllo di legittimità, vengono in rilievo per tutte le decisioni relative alla risposta al reato: sia le pene, sia eventuali alternative, fino alla non punibilità. Anche in questo campo, indicazioni importanti vengono dalla giurisprudenza costituzionale recente.

Un esempio: Corte cost. n. 156/2020, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-bis c.p., *nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva*. Questa sentenza ha messo a fuoco in modo nuovo il significato dei minimi e massimi edittali, e può essere un punto di riferimento significativo per una rinnovata riflessione sul senso e le funzioni delle cornici edittali, al di là del problema specifico all'art. 131-bis<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> I massimi edittali incorporano valutazioni del legislatore storico su gravità, meritevolezza di pena e bisogno di pena relativi a fatti collocabili nella fascia più alta di gravità d'un dato tipo di reato. Il limite del massimo edittale può avere senso, se e in quanto possa essere considerato significativo rispetto alla valutazione di gravità dell'insieme dei fatti rientranti nel tipo di reato. È il caso degli istituti della clemenza, che riguardano tipi di reato al di sotto di un certo livello di gravità. In relazione, invece, ad istituti che selezionano 'alla base' fatti di gravità minore, la valutazione dei fatti di gravità maggiore entro il tipo di reato non è decisiva. È questo il messaggio leggibile nella sentenza n. 156/2020: un minimo edittale corrispondente al minimo assoluto evoca fatti di gravità minima entro il tipo di reato, per i quali il problema della particolare tenuità non può non essere tenuto aperto. La determinazione legislativa dei minimi edittali ha dunque un grande significato 'di sistema'. Nell'ottica di Corte cost. 156/2020, dovrebbero essere pensati avendo riguardo anche (o soprattutto?) alla valenza di confine con una possibile 'minima entità' di fatti formalmente corrispondenti al tipo di reato.

## 5. La nomofilachia, ultima spiaggia.

5.1. Quando parliamo di *nomofilachia* pensiamo al piano più alto del sistema processuale. La riforma del 2017 (la modifica all'art. 618 c.p.p.) ha per obiettivo la stabilizzazione giurisprudenziale, sulla base di una nomofilachia accentrata: qualora una Sezione semplice della Corte di Cassazione non condivida un principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, pertinente al caso da decidere, ha l'obbligo di rimettere la questione alle Sezioni Unite (così il nuovo comma 1-bis inserito nell'art. 618 c.p.p.). Pur in assenza di rimedi contro inadempimenti dell'obbligo<sup>40</sup>, ne risultano modificati gli equilibri interni alla Corte di Cassazione: rafforzata la posizione delle Sezioni Unite quale controllore della nomofilachia, reale *giudice supremo* anche in rapporto alle sezioni semplici.

La portata della riforma del 2017 dipende da come si intenda il presupposto dell'obbligo di rimessione alle Sezioni Unite, *eccentrico rispetto alle linee portanti del sistema*.

Rilevante, agli effetti dell'art. 618, comma 1-bis, c.p.p., è il principio di diritto formalmente enunciato. Non vincolante dovrebbe invece ritenersi un *obiter dictum*, estraneo all'individuazione dei principi giuridici che fondano la decisione nel caso di specie.

Il principio di diritto va inteso come *regola di giudizio in cui si condensa il criterio di decisione della fattispecie concreta*<sup>41</sup>. Una *regola* esprime una qualche generalizzazione, nella quale la fattispecie concreta sia compresa. Di fronte a un principio enunciato dalle Sezioni Unite a un livello di maggiore generalizzazione, può la Sezione semplice ritagliare uno spazio per un suo diverso criterio di giudizio nella situazione concreta, in ragione di caratteri specifici di questa? Se non è in contrasto con l'argomentazione sottesa al principio enunciato dalle Sezioni Unite, differenziare la valutazione giuridica di una fattispecie speciale deve ragionevolmente ritenersi non vietato alle Sezioni semplici. È questa l'indicazione desumibile dall'usuale approccio al problema del *distinguishing*, da una ragionevole *cultura del precedente* che può giustificare vincoli<sup>42</sup>, ma non trasformarsi in *burocrazia del precedente*<sup>43</sup>.

Il rafforzato potere delle Sezioni Unite ha a che fare con il sistema della legalità formale, senza aggettivi. Per la *nuova* legalità, agganciata alla Costituzione e a norme sovranazionali, ci sono altri circuiti. Qualsiasi giudice può attivare il circuito della giustizia costituzionale, anche in difformità da eventuali indirizzi delle Sezioni Unite, anche nel giudizio di rinvio, anche in chiave critica verso il diritto vivente.

<sup>40</sup> In argomento, cfr. in questa *Rivista*, n. 3/2020, R. BARTOLI, [Le garanzie della nuova legalità](#), p. 18 ss.; A. CAPUTO e G. FIDELBO, [Appunti per una discussione sul ruolo della Cassazione e nuova legalità](#), p. 91 ss.; G. DE AMICIS, [La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite penali](#), in *Dir. pen. cont.* 4 febbraio 2019.

<sup>41</sup> V. MAIELLO, [La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi](#), in questa *Rivista*, n. 3/2020, p. 140.

<sup>42</sup> M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità*, cit., p. 65.

<sup>43</sup> F. PETRELLI, [L'interpretazione della legge è uguale per tutti?](#), in questa *Rivista*, n. 3/2020, p. 119.

5.2. Per le persone che si rivolgono al giudice, o che sono coinvolte in una vicenda giudiziaria, la nomofilachia è l'ultima spiaggia per la presentazione delle proprie ragioni.

Sul rapporto legge-giudice e sulla custodia della legalità, un riferimento fondamentale è la sentenza della Corte costituzionale n. 230/2012: una sentenza, sia pure del giudice supremo, non ha valenza di legge sopravvenuta, di mutamento legislativo<sup>44</sup>. Respingendo la pretesa di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum* reso dalle Sezioni Unite in un altro processo, la Corte costituzionale ha riaffermato la *sintassi giuridica dello stato di diritto*, quella che, nella Costituzione italiana, si esprime nella soggezione del giudice *soltanto alla legge* (art. 101 Cost.). Anche l'orientamento delle Sezioni Unite ha valore *"essenzialmente persuasivo"*, e può essere disatteso *"in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione"*. Le stesse Sezioni Unite possono *"trovarsi a dover rivedere le loro posizioni"*; sono dentro, e non sopra, il dispiegarsi del confronto sulle interpretazioni della legge.

Nell'orizzonte del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge, la parte del processo che si difende davanti al suo giudice (o che sostiene un'accusa) ha una ragionevole aspettativa (ha *diritto*) a una risposta del *suo* giudice, su tutti i punti di fatto e di diritto in cui si articola l'accusa o la difesa; una risposta che, in diritto, tenga conto delle ragioni prospettate, in particolare di eventuali ragioni *nuove* nelle conclusioni o negli argomenti. Per l'argomentazione (anche *in diritto*) della parte, cioè del cittadino, la soggezione del giudice alla legge è un punto di forza: consente di argomentare *in diritto* anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma ragionevolmente *discutibili* o francamente sbagliati.

Non è solo questione di rispetto di una (forse fantomatica) volontà politica del legislatore storico; è questione di dignità e di libertà dei cittadini di uno Stato di diritto. Potremmo dire, è nella logica di un sistema che – pur fondato, anzi proprio perché fondato sul principio di legalità – è aperto all'*argomentazione ermeneutica di tutti gli aventi diritto di parola*, in particolare nel giusto processo, aperto al confronto di ragioni anche sul *senso* delle norme di diritto e sulla qualificazione di fatti concreti. Un ipotetico vincolo *rigido* al precedente – negato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230/2012 – sarebbe un mutamento di paradigma costituzionale, che rischierebbe di *indebolire la dignità e libertà del discorso ermeneutico di tutti* (giudici e parti) in ciascun contesto di discussione.

Non è in discussione l'esigenza di certezza, e perciò di *stabilizzazione giurisprudenziale*, che può ritenersi dominante nei tanti casi in cui il diritto è pura tecnicità, di per sé neutra sul piano dei valori. Ma proprio nei casi di maggiore delicatezza, in cui l'interpretazione ha a che fare con questioni pregne di valori, e/o con

---

<sup>44</sup> Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 cpp, *nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni Unite)* che escluda che un certo tipo di fatto sia previsto come reato. Tale questione era stata sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, 25 comma 2°, 27 comma 3°, 117 comma 1; l'ordinanza di rimessione poneva un problema di uguaglianza di trattamento a fronte di mutamenti correttivi (*in bonam partem*) del diritto vivente in giurisprudenza.



la tenuta garantista della legalità penale, si fa avanti l'esigenza di un confronto dispiegato sulla legalità sostanziale, fino a rimettere in discussione la custodia del *nomos*, in nome di una diversa (migliore?) ermeneutica del *nomos*.

Il primato della legalità (della norma generale e astratta) è garanzia anche di fronte all'autorità di nomofilachia. Fondamento dell'auspicabile stabilizzazione di un buon diritto vivente è la plausibilità (ragionevolezza) del *nomos* custodito da una giurisprudenza autorevole, ben motivata, capace di consenso.

In questo contesto si pone lo spinoso problema del mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Con riguardo al diritto penale sostanziale, può venire in rilievo l'art. 5 cod. pen. nella riscrittura della Corte costituzionale: esclusione della colpevolezza, per errore sull'illiceità del fatto conseguente a un ragionevole affidamento nella giurisprudenza precedente al fatto *sub judice*.

È entrata in discussione la proposta di aggancio all'art. 2, al divieto di retroattività sfavorevole: una equiparazione del *dictum* giurisprudenziale al *dictum* legislativo, limitatamente alla disciplina della successione di leggi. Una forzatura *inutile*, se si prende sul serio il problema della colpevolezza, la possibile rilevanza scusante di un errore sull'illiceità<sup>45</sup>.

**5.3.** Nell'attuale situazione in Italia l'alta qualità della nomofilachia, al livello più alto, è una garanzia importante, ma non sufficiente per la qualità del complessivo sistema di giustizia.

Diritti e libertà delle persone sono in gioco fin dal promovimento dell'azione penale. Costi e rischi delle indagini e del processo toccano le persone sottoposte a indagini, i danneggiati dal reato, e anche altri coinvolti in vario modo e a vario titolo. La sottoposizione ad indagini, l'uso di strumenti inquisitori invasivi, l'applicazione di misure cautelari, il rinvio a giudizio comportano effetti pregiudizievoli che potrebbero risultare ingiustificati. La qualità di giustizia del *law enforcement* penalistico va valutata avendo riguardo anche a questi aspetti.

La discussione può (deve) restare aperta a tutto campo, sia con riguardo a tutti i livelli del *law enforcement*, sia sul piano delle politiche del diritto. Come giuristi possiamo ovviamente partecipare al dibattito con piena libertà; per la dottrina giuridica l'esame dei punti più critici e controversi è un campo importante d'interesse intellettuale ed etico-politico.

Il nostro compito di giuristi (*Beruf*, professione e vocazione) è la produzione di cultura: che è sia scienza *wertfrei* (avalutativa, indipendente da premesse di valore) sia *riflessione sui valori*, guidata da *interessi di valore*. Sta qui la specifica dignità e responsabilità della dottrina, anche di fronte alla giurisprudenza e al cosiddetto diritto giurisprudenziale.

Di fronte ad *ogni* esercizio di potere c'è un'esigenza di controllo, che, se non può essere affidato ad un potere formale, è comunque affidato all'uso della libertà di pensiero

---

<sup>45</sup> Sui problemi (i possibili presupposti e limiti) dell'affidamento, cfr. R. BARTOLI, [Nuovi scenari della legalità penale](#), in questa *Rivista*, 28 giugno 2022, p. 24 ss.

12/2022

e di parola. In una democrazia liberale la libertà di critica riguarda anche il *nomos*, non semplicemente la sua custodia. Riguarda anche il rapporto – la possibile tensione – fra diritto e giustizia.