

NUOVI PROBLEMI E NUOVE SOLUZIONI PER LA PENALISTICA CONTEMPORANEA

*Contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza,
cultura del precedente ed etica del limite^(*)*

di Massimo Vogliotti

Il passaggio dalla “legalità legale” del paradigma giuridico moderno alla “legalità costituzionale” del nuovo paradigma scientifico fa scorgere al penalista fenomeni – come il diritto giurisprudenziale – che non erano contemplati dalla sua mappa teorica e pone nuovi problemi. Tra questi, i mutamenti giurisprudenziali in malam partem e i contrasti di giurisprudenza cui occorre fornire soluzioni coerenti con la nuova cornice teorica. Utili spunti provengono dalle categorie elaborate dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, la cui cultura giuridica è espressione del nuovo paradigma scientifico, che affonda le sue radici nella tradizione aristotelica della ragion pratica.

SOMMARIO: 1. Sulla premessa scientifica della ricerca – 2. La legalità dei moderni e i suoi presupposti teorici – 3. La nuova legalità e i suoi presupposti teorici – 4. Problemi nuovi e nuove soluzioni: *l’overruling in malam partem*... – 5. ...e i contrasti sincronici di giurisprudenza.

1. Sulla premessa scientifica della ricerca.

Prima di rispondere ad alcuni dei quesiti sottoposti dai promotori della ricerca, vorrei porre l’accento sulla premessa scientifica richiamata opportunamente nell’*incipit* del questionario: i temi della ricerca hanno un senso, sono tematizzabili come oggetto di un’indagine scientifica, a patto che «si riconosca uno spazio legittimo al diritto giurisprudenziale». Con la precisazione che questo riconoscimento non è pacifico all’interno della comunità scientifica, essendo «oggetto di notevoli controversie».

^(*) Lo scritto trae origine da un intervento tenuto a Roma il 21 aprile 2023 presso l’Università “La Sapienza”, in occasione di un seminario, organizzato dai Professori Massimo Donini e Renzo Orlandi, nell’ambito del progetto di ricerca PRIN *Massimario penale e conoscibilità del diritto: la costruzione del precedente nello spazio giuridico europeo*. Il seminario era stato preceduto dall’invio ai partecipanti di un questionario particolarmente focalizzato su “Questioni generali di prevedibilità delle nuove interpretazioni e dei mutamenti giurisprudenziali”. Si ringraziano i responsabili della ricerca per l’autorizzazione a pubblicare il saggio su questa Rivista, in attesa della pubblicazione degli Atti.

Il modello delle rivoluzioni scientifiche sviluppato da Thomas Kuhn aiuta il giurista a comprendere il senso dell'attuale momento storico, caratterizzato dal tramonto del paradigma giuridico moderno e dalla formazione di un nuovo paradigma scientifico. È il periodo che Kuhn chiama di «scienza straordinaria», particolarmente fecondo e stimolante perché esige una capacità non comune di mettere in discussione schemi mentali profondamente radicati e un notevole sforzo immaginativo e progettuale. In questa fase, le categorie teoriche e l'immaginario del vecchio paradigma coesistono con nuove categorie e nuovi immaginari che daranno vita a un nuovo paradigma. Alla fase di scienza straordinaria succederà così una nuova fase di «scienza normale». Nel modello di Kuhn, questo tipo di scienza si occupa della «ripulitura» del nuovo paradigma, ossia si impegna «all'articolazione di quei fenomeni e di quelle teorie che sono già fornite da esso». Una tale attività si presenta «come un tentativo di forzare la natura entro le caselle prefabbricate e relativamente rigide fornite dal paradigma». Compito della scienza normale non è, infatti, quello di scoprire nuovi generi di fenomeni; «anzi, spesso sfuggono completamente quelli che non si potrebbero adattare all'incasellamento»¹.

Nella prospettiva “costruttivistica” di Kuhn, un paradigma non rappresenta oggettivamente una data realtà, non la “descrive” così come essa è, ma la “costruisce” sulla base di determinate premesse teoriche e “mitologiche” (narrazioni, credenze, valori, interessi largamente condivisi). Ciò significa che, dopo una rivoluzione scientifica, gli scienziati (nel nostro caso, i giuristi) vivono in un mondo differente, vedono fenomeni prima invisibili e si devono confrontare con problemi che prima non esistevano. Dopo un mutamento di paradigma, osserva Kuhn, «gli scienziati non possono non vedere in maniera diversa il mondo in cui sono impegnate le loro ricerche. Nei limiti in cui i loro rapporti con quel mondo hanno luogo attraverso ciò che essi vedono e fanno, possiamo dire che, dopo una rivoluzione, gli scienziati reagiscono a un mondo differente»².

Per Kuhn un paradigma è un insieme di «conquiste scientifiche universalmente riconosciute, le quali, per un certo periodo, forniscono un modello di problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca»³. Da tale definizione si ricava, innanzitutto, il dato della *storicità* della scienza, il suo essere intimamente connessa a determinati contesti storici e culturali, per loro natura mutevoli. In secondo luogo, essa rivela l'epistemologia costruttivistica che le fa da sfondo: le conquiste scientifiche universalmente riconosciute – storicamente determinate e, quindi, valide per un certo periodo di tempo – costruiscono un mondo in cui gli scienziati devono affrontare problemi nuovi e immaginare soluzioni coerenti con la nuova cornice teorica.

Per avvicinarci allo specifico tema della ricerca, il fenomeno nuovo – che da tempo ormai è stato messo in luce dal paradigma giuridico che si sta sempre più definendo – è il diritto giurisprudenziale, un fenomeno che, per varie ragioni, non era

¹ KUHN (1999), p. 44.

² Ivi, p. 139.

³ Ivi, p. 10.

contemplato dalle coordinate teoriche e mitologiche del paradigma moderno. Non rientrando in quelle coordinate, quella “realtà” non era visibile e, quindi, non poteva essere oggetto di indagine scientifica. Nella cittadella penale, poi, edificata sul pilastro della riserva (assoluta) di legge, la negazione del diritto giurisprudenziale era una premessa paradigmatica che non poteva essere messa in dubbio: avrebbe causato, infatti, il crollo di quell’edificio teorico e mitologico progettato nella fervida stagione illuministica sulla base delle conquiste scientifiche del tempo e per corrispondere a precise esigenze storiche, politiche e culturali.

Quando, negli anni ‘80 del secolo scorso, la realtà del diritto penale giurisprudenziale comincia ad essere avvertita dalla penalistica italiana, la reazione non poteva che essere di completa chiusura. Come ci insegna Kuhn, la risposta istintiva degli scienziati alla percezione delle prime anomalie non consiste nella messa in discussione del paradigma, ma nel tentativo di spiegarle e di risolverle ricorrendo agli strumenti forniti dalla «scienza normale». Di fronte a fenomeni non contemplati dal paradigma dominante, la prima, naturale, reazione è di scorgere in quella realtà deviante una patologia da sanare, non un segno rivelatore della crisi del paradigma. Si dirà, ad esempio, che la causa dell’anomalia del diritto giurisprudenziale va ricercata nell’incapacità del legislatore, sempre più controllato dal governo, di produrre fattispecie rispettose del principio di determinatezza. Oppure nell’inerzia del legislatore che non sa stare al passo con le trasformazioni della società e il progresso della tecnica. Oppure ancora nella tracotanza della magistratura che, spinta dalle richieste di tutela provenienti dalle vittime e dalla società civile, reagisce a quell’inerzia con un’attività impropria di supplenza, forzando indebitamente il tenore linguistico di fattispecie vigenti per creare nuovi tipi criminosi.

Il limite di queste analisi non è dato dalla diagnosi di alcune patologie della realtà – che esistono e vanno denunciate – ma nella lettura della “nuova” realtà in una prospettiva esclusivamente patologica⁴. Solo a partire dal decennio successivo si leveranno le prime voci, a lungo marginali, che – sollecitate dalle acquisizioni dell’ermeneutica giuridica e dall’espandersi del diritto giurisprudenziale –

⁴ Quella realtà, ovviamente, esisteva anche in passato, ma, per la maggiore semplicità e staticità della società e per l’omogeneità di ceto tra la politica e la magistratura, si manifestava in forme più contenute e, soprattutto, non era visibile con gli occhiali del giurista moderno. Tra le *rarae aves* che, nel coro rocciano dominante, riuscirono a scorgere, negli anni ‘30 e ‘40 del secolo scorso, la realtà del diritto penale giurisprudenziale vanno ricordati Giuseppe Bettiol e, soprattutto, Francesco Antolisei. Di quest’ultimo spicca il saggio sul metodo del 1937, in cui Antolisei – riscoprendo precocemente la tradizione premoderna della ragion pratica, in un momento storico in cui cominciavano a manifestarsi le prime insoddisfazioni rispetto al metodo tecnico-giuridico – propone un approccio «realistico» al diritto penale che ponga fine al «divorzio dalla pratica», all’«idolatria della parola della legge», all’«abuso della logica astratta», alla riduzione dell’interpretazione «a una semplice operazione di logica formale», all’equiparazione delle «discipline giuridiche alla matematica e alla geometria», e recuperi «la natura essenzialmente pratica della scienza del diritto» e l’«indissolubile connessione fra il diritto e la realtà sociale», abbandonando «quella diffidenza verso il potere giudiziario, [...] quel timore per l’arbitrio del giudice che nacquero con l’illuminismo». Il giudice va invece inteso come un «organo vivente dello Stato» che – «data l’astrattezza e la genericità delle norme legali – ha il compito di continuare, con giudizi valutativi, l’opera del legislatore nello spazio che questi ha lasciato libero» (ANTOLISEI (1940), pp. 1, 16, 17, 33, 35, 36, 40, 55, 56).

cominceranno a mettere direttamente sotto accusa il vecchio paradigma, interpretando quella “anomalia” come un dato (in buona parte) fisiologico, che si deve prendere sul serio: non un fenomeno occasionale, ma strutturale, che occorre innanzitutto riconoscere e comprendere e, poi, saper gestire con strumenti culturali, normativi, istituzionali e organizzativi nuovi.

In Italia, la vera svolta non è però rappresentata né dall’imporsi della teoria ermeneutica (che continua, al contrario, ad essere vissuta come uno scandalo da gran parte della nostra scienza penale)⁵ né dall’intensificarsi del diritto giurisprudenziale (anche per effetto del meccanismo dell’interpretazione conforme al parametro costituzionale ed europeo), ma dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale che, nel 2007, hanno obbligato il penalista di cattedra e del foro a confrontarsi con la cultura giuridica della Corte europea dei diritti dell’uomo e, in particolar modo, con la sua concezione della legalità aperta al formante giurisprudenziale.

2. La legalità dei moderni e i suoi presupposti teorici.

La radice teorica della categoria moderna della legalità va cercata nella rottura epistemologica che si è consumata nei due secoli del giusnaturalismo moderno. In quel tornante decisivo della storia del pensiero giuridico dell’Europa continentale, si decide di abbandonare, per una serie di ragioni che non si possono qui esplicitare⁶, l’insegnamento bimillenario di Aristotele secondo cui non si può chiedere a un matematico di essere persuasivo e a un retore (e, quindi, a un giurista) delle dimostrazioni, per rivolgersi al metodo descrittivo, veritativo ed oggettivante delle «scienze teoretiche». Per Aristotele sono tali le scienze che hanno per oggetto ciò che ha in sé il principio del proprio movimento (la natura) e per fine la verità, intesa come corrispondenza della mente alla cosa (*adaequatio mentis ad rem*). Per effetto di questa svolta metodologica, il diritto viene ridotto a “cosa”, a oggetto completamente separato dal *soggetto* e dai *fatti*.

La matematica, che per l’uomo moderno è il sapere teoretico per eccellenza, capace di disvelare i segreti della natura, diventa il modello di scienza anche per il diritto: la matematica, infatti, è una scienza pura, astratta, che prescinde dai fenomeni concreti. La frattura tra il fatto e il diritto si consuma in quella temperie culturale. Nei *Prolegomeni* al trattato *De iure belli ac pacis* (1625), Grozio fissa in modo esemplare i cardini del rinnovamento metodologico proposto: «Dichiaro apertamente che, come i matematici considerano le figure facendo astrazione dai corpi, così io, nel trattare del diritto, ho distolto il pensiero da qualsiasi fatto particolare» (§ 58). Compito del giurista è ora la conoscenza oggettiva della “cosa” diritto, la descrizione (*avalutativa*, come si dirà nella prima metà del Novecento, dopo il fallimento della pretesa del razionalismo moderno di realizzare una scienza teoretica, veritativa, dei valori) di oggetti giuridici

⁵ VOGLIOTTI (2015).

⁶ V., in proposito, VOGLIOTTI (2007), pp. 169 s.

contenuti in testi autoritativi. L'esito positivistico della modernità giuridica, già contenuto *in nuce* nella sua fase giusnaturalistica⁷, ridurrà l'intero diritto alla sola dimensione potestativa, ponendo fine alla tradizionale raffigurazione dualistica del diritto (*auctoritas e ratio*)⁸.

La teoria *dichiarativa* dell'interpretazione – ricordata nel questionario e ancora oggi accettata dalla nostra Corte di cassazione, sia civile che penale⁹ – è del tutto coerente con quelle premesse metodologiche. Sul piano ideologico, quella teoria assolve alla funzione di deresponsabilizzare in senso politico la magistratura, che può così rappresentarsi come *serva legum*, come un recettore passivo e neutrale di oggetti normativi interamente definiti dal legislatore. Nella sua versione più autoritaria e dogmatica, congeniale ad un ordinamento giudiziario concepito in modo rigidamente gerarchico e, quindi, politicamente controllabile, quella teoria non si limita a presentare l'interpretazione come un'attività conoscitiva in grado di descrivere l'intero campo semantico dell'enunciato normativo (o, secondo il lessico kelseniano, «schema normativo»)¹⁰, che, per l'equivocità del linguaggio legale, può anche rivelare l'esistenza di più significati e, quindi, di più norme, ma come un'impresa capace, se svolta correttamente, di portare alla luce il significato «esatto» della legge. Precisamente a quest'aggettivo, che appartiene al linguaggio matematico, fa riferimento l'art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, manifestando chiaramente, anche a livello lessicale, la premessa metodologica di quella rappresentazione del ruolo del giudice supremo.

Recenti sentenze della Corte costituzionale confermano, quantomeno a parole, quella raffigurazione “teoretica” dell'interpretazione, che giustifica a livello scientifico la dottrina della netta divisione dei ruoli del giudice e del legislatore. La sentenza n. 98 del 2021 riassume efficacemente questa visione, laddove ricorda che spetta «al solo legislatore [il] compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti», che «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», che il significato del testo si coglie dalla «sua immediata lettura».

Al contrario, per l'ermeneutica giuridica – che, come vedremo meglio tra poco, è la teoria dell'interpretazione alla base del nuovo paradigma di cui la cultura giuridica della Corte europea è espressione – il confine dell'incriminazione, inevitabilmente sfocato al livello generale e astratto della legge, è messo a fuoco dall'applicazione giudiziale della legge, che dunque, se ben gestita, può accrescere la conoscibilità del diritto, come riconoscono i giudici di Strasburgo. L'interpretazione, inoltre, non si può ridurre a una mera attività di disvelamento – di «individuazione» – di oggetti semantici

⁷ Cfr. PIOVANI (2000), p. 88: «Il diritto naturale moderno [...] non è giusnaturalistico; è la trasfigurazione del diritto naturale come preparazione dell'avvento del diritto positivo quale diritto *tout court*».

⁸ VOGLIOTTI (2013), p. 385-394.

⁹ Le Sez. Un. Civ. del 15 gennaio 2019, n. 4135 riconducono la natura «dichiarativa» dell'interpretazione al principio della soggezione del giudice soltanto alla legge che «impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto» (§ 11.1). Analogamente, le Sez. Un. Pen. del 24 ottobre 2019, n. 8544, Genco, riconoscono alla giurisprudenza «soltanto una funzione dichiarativa», richiamando la sent. 25/2019 della Corte costituzionale (§ 6.1).

¹⁰ KELSEN (1966), p. 384.

interamente definiti e depositati nel testo dal suo autore, trattandosi, piuttosto, di un'attività di ricostruzione di significati. Infine, il significato di un testo non si può cogliere immediatamente, ma solo tramite il *medium* dell'interpretazione, il cui significato etimologico rimanda proprio all'idea di mediazione, di "tessitura" tra il testo, il «co-testo»¹¹ normativo, il contesto extralinguistico (empirico e culturale) e il fine di giustizia rappresentato dai valori della Costituzione e delle Carte europee dei diritti.

Il significato del principio di legalità, ancora dominante presso la penalistica italiana e la nostra Corte costituzionale, si chiarisce alla luce delle categorie teoriche del paradigma moderno. Come il fine del sapere giuridico, secondo quel paradigma, è la verità, intesa come corrispondenza tra la mente e la cosa (tra l'interprete e il dato giuridico), così la legalità è la misura della (*esatta*) *corrispondenza* degli atti di esercizio del potere (sentenze dei giudici o provvedimenti dell'amministrazione) alla "cosa" legge¹².

3. La nuova legalità e i suoi presupposti teorici.

In vesti completamente rinnovate appare, invece, la legalità del paradigma giuridico che ha cominciato a prendere forma nel secondo dopoguerra, in seguito al ristabilimento della «seconda dimensione» del diritto per effetto delle Costituzioni rigide e della riabilitazione della tradizione aristotelica della filosofia pratica¹³. All'origine della riscoperta di quella tradizione, avvenuta inizialmente in Germania nella seconda metà degli anni '50 del secolo scorso, vi fu la «catastrofe»¹⁴ dei totalitarismi e della guerra. Quella tragedia, «al di là delle molteplici trasformazioni sociali che l'avevano preparata», veniva in qualche modo «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». Come si è visto, alla filosofia moderna manca «un concetto di prassi che non si risolva nel dominio tecnico e nella ragione calcolante: anche la filosofia politica, a partire dal mutamento di paradigma hobbesiano, non è altro che ragione teoretica posta al servizio di intenti pratici»¹⁵. Per far fronte alla «crisi del diritto»¹⁶, su

¹¹ Come chiarisce C. SEGRE (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)».

¹² VOGLIOTTI (2013), pp. 420-422.

¹³ Su questa vicenda si rinvia a VOGLIOTTI (2013), pp. 395 s.

¹⁴ CAPOGRASSI (1959).

¹⁵ PORTINARO (1999), p. 531-532.

¹⁶ Nella primavera del 1951 la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova dedicò alla questione un ciclo di conferenze, raccolte nel volume *La crisi del diritto*, Padova, Cedam, 1953. Pur nella diversità delle valutazioni e degli accenti, si poteva discernere, in quelle discussioni, la «comune convinzione che i giuristi avessero la loro parte di responsabilità nella crisi, e che questa responsabilità derivasse dalla rassegnata adorazione della legge positiva, dalla esasperazione del tecnicismo che aveva impedito la visione dei fondamenti e dello scopo ultimo del diritto, dall'eccessiva fiducia nella costruzione e nel sistema» (BOBBIO

cui si interrogò insistentemente la scienza giuridica italiana dopo la bufera del fascismo e della guerra, occorreva un sapere in grado di fornire valutazioni dal punto di vista etico, capace di riconoscere condizioni e criteri della “buona” riuscita dell’agire. Non essendo più percorribile la via di un ritorno al diritto naturale, incompatibile con l’etica moderna della libertà, che sancisce l’autonomia morale dell’individuo, e con il pluralismo assiologico delle società contemporanee, ci si rivolse «all’idea antica di una “filosofia pratica”, cioè ad un discorso che non rinunciava ad essere un sapere, ma fosse al tempo stesso valutativo, cioè capace di orientare la prassi»¹⁷.

In ambito giuridico, questo programma trova espressione nelle forme di una teoria dell’argomentazione ispirata al metodo topico-dialettico della filosofia aristotelica¹⁸ e, successivamente, sulla scia dell’insegnamento di Gadamer, in quelle dell’ermeneutica¹⁹. In Italia, il riavvicinamento della scienza giuridica alla ragion pratica coincide soprattutto, a partire dagli anni Sessanta, con la “scoperta della Costituzione” e con l’esperienza del giudizio di costituzionalità. Il confronto critico tra i principi della Costituzione e le norme della legislazione richiede alla dottrina, alla Corte costituzionale e ai giudici comuni – specialmente tramite la pratica dell’interpretazione conforme – di fare costantemente ricorso a giudizi di valore (che il positivismo avalutativo della prima metà del ‘900 aveva ostracizzato) e di servirsi, seppur a lungo in modo inconsapevole, degli strumenti metodologici della tradizione topico-dialettica²⁰.

Per effetto del recupero della natura pratica del sapere giuridico, muta radicalmente la rappresentazione dell’essere del diritto: non più “cosa” di cui appropriarsi da parte di un soggetto pensato come nettamente separato dall’oggetto, ma *azione, pratica sociale* orientata verso la giustizia, che è il fine proprio del sapere giuridico in quanto sapere pratico. Come osserva Gadamer, il sapere pratico «non è un sapere oggettivo; colui che sa non sta di fronte a uno stato di cose che si tratti di registrare obiettivamente, ma è immediatamente coinvolto e interessato in ciò che ha da conoscere. Si tratta di qualcosa che egli ha da fare»²¹. Il compito del sapere pratico (morale e giuridico) è quello di «trovare ciò che è giusto nel caso concreto, cioè saper vedere concretamente ciò che è giusto nella situazione determinata e attenersi ad esso»²². Il bene si presenta all’uomo «sempre nella concretezza particolare delle singole situazioni nelle quali egli viene a trovarsi» e quindi il sapere ad esso relativo dovrà «guardare alla situazione concreta riconoscendo, per così dire, ciò che essa esige da lui, o, in altre parole,

(1965), p. 20).

¹⁷ BERTI (2004), p. 96.

¹⁸ Cfr., in particolare, i lavori pionieristici di VIEHWEG (1962) e di PERELMAN (tra cui spicca il poderoso *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica* (1958), scritto con L. Olbrechts-Tyteca). Cfr. anche, per una sintesi delle sue numerose riflessioni in ambito giuridico PERELMAN (1976).

¹⁹ Gadamer ha più volte affermato, a partire dal paragrafo di *Verità e metodo* che illustra «l’attualità ermeneutica di Aristotele», la convinzione che la filosofia pratica di Aristotele sia il modello della filosofia ermeneutica.

²⁰ Il nesso tra l’«ermeneutica costituzionale» e «i modi argomentativi della filosofia pratica» è messo bene in luce da MENGONI (1996), pp. 115 ss.

²¹ GADAMER (1983), p. 365.

²² Ivi, p. 368.

colui che agisce deve vedere la situazione concreta alla luce di ciò che in generale si esige da lui»²³.

L'essere del diritto non ha dunque una natura "oggettuale", alla stregua di un dato della natura, ma "relazionale"²⁴. E ciò in un triplice senso.

Il diritto, innanzitutto, è *relazione* in quanto l'azione – che è l'oggetto delle scienze pratiche – è un concetto relazionale: non si può, infatti, agire in astratto, ma solo qui ed ora, in una situazione particolare e in un momento particolare²⁵. Il diritto, quindi, non si dà tutto nella "cosa" legge, ma si fa nelle relazioni interpretative tra l'enunciato normativo e il fatto, tra il testo e il contesto (empirico e culturale). In secondo luogo, il diritto è relazione perché, contrariamente agli oggetti della natura che esistono in sé e per sé, esso non può vivere soltanto nella datità della legge, presupponendo necessariamente la relazione tra soggetto e oggetto: non è possibile, infatti, concepire l'agire prescindendo dal soggetto che agisce. Ne discende che il sapere giuridico, in quanto appartenente alle scienze pratiche, è un sapere che coinvolge inevitabilmente colui che agisce. Il significato di un testo, sostiene l'ermeneutica, è la risposta a una domanda che pone l'interprete attraverso il filtro ineludibile della sua *precomprensione*²⁶, di cui egli deve avere consapevolezza per poterla controllare. Infine, il diritto è relazione perché l'agire giuridico è teleologicamente orientato verso la giustizia, che, come si è visto, è il fine delle scienze pratiche. Ne consegue che, diversamente dalle scienze teoretiche – veritative, descrittive e oggettivanti – il sapere giuridico è un sapere (parzialmente) *produttivo* del proprio oggetto. Il significato dell'enunciato normativo, infatti, non è propriamente un dato che richieda semplicemente di essere *scoperto*, ma un *risultato* che l'interprete deve conseguire in vista di un fine, un *progetto* che, nei casi difficili, deve essere *prudentemente* concepito alla luce della precomprensione dell'interprete, delle relazioni del testo con l'ambiente giuridico (testuale) che lo circonda (il co-testo), delle peculiarità del contesto (empirico e culturale, sempre più spesso eterogeneo e conflittuale in una società caratterizzata dalla pluralità delle forme di vita) e del fine di giustizia indicato dalle Carte dei diritti (il cui significato dipende, a sua volta, dalle differenti categorie culturali di senso e di valore che si danno in un determinato momento storico).

²³ Ivi, p. 364.

²⁴ VOGLIOTTI (2007), pp. 206-210.

²⁵ Sulla natura contestuale delle scienze pratiche, v. 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*» (la sottolineatura è nostra).

²⁶ Con tale concetto s'intende «un apparato categoriale, acquisito, nel senso più ampio, attraverso un'esperienza sociale, con il cui aiuto il giudice, inconsciamente, sceglie, registra e classifica le caratteristiche "manifestamente" rilevanti di un caso e delle norme "appropriate" alla sua soluzione» (ESSER (1983), p. 4). Per Esser il processo di reperimento del diritto è attivato dalla rappresentazione anticipata, da parte del giudice, di una soluzione del caso che possa essere accettata come ragionevole e giusta dai «"benpensanti" della sua stessa società», perché il diritto «non "può" pretendere qualcosa di ingiusto e di non ragionevole, ma attende piuttosto proprio quella comprensione del suo "contenuto" che conduce a decisioni giuste» (ivi, p. 18).

Alla luce di queste nuove coordinate epistemologiche ed ontologiche muta il significato della legalità. 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 (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'amministrazione²⁷.

La natura relazionale del diritto e il carattere contestuale e teleologico del sapere giuridico si oppongono alla rappresentazione tradizionale – fondata su una concezione teoretica, descrittiva e astratta, del sapere giuridico – che distingue il momento dell'*interpretazione* (in astratto) dal momento dell'*applicazione* (in concreto). Tale distinzione – fatta propria dagli Autori del questionario²⁸, presente in Kelsen²⁹ e riproposta ancora oggi da alcuni esponenti dell'indirizzo analitico³⁰, insensibili alla «svolta contestuale»³¹ e pragmatica avvenuta nell'analisi del linguaggio in quella stessa tradizione filosofica – presuppone la netta separazione tra fatto e diritto, che, come si è visto, è una delle dicotomie fondamentali del pensiero giuridico moderno. L'ermeneutica giuridica, che, come si è già ricordato, si rifà alla tradizione aristotelica della filosofia pratica, rifiuta quella dicotomia, ponendo al centro dell'impresa interpretativa il *caso*, che è il luogo d'incontro e di mutua fecondazione tra il fatto e l'enunciato normativo, e difendendo la tesi dell'inscindibilità del nesso interpretare-applicare: il testo non è compreso dall'interprete «come qualcosa di universale e solo in un secondo tempo usato per applicazioni a determinati casi particolari». L'applicazione non è infatti «una parte accidentale e secondaria del fenomeno del comprendere, ma lo costituisce nella sua stessa essenza fin dall'inizio»³².

La centralità del momento applicativo e, quindi, la produttività dell'interpretazione si rivelano chiaramente nei "casi difficili".

Prendiamo, ad esempio, il "caso nuovo" della prostituzione telematica, deciso dalla Corte di cassazione nel 2004³³. Qui i giudici, che, orientati dalle loro precomprensioni, hanno avvertito un «bisogno di disciplina» del fatto³⁴, hanno arricchito il contenuto semantico della legge che punisce lo sfruttamento e il favoreggiamento della

²⁷ VOGLIOTTI (2020a).

²⁸ La tesi tradizionale della separazione era sostenuta già in DONINI (2011), p. 81.

²⁹ KELSEN (1966), pp. 381-390.

³⁰ V., ad esempio, FERRAJOLI (2007), pp. 560 ss. e GUASTINI (2007), pp. 60, 79, 82 ss. e 96

³¹ PENCO C. (2002).

³² GADAMER (1983), p. 376.

³³ Sez. III, 22 aprile 2004 (dep. 8 giugno 2004), n. 534, in «Cassazione penale», 2004, p. 3577-3581.

³⁴ HRUSCHKA J. (2009), pp. 65-66. Questo bisogno di disciplina, mosso da un «interesse pratico», costituisce la *domanda* che innesca il processo ermeneutico: «senza una precomprensione sul bisogno di regolamentazione del caso e sulla "adattabilità" della norma alla situazione di conflitto, il testo interrogato non può offrire alcuna risposta» (DE RUGGIERO L. (1977), p. 127). Sul «primato ermeneutico della domanda» (GADAMER (1983), pp. 418 ss.), ha particolarmente insistito Hruschka, nel saggio citato.

prostituzione, aggiungendo, agli elementi costitutivi del concetto di prostituzione, l'interazione, anche a distanza, tra il cliente e la prostituta, elemento assente nei precedenti della Corte e non ricavabile dalla lettura in astratto della norma (cioè prescindendo dal contesto applicativo). È quel fatto particolare, inimmaginabile al tempo dell'approvazione della legge Merlin, che ha indotto il giudice a comprendere l'enunciato normativo in quel senso.

Come si può facilmente notare già da questo esempio, l'attività conoscitiva del giudice non è raffigurabile come un mero rispecchiamento di un oggetto semantico già tutto definito dall'autore della legge. Essa si rivela, invece, per quello che è, conformemente alla sua natura di sapere pratico: un'attività (parzialmente) produttiva del proprio oggetto. Dopo la sentenza del giudice, la legge Merlin non è più quella che era prima dell'interpretazione/applicazione: si è arricchita di significato, si è "ispessita" semanticamente. Viene qui allo scoperto il paradosso – che è tale solo se l'interpretazione viene intesa nella prospettiva delle scienze teoretiche, descrittive e veritative – della norma che «muta attraverso la decisione fondata su di essa»: la norma, *rectius*, l'enunciato normativo o "disposizione", secondo il lessico più consono al giurista e adottato dai redattori del questionario, «viene costituita in modo nuovo attraverso la decisione»³⁵, che pure è presa sulla base della norma.

Nella prospettiva ermeneutica, il ragionamento dell'interprete non è di tipo lineare e gerarchico (dalla norma al fatto), secondo il modello (moderno) del sillogismo, ma *circolare* o, come suggerisce Hassemer per sottolineare la virtuosità del circolo, *spiraliforme*: «entrambi i fattori del processo interpretativo, la fattispecie e il fatto, si determinano contemporaneamente, non una sola volta e sullo stesso piano ermeneutico, bensì ripetutamente e ogni volta su piani ermeneutici diversi, "più elevati"». Fatto e norma, dunque, si arricchiscono reciprocamente: «la fattispecie e i suoi elementi sono ermeneuticamente incompleti, non dispiegati fino al momento in cui vengono posti in riferimento al fatto da giudicare. Lo stesso vale *vice versa* per il fatto. Fino a quel momento è stabilito solo ciò che essi possono significare, ma non cosa significano attualmente. Il loro senso è dunque il risultato del processo interpretativo»³⁶.

Si obietterà. La tesi dell'inscindibilità del nesso interpretare/applicare, bene esemplificata dall'immagine del «circolo ermeneutico», vale solo per i casi difficili, non per quelli facili o «casi-esempio», per riprendere la formula usata nel questionario. Che il portafoglio sia un'occorrenza della nozione «cosa mobile» lo era pacificamente in passato e lo sarà in futuro, senza necessità di attendere il momento applicativo per comprendere appieno il significato della formula legislativa che punisce il furto. A una tale obiezione si può rispondere, innanzitutto, che la bontà di una teoria non si apprezza nei casi facili, ma si testa con quelli che i filosofi della scienza chiamano «*experimenta crucis*». È tale l'esperimento che consente di decidere tra due ipotesi o teorie rivali. Per noi giuristi, l'*experimentum crucis*, che permette di operare la scelta tra due teorie rivali dell'interpretazione è rappresentato proprio dal "caso difficile".

³⁵ HASSEMER (2007), pp. 167-168.

³⁶ Ivi, pp. 176 e 189.

Una seconda risposta si può ricavare dall'obiezione che Fuller muove ad Hart in relazione alla tesi dell'esistenza di un nucleo di significato («*core of meaning*») che può essere attinto rimanendo rigorosamente all'interno del perimetro linguistico dell'enunciato³⁷. I casi che cadono all'interno di questo nucleo sono detti da Hart «chiari» o «paradigmatici». Qui l'interprete si limiterebbe a "scoprire" un significato preesistente, definito dalle convenzioni linguistiche operanti in una determinata comunità interpretativa, e, come tale, indipendente dal momento applicativo. Fuller risponde che non è possibile, a livello puramente linguistico, astratto, distinguere una volta per tutte i casi facili dai casi difficili. Il caso paradigmatico è il risultato di un'attività ricostruttiva che esige un'indagine intorno allo scopo della regola, alla luce della concreta situazione in cui quella si deve applicare. Per comprendere l'autentico significato di una regola non è possibile, quindi, prescindere da considerazioni di tipo *pragmatico*, che si collocano oltre il testo da interpretare.

Fuller suggerisce al suo interlocutore di considerare il caso di un carro armato perfettamente funzionante, posto su un piedistallo come parte di un monumento in memoria dei caduti in guerra. Diversamente dal caso dei pattini a rotelle o dell'automobile giocattolo, che rientrano nell'«area di penombra» e sono pertanto "casi difficili", il carro armato – considerato in astratto, ossia prescindendo dalla peculiarità del contesto fattuale e dallo scopo della regola – sembra rientrare senz'altro nel nucleo di significato del termine "veicolo". Il carro armato, dunque, in quanto occorrenza certa del tipo "veicolo", non dovrebbe mai poter entrare nel parco. Tuttavia, alla luce della concretezza del fatto (il carro armato, nel caso di specie, è impiegato come un monumento) e dello scopo della regola (preservare la quiete nel parco) sarebbe del tutto irragionevole – perché contrario alla natura *pratica* e, dunque, *contestuale* e *progettuale* del sapere giuridico – vietare l'introduzione di *quel* carro armato nel parco.

Infine, proprio per l'impossibilità di tracciare in astratto, a livello puramente semantico-sintattico, un confine tra casi facili e difficili, può accadere che un caso sia ritenuto facile per un certo periodo di tempo e, in seguito al mutamento del contesto (fattuale, tecnologico, sociale, culturale, giuridico...), venga percepito come difficile e ciò senza che il testo immediato di riferimento, con il quale si apprezzava la facilità del caso, sia mutato.

Il caso *S.W. c. Gran Bretagna* del 22 novembre 1995, deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, illustra bene questo carattere mobile del confine tra le due tipologie di casi.

I giudici di Strasburgo dovevano stabilire se la condanna di un uomo per violenza sessuale nei confronti della propria moglie fosse contraria al principio dell'irretroattività del diritto penale, contemplato all'art. 7 della Convenzione europea, in quanto, secondo il ricorrente, tale decisione si sarebbe fondata su un mutamento *in malam partem* di una regola di *common law* che prevedeva il principio dell'immunità coniugale in materia. Lasciamo per il momento in sospeso la questione – che

³⁷ FULLER (1958), pp. 661 ss. La tesi di Hart è enunciata in HART (1958).

affronteremo nel paragrafo successivo – della retroattività “occulta” dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli.

Dalla lettura della decisione della Corte, si evince che, nell’ordinamento inglese – quantomeno fino al 1949³⁸ – vigeva incontrastato il principio dell’immunità coniugale. Tale principio era stato enunciato da Sir Matthew Hale, *Chief Justice*, in un’opera pubblicata nel 1736 (*History of the Pleas of the Crown*). Il passo rilevante è così ricordato dalla Corte europea: «the husband cannot be guilty of rape committed by himself upon his lawful wife, for by their matrimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract» (§ 10). Il principio di immunità coniugale orientava l’interpretazione dell’art. 1, § 1 lett. a) della legge del 1976 (*Sexual Offences Amendment Act*), norma che precisava la definizione del reato di violenza sessuale già previsto da una legge del 1956. Tale articolo definiva così il reato in questione: «a man commits rape if (a) he has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it» (§ 20). Secondo tale lettura, il termine «illegittimi» (*unlawful*) veniva comunemente inteso come una conferma del principio enunciato da Sir Matthew Hale: l’articolo escludeva dalla definizione di violenza sessuale i rapporti “legittimi”, ossia quelli consumati all’interno del matrimonio. Per lungo tempo, quindi, il caso se un marito potesse essere condannato per stupro della moglie era considerato facile, tanto da non aver innescato azioni penali fino al 1949.

Dopo quella data, però, il caso comincia progressivamente a non essere più così chiaro. Come si ricava dal § 15 della sentenza della Corte europea, il giudice inglese di prima istanza nota, il 18 aprile 1991, che l’immunità coniugale «has, particularly over the last 30 or 40 years, been whittled away by judicial decision to the extent that [...] it no longer exists».

Che cos’è accaduto in quel lasso di tempo? È accaduto che, malgrado fosse rimasta inalterata la legge del 1976, interpretata alla luce dell’autorevole opinione del *Chief Justice Hale*, il *contesto* era progressivamente mutato. Tale mutamento si rifletteva (rendendosi così giuridicamente percepibile) in quella parte della giurisprudenza – più attenta a recepire i nuovi segnali provenienti dalla società – che iniziava a prendere le distanze dall’originario orizzonte interpretativo, introducendo delle eccezioni alla regola dell’immunità³⁹. A quei temperamenti giurisprudenziali fece presto eco il formante legislativo che cominciò ad esprimersi con dibattiti parlamentari e proposte di

³⁸ In un documento di lavoro della *Law Commission*, terminato il 17 settembre 1990 e ricordato dalla Corte europea, si notava che, prima del 1949, non era stato reperito nessun caso di azione penale intentata contro un marito per violenza sessuale nei confronti della moglie (§ 24).

³⁹ La *Law Commission*, in un documento depositato il 17 settembre 1990, distingue due tipi di eccezione giurisprudenziale alla regola dell’immunità, a seconda che fosse o no intervenuta una decisione dell’autorità giudiziaria. Tra i casi che rientrano nella prima ipotesi ricordiamo: la decisione che libera la moglie dal dovere di coabitare con il marito; una sentenza di separazione o un giudizio provvisorio di divorzio; un’ordinanza di interdizione a molestare la moglie. Quanto alla seconda tipologia, alcune sentenze scartavano la regola dell’immunità in presenza di un esplicito accordo di separazione, poi esteso anche ai casi di accordo tacito, ricavabile, ad esempio, dalla rottura della vita in comune accompagnata da un chiaro segno di revoca del consenso ai rapporti sessuali (cfr. § 25).

riforma confluite nel documento finale della *Law Commission*, depositato il 17 settembre 1990 (giusto un giorno prima del verificarsi dei fatti delittuosi oggetto del ricorso alla Corte europea). In tale documento si raccomandava di sopprimere la regola dell'immunità⁴⁰. Parallelamente a questi fermenti legislativi, era anche mutato l'ambiente normativo circostante. Il co-testo legislativo (il diritto di famiglia e, in particolare, la disciplina dei rapporti tra i coniugi) aveva progressivamente registrato le trasformazioni dell'*ethos* della società inglese.

Tale evoluzione è ben sintetizzata da un *obiter* di una sentenza della *House of Lords* resa il 23 ottobre 1991, in relazione ad un caso analogo di stupro della moglie da parte del marito. Come si ricava dalla sentenza dei giudici europei, la Corte suprema inglese sottolinea che il *common law* è «capable of evolving in the light of changing social, economic and cultural developments. Whilst Sir Matthew Hale's proposition had reflected the state of affairs at the time it was enunciated, the status of women, and particularly of married women, had changed out of all recognition in various ways. Apart from property matters and the availability of matrimonial remedies, one of the most important changes had been that marriage was in modern times regarded as a partnership of equals, and no longer one in which the wife must be the subservient chattel of the husband» (§ 12). Alla luce di queste premesse, la Corte europea assolve l'operato della giurisprudenza inglese, aggiungendo l'ulteriore argomento secondo cui «the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom» (§ 44).

Dalla vicenda giudiziaria qui sommariamente evocata si ricava, quindi, che il caso in esame, facile in un determinato momento storico, era diventato progressivamente sempre più difficile (tanto da richiedere una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo), e – dopo le sentenze della *House of Lords* e dei giudici di Strasburgo – si avviava a diventare di nuovo facile. Tale tendenza è stata poi anche confermata da una legge del 1994 (*Criminal Justice and Public Order Act*) la quale, in una delle sue disposizioni, ha soppresso la parola “illegittimi” che forniva un appiglio linguistico alla lettura tradizionale⁴¹.

⁴⁰ Per inciso, proprio questo documento della *Law Commission* era stato invocato a proprio scarico dal ricorrente come prova del fatto che, all'epoca del (presunto) delitto, il diritto inglese prevedeva ancora la regola dell'immunità.

⁴¹ Tale appiglio formale era però neutralizzato dall'opposta lettura “progressista” che interpretava l'espressione legale “rapporti sessuali illegittimi” come una semplice ridondanza tesa a sottolineare il carattere non consensuale (e quindi *contra ius*, “illegittimo”) dei rapporti sessuali (cfr. il § 42 della sentenza). Ciò rivela in modo evidente tutta la fragilità e l'equivocità del canone dell'interpretazione meramente letterale.

4. Problemi nuovi e nuove soluzioni: l'*overruling in malam partem*

Il caso inglese della violenza sessuale ci conduce direttamente a uno dei più importanti problemi generati dal nuovo paradigma e richiamati dagli Autori del questionario: come comportarsi di fronte a mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, che, ora, osservati con le lenti dell'ermeneutica e della Corte di Strasburgo, ci appaiono come veri e propri mutamenti del *diritto*?

Nella prospettiva del penalista moderno, che attribuisce all'interpretazione dei giudici una funzione meramente dichiarativa, i mutamenti giurisprudenziali appaiono semplicemente come letture diverse (una "esatta", l'altra o le altre sbagliate e, per questo, corrette dall'*overruling*) di un testo il cui *vero* significato è da sempre esistente nelle pieghe della lettera della legge e, quindi, conoscibile (a volte *prima facie* altre volte con uno sforzo interpretativo più o meno intenso)⁴². Per la "scienza normale" del paradigma penale moderno – quella che è riprodotta fedelmente nei manuali e che affonda le sue radici nel modello aristotelico delle scienze teoretiche – non vi è spazio per una visione più scettica dell'attività interpretativa del giudice: se l'enunciato normativo o «schema» contiene più significati – e quindi, nel modello kelseniano, più norme – quell'enunciato deve essere impugnato di fronte alla Corte costituzionale per violazione del principio di determinatezza.

Come si vede, nella rappresentazione *geometrica* del paradigma moderno tutto appare ben definito e ogni problema ha una sua soluzione: non c'è spazio per l'incertezza. Se i principi del paradigma vengono rispettati dal legislatore e se i giudici padroneggiano gli strumenti della scienza (e ciò, in quella narrazione, si presume che accada per i giudici della Cassazione, selezionati per la loro elevata competenza scientifica) non vi è spazio per dubbi interpretativi radicali, non risolvibili attraverso il corretto uso della ragione (teoretica) del giudice. Per lo stesso motivo, non vi dovrebbero essere mutamenti di giurisprudenza: se questi si verificano è perché la prima lettura della legge è frutto di un'interpretazione sbagliata, di un uso scorretto della ragione giuridica. Insomma, le disfunzioni del *sistema* penale (altro termine tratto dal lessico matematico) – l'indeterminatezza degli enunciati normativi, i dubbi interpretativi radicali e irrisolvibili, i mutamenti di giurisprudenza, i contrasti giurisprudenziali, l'incertezza della risposta giudiziaria – dipendono *esclusivamente* dall'insipienza degli attori del sistema o dalla loro tracotanza (per finalità politiche, per motivi ideologici, per calcoli di interesse personale o corporativo, per ragioni repressive...).

Se la legge è *perfetta*⁴³ e la legge *può e deve* essere perfetta (se non lo è deve essere dichiarata incostituzionale per violazione del principio di legalità-determinatezza), e il metodo giuridico (veritativo e descrittivo) è impiegato correttamente, l'apporto degli attori del sistema – con l'eccezione del mitizzato Legislatore, l'unico soggetto abilitato

⁴² Alla luce del paradigma moderno, il problema dei mutamenti giurisprudenziali, per le ragioni che sappiamo, era un problema *impensabile*: quel fenomeno non era contemplato dalle categorie teoriche del paradigma e, quindi, non "esisteva" (o, se si preferisce, non era percepibile). V., in proposito, VOGLIOTTI (2002).

⁴³ Sull'ideale, tipicamente moderno, della "legge perfetta", v. OST (1996).

ad effettuare scelte di valore in quanto rappresentante del popolo sovrano – è puramente tecnico e, quindi, marginale: essi devono limitarsi ad assicurare che la macchina del diritto funzioni correttamente.

Del tutto diverso è, invece, il ruolo dell'*uomo di legge* (del giurista-interprete) nel paradigma dello stato costituzionale di diritto, che si sta sempre più definendo. Alla luce della natura relazionale del diritto e del carattere pratico del sapere giuridico – che rappresentano la componente ontologica e metodologica del nuovo paradigma – l'interpretazione non è una mera attività (oggettiva, spersonalizzata) di disvelamento di significati già completamente definiti nel testo, ma, come si è visto, un'attività di *progettazione* di significati in cui la *phronesis* o *prudentia* dell'interprete (il suo «retto discernimento», tenuto conto di tutti quei fattori contestuali e teleologici di cui si è detto) è inevitabilmente coinvolta. Visto il ruolo attivo, ricostruttivo, dell'interprete, che non può sfuggire alla *responsabilità* nei confronti del *risultato* della sua attività costitutiva e valutativa, si pone un nuovo problema che, a nostro parere, è il *problema davvero fondamentale* del nuovo paradigma: quello della *qualità* dell'uomo di legge (e, quindi, della *formazione del giurista*), che si affianca, superandolo per rilevanza, al problema, tipicamente moderno, della qualità della legge⁴⁴.

Quest'ultima non solo è stata detronizzata dalla Costituzione dalla sua posizione di vertice della piramide delle fonti. Con la «trasformazione costituzionale»⁴⁵ che ha sancito il tramonto del vecchio stato legislativo di diritto e l'avvento del nuovo stato costituzionale, è la stessa immagine (moderna) della piramide che non regge più: osservato attraverso il filtro del nuovo paradigma, il diritto appare come una *rete* di materiali giuridici, disposti su scale gerarchiche spesso incerte, variabili, «aggrovigliate»⁴⁶, in cui svolge un ruolo cruciale l'interprete, chiamato a *tessere relazioni* tra *auctoritates* (i materiali giuridici ritenuti validi, secondo i criteri di validità dell'ordinamento coinvolto, e ordinati secondo le regole di competenza e di gerarchia, sempre più definite interpretativamente dai «Grandi Tribunali»)⁴⁷ e *rationes* (argomenti interpretativi, valutazioni prudenziali di ragionevolezza, ponderazioni e bilanciamenti, sentenze di corti autorevoli di altri ordinamenti, opinioni dottrinali, concezioni filosofiche, etiche, antropologiche diffuse nella società...).

In quest'opera *prudente* di tessitura il giurista-interprete non deve soltanto possedere un *sapere* (le competenze metodologiche del nuovo paradigma e un'ampia cultura generale), ma deve anche e necessariamente acquisire un'*etica* professionale: l'etica del *limite*. Più precisamente, è proprio il tipo di sapere del nuovo paradigma, la consapevolezza della *debolezza* della ragion pratica rispetto alla *forza* ostentata della ragione teoretica – una forza che però si è rivelata *illusoria* perché frutto di un

⁴⁴ V., *amplius*, VOGLIOTTI (2007), cap. V («Dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge»). Sull'esigenza di ripensare il modello di formazione del giurista, in modo tale che sia coerente con le caratteristiche del nuovo paradigma, v. VOGLIOTTI (2020b).

⁴⁵ FIORAVANTI (2016).

⁴⁶ Con la formula «gerarchie aggrovigliate» si allude a quel fenomeno apparentemente paradossale per cui «quelli che si presume siano livelli gerarchici ben precisi e netti, inaspettatamente s'intrecciano in un modo che viola i principi gerarchici (HOFSTADTER (1990), p. 749).

⁴⁷ V., in merito e per alcune esemplificazioni, CASSESE (2009).

fraintendimento metodologico, alla radice dell'esito nichilistico della modernità giuridica⁴⁸ – che spinge il giurista a rivolgersi all'etica e alla deontologia. Svanita l'illusione moderna di un diritto capace di porre da sé limiti oggettivi e cogenti all'interprete, è quest'ultimo che deve avere la forza di fissare un limite alla sua *vis* ermeneutica se vuole che il tessuto del diritto non si laceri⁴⁹.

Per tornare al problema dei mutamenti giurisprudenziali, si impone una preliminare scelta metodologica: dobbiamo accostarci a questo problema con gli occhiali del nuovo paradigma, ma con gli strumenti del vecchio (com'è consueto nei lavori dedicati al tema e com'è suggerito dagli Autori del questionario) oppure dobbiamo fare ricorso alle risorse del nuovo paradigma e, quindi, elaborare soluzioni con esso coerenti? Secondo l'approccio consueto, in presenza di mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, la dottrina che rifiuta la concezione dichiarativa dell'interpretazione prospetta due possibili soluzioni. Una soluzione *oggettiva*, che parifica *in toto* il mutamento giurisprudenziale al mutamento legislativo, estendendo analogicamente (*in bonam partem*) l'art. 2, c. 2, c.p. o applicando direttamente l'art. 25 della Costituzione (v. il punto 6 del questionario). Una soluzione *sogettiva*, accolta dalla Cassazione in via di principio⁵⁰, che consente di ottenere il medesimo risultato di non applicare la nuova interpretazione al fatto verificatosi prima dell'*overruling* facendo leva sull'art. 5 c.p., come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza 368/1988. Con quella pronuncia la Corte – attribuendo rilevanza scusante al “caos giurisprudenziale” – introduce un temperamento all'assolutezza del principio *ignorantia legis non excusat*, principio perfettamente coerente con la cornice teorica e mitologica del paradigma penale moderno. Alla luce di tale rilettura dell'art. 5 c.p. – che rappresenta una prima registrazione ufficiale di un'anomalia del paradigma penale moderno, cui si tenta di reagire, pragmaticamente, con una soluzione tratta dalle risorse offerte dallo stesso paradigma (strategia delle ipotesi *ad hoc*) – la non conoscenza della nuova interpretazione sfavorevole sarebbe scusata in quanto errore inevitabile e, quindi, incolpevole.

Entrambe le soluzioni, pensate originariamente per problemi diversi da quello in esame, non soddisfano pienamente.

La soluzione oggettiva, che tratta allo stesso modo due fenomeni diversi (il mutamento legislativo e il mutamento giurisprudenziale), non convince per almeno tre ragioni. Innanzitutto perché il mutamento legislativo interviene sull'enunciato normativo (sul testo), mentre il *revirement* giurisprudenziale interviene sulla norma (sul significato del testo). In secondo luogo perché il mutamento legislativo è prodotto da un unico autore, si presume stabile ed è precisamente e facilmente individuabile (ha un

⁴⁸ Su questo esito, v. VOGLIOTTI (2007), in particolare il cap. II: “Modernità liquida”. V. anche, per ulteriori considerazioni, VOGLIOTTI (2019).

⁴⁹ Sull'esigenza di un'etica del limite v., più diffusamente, VOGLIOTTI (2007), pp. 305-317. Recentemente Francesco Palazzo ha messo bene in luce tutta l'importanza di un'etica dell'interpretazione come «limite interno all'esercizio della funzione» giudiziaria» (PALAZZO (2022), p. 128).

⁵⁰ Finora, l'unica sentenza che non ha fatto retroagire l'*overruling* giurisprudenziale *in malam partem* (disposto da una decisione delle Sezioni Unite) è Cass. Sez. III, 6 ottobre 1993, n. 435, Garofoli, in «Giustizia penale», 1995, II, c. 43 s.

carattere puntiforme ed è regolato da una logica *monotònica*); il mutamento giurisprudenziale, invece, non è originato da un unico soggetto (per limitarsi alla Corte di cassazione, le sue sezioni sono sei e la composizione dei collegi varia), non possiede una presunzione di stabilità (il precedente non è vincolante) e, data la sua natura interpretativa, non è agevole definire con precisione il momento in cui l'*overruling* si verifica (ha un carattere di flusso ed è regolato da una logica *fuzzy* o *floue*).

A voler essere precisi, vi è un mutamento giurisprudenziale che, per questo secondo profilo, appare molto simile al mutamento legislativo: quello disposto dalle Sezioni Unite, specie dopo la riforma operata dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, che, come vedremo più avanti, ha assicurato una maggiore resistenza e stabilità ai suoi precedenti. Questa somiglianza non autorizza, però, ad omologare i due fenomeni, specialmente se si considera l'ultima, fondamentale, differenza che distingue il mutamento legislativo da quello giurisprudenziale.

Il primo, come già si è sottolineato, non ha natura interpretativa, incide, in astratto, sulla lettera della legge. Ciò significa che il legislatore è libero di modificare come vuole il testo con il solo limite di rispettare i parametri normativi di rango superiore. L'unica eccezione è rappresentata dalle leggi di interpretazione autentica, che, proprio per questa loro natura, devono essere parificate al fenomeno del mutamento giurisprudenziale. Quest'ultimo, a differenza del mutamento legislativo, ha natura interpretativa/applicativa e, quindi, è soggetto al limite del testo (a cui la diversa interpretazione deve potersi ricondurre perché la sentenza sia valida) ed è intimamente dipendente dalla concretezza del caso. Questo legame intimo con la particolarità del fatto (e, quindi, con l'autore del reato), richiede che vengano presi in considerazione anche profili di natura soggettiva (l'effettiva conoscibilità della norma, tenuto conto del contesto e delle caratteristiche del soggetto agente), riconducibili al parametro della colpevolezza.

Anche la soluzione soggettiva, però, se presa isolatamente, nella sua assolutezza, non è soddisfacente. Il mutamento giurisprudenziale non è soltanto un fenomeno che *può* (come vedremo) rendere non conoscibile la nuova interpretazione e, quindi, non esigibile il comportamento prescritto dalla nuova lettura dell'enunciato normativo. L'*overruling*, nella prospettiva del nuovo paradigma, non è una realtà che coinvolge esclusivamente profili di natura soggettiva (riconducibili alla categoria della colpevolezza), ma anche oggettiva: per l'ermeneutica, come si è visto, la nuova interpretazione non è soltanto una diversa lettura della legge, ma è, più radicalmente, *nuovo diritto* (giurisprudenziale).

Proprio perché il problema del mutamento giurisprudenziale *in malam partem* è un problema nuovo, tipico del nuovo paradigma, occorre immaginare una soluzione nuova, che sia al contempo oggettiva e soggettiva. Un aiuto in tal senso ci viene dalla giurisprudenza della Corte europea che, come si è già notato, è espressione di una cultura giuridica coerente con la cornice teorica del nuovo paradigma: segue – consapevolmente o inconsapevolmente – il metodo delle scienze pratiche, che la porta ad abbandonare lo standard inesigibile della certezza (proprio delle scienze teoretiche) a vantaggio del criterio della *ragionevole* prevedibilità; ha un approccio pragmatico, non astratto e formalistico, alle questioni giuridiche; focalizza la sua attenzione più sul *law in*

action (i contesti applicativi) che sul *law in the books* (le norme generali e astratte); è più attenta alla sostanza valoriale che alla forma, all'effettività della tutela dei diritti che alla validità astratta delle regole; considera il diritto penale giurisprudenziale come un fenomeno fisiologico che, se ben gestito, può accrescere la prevedibilità del diritto e la giustizia della legge (e ciò grazie alla sua natura casistica che le consente di adattarsi alle specificità del caso concreto); accoglie la categoria ermeneutica, assiologicamente connotata, del *tipo* (la «sostanza dell'incriminazione») in luogo della categoria moderna della tassatività della fattispecie, figlia di una concezione puramente semantico-sintattica del linguaggio, che non riconosce nel momento applicativo una componente essenziale della vita della regola.

Com'è noto, la Corte di Strasburgo ha elaborato due criteri per valutare la conformità dell'interpretazione giudiziale al principio di legalità, che incorpora, secondo la sua lettura dell'art. 7 della Convenzione, anche il formante giurisprudenziale.

Il primo criterio, già accennato – la *coerenza con la sostanza dell'incriminazione* – è rivolto al testo e ha quindi un carattere *oggettivo*. Con esso la Corte vuole garantire che l'interpretazione del giudice sia rispettosa del tipo legale, cioè del *disvalore* che il legislatore, in seguito a una scelta politica libera (con il limite del rispetto della Costituzione), ha deciso di colpire con una sanzione penale. Il tipo si costruisce a partire dal testo ma non si esaurisce in esso⁵¹. Nell'esempio già ricordato della “prostituzione” telematica, il testo della legge Merlin, grazie alla plasticità del lessema “prostituzione”, non pone ostacoli linguistici insormontabili all'interpretazione che considera quel fatto un'occorrenza del “concetto” di prostituzione. Se però il caso in questione viene affrontato tramite la categoria del tipo, la soluzione più ragionevole (e, quindi, più corretta) è di segno opposto. Si può fondatamente argomentare, infatti, che il fatto contestato è più simile al tipo della rappresentazione dell'osceno che al tipo della prostituzione⁵². Se si accoglie questa conclusione – fatta propria dal giudice di merito e più garantista – ne discende che la già citata interpretazione della Corte di cassazione che qualifica quel fatto “prostituzione” è priva di una base legale ed è quindi contraria al principio di legalità. Essendosi esaurite, con quella decisione, le vie di ricorso interne, al condannato si apre la possibilità di fare ricorso alla Corte europea per violazione dell'art. 7 della Convenzione. All'opposto, il caso della molestia tramite citofono (in nessun modo riconducibile alla lettera dell'art. 660 c.p. che punisce la molestia tramite telefono; provate a chiamare con un citofono qualcuno che abita in un altro palazzo...) può essere ragionevolmente considerato un'occorrenza di quel tipo legale: il disvalore è infatti il medesimo⁵³. A tale conclusione si può giungere interpretando il caso del telefono, previsto dal legislatore, non come tassativo ma come “paradigmatico”, come

⁵¹ Sul *tipo* come categoria ermeneutica con cui tracciare i confini *sfocati* che distinguono l'analogia ammissibile da quella inammissibile e sulla sua costruzione, v. VOGLIOTTI (2011), pp. 61 ss.

⁵² Ivi, pp. 128-133.

⁵³ A questa conclusione è pervenuta la Cassazione (Sez. VI, 5 maggio 1978, n. 8759, Ciconi), tramite un non mascherato ragionamento analogico (che sarebbe inammissibile secondo le categorie del paradigma penale moderno): «nella generica dizione di cui all'art. 660 Codice Penale, “col mezzo del telefono” sono compresi anche la molestia e il disturbo recati con altri analoghi mezzi di comunicazione a distanza (citofono eccetera)».

un'incarnazione esemplare del tipo criminoso. Un discorso simile si può fare per il furto di energia elettrica che già prima del codice Rocco veniva considerato un'occorrenza di quella fattispecie, anche se la lettera della legge, a rigore, lo avrebbe impedito⁵⁴.

Nella prospettiva dell'ermeneutica, che attribuisce all'interpretazione natura analogica e, quindi, relazionale (coerentemente con la natura relazionale dell'essere del diritto)⁵⁵, l'analogia vietata è quella che estende un determinato tipo criminoso a un fatto che non possiede il medesimo contenuto di disvalore. Come osserva Francesco Palazzo, l'analogia inammissibile (perché contraria ai principi di un diritto penale liberal-garantista) è quella che «spezza il "tipo", lo scioglie in un *continuum* che è l'esatto contrario della conformazione "tipologica" dell'illecito penale: questa è in effetti la vera analogia, cioè *non* quella che resta all'interno del "tipo" espresso dal testo legislativo riportando alla fattispecie i fatti "analoghi" perché riconducibili allo stesso contenuto specifico di disvalore, bensì quella che estende la disciplina legislativa ad un "tipo" caratterizzato da similitudini naturalistiche ma valutativamente eterogeneo»⁵⁶.

Se l'*overruling* giurisprudenziale supera il primo test di legalità, è, cioè, coerente con la sostanza dell'incriminazione, non ne consegue automaticamente l'irretroattività del *nuovo diritto* (giurisprudenziale) *in malam partem*, come avverrebbe, in forza dell'art. 2 c.p. (e, prima ancora, dell'art. 25 Cost.), se il mutamento fosse originato dalla fonte legislativa, che non ha vincoli testuali e contestuali. La Corte europea, infatti, coerentemente con la natura interpretativa e non legislativa del mutamento, affronta la questione dell'*overruling* giurisprudenziale anche dal punto di vista soggettivo, del destinatario del precetto. Dopo aver ottenuto una risposta positiva alla domanda se la diversa interpretazione (*in malam partem*) è coerente con la sostanza dell'incriminazione, la Corte si chiede ancora: quella nuova norma, che, pur coerente con il tipo criminoso, muta la precedente giurisprudenza sul punto, è *ragionevolmente prevedibile* dal soggetto agente?

L'assunzione del punto di vista del destinatario del precetto è coerente con l'approccio pragmatico al linguaggio fatto proprio dalla Corte europea. Ciò che conta, in questa prospettiva, non è tanto il contesto di emissione del messaggio normativo, che può essere anche molto lontano dai fatti, e quindi il testo nella sua struttura semantica e sintattica, ma il contesto di ricezione del precetto da parte dei destinatari: il *law in action*, se si vuole, più che il *law in the books*.

La valorizzazione del contesto di ricezione e del destinatario del precetto ci fa meglio comprendere la ragione della non automaticità dell'irretroattività del mutamento

⁵⁴ Recentemente, una questione interpretativa simile si è posta relativamente al caso dell'appropriazione indebita di *files*. La Cassazione – pur non impiegando il criterio del tipo, non contemplato dal paradigma moderno che, almeno a livello ufficiale e declamatorio, resta per la giurisprudenza (e la scienza) il paradigma di riferimento per assicurare validità alle proprie decisioni – ha risolto la questione nel senso che «i dati informatici (*files*) sono qualificabili cose mobili ai sensi della legge penale» (sez. II, 7 novembre 2019, n. 11959, § 1.9).

⁵⁵ Il diritto, scrive Arthur Kaufmann, «è una corrispondenza, per cui la totalità del diritto non è un insieme di paragrafi né un'unità di norme, bensì un'unità di rapporti: un'unità relazionale. Unità relazionale, corrispondenza: ma questo significa *analogia*» (KAUFMANN (2003), p. 81).

⁵⁶ PALAZZO (2008), p. 271.

giurisprudenziale. Diversamente dal mutamento legislativo, che intervenendo liberamente sul testo, è sempre imprevedibile, il mutamento giurisprudenziale, in quanto risultato di un'attività interpretativa, è condizionato da una serie di vincoli e di fattori che *possono* renderlo, *in quel determinato contesto* e *da quel particolare soggetto*, ragionevolmente prevedibile. A chi obiettasse che, impostando in questo modo la questione, si aprirebbero spiragli di opinabilità e di incertezza nell'attività giurisdizionale e si avrebbero esiti processuali a "geometria variabile", a seconda dei soggetti e dei contesti coinvolti, si dovrebbe rispondere che una tale obiezione è ancora condizionata dal paradigma moderno che ha voluto imporre al sapere giuridico un abito metodologico che non è il suo: non si può chiedere, infatti, a un retore (e quindi a un giurista) delle dimostrazioni.

Per tornare alle caratteristiche del mutamento giurisprudenziale, oltre al vincolo del testo – la cui alterità è irriducibile alla *vis* ermeneutica dell'interprete e rappresenta l'*auctoritas* dal cui rispetto la sentenza trae la sua validità – l'interpretazione è soggetta a una molteplicità di altri condizionamenti: la precomprensione dell'interprete (e, quindi, la sua cultura, i suoi valori, la sua visione del mondo, i suoi pregiudizi...), il co-testo, il contesto empirico e culturale, il fine di giustizia rappresentato dai principi e dai valori della Costituzione e delle Carte europee dei diritti. Può capitare che con il trascorrere del tempo il mutamento del co-testo (per effetto di interventi legislativi o di interpretazioni giurisprudenziali che, incidendo sul tessuto normativo in cui è inserita la fattispecie incriminatrice, ne possono condizionare il significato) e il mutamento del contesto (per effetto del progresso tecnologico, di nuove scoperte scientifiche, del cambiamento dei costumi, del manifestarsi di nuove sensibilità diffuse in seno alla società...) concorrano a rendere più ragionevole, persuasiva, accettabile, la nuova interpretazione rispetto alla precedente e, quindi, più conoscibile. Del resto, se si eccettuano casi particolari, in cui, ad esempio, il destinatario del precetto è un professionista del diritto o possiede comunque, per il tipo di lavoro che svolge, specifiche competenze e conoscenze, è raro che il soggetto agisca avendo presente l'interpretazione giurisprudenziale consolidata della regola. Che ciò accada è, in fondo, una delle tante *finzioni* che popolano i discorsi dei giuristi.

In presenza di uno scenario come quello sopra evocato, si può sostenere che il "nuovo diritto" prodotto dall'*overruling* è davvero tale solo se lo si valuta in relazione al precedente indirizzo giurisprudenziale da cui si discosta; non appare più tale, invece, se lo si mette in relazione con il contesto di ricezione dell'enunciato normativo. In relazione a quest'ultimo, quella diversa interpretazione, suggerita al giudice (e, magari, in alcuni casi persino imposta) da quei mutamenti del co-testo giuridico e del contesto fattuale e culturale, apparirà al destinatario del precetto come il significato più "corretto" del testo, quello che "viene spontaneo", e, perciò, come il significato più prevedibile.

Quando ciò avvenga e, quindi, si dia un effettivo e diffuso consenso sociale sulla "nuova" norma, risultante dall'attività interpretativa e formalizzata dal giudice nella sentenza (fenomeno certamente meno consueto in società pluralistiche e frammentate come le nostre, ma tutt'altro che assente, anche in ambito penale in relazione a contenuti di disvalore pregnanti o a nuove modalità di violazione del precetto dovute allo sviluppo tecnico e scientifico), si può anche aggiungere, con Rodolfo Sacco, che quella

norma, non ancora verbalizzata, esisteva già nel tessuto sociale in forma di «diritto muto». Certo, chi osservi quel fenomeno da una prospettiva esclusivamente volontaristica potrà dire che prima della verbalizzazione da parte del giudice quella norma non esisteva. Ma, osserva Sacco, «chi vada a fondo del problema osserverà che quel caso, se si fosse presentato in un altro tribunale, sarebbe stato risolto allo stesso modo. La situazione si può descrivere così: non esiste una regola verbalizzata; ma esiste, e da tempo esisteva, una situazione in cui il giudice medio, il giudice normale, se investito della questione, disporrebbe, o avrebbe disposto, in quel prevedibile modo, cioè si atterrebbe, o si sarebbe attenuto, a quel criterio di decisione. Esiste, cioè, una prevedibilità dell'ipotetica decisione giudiziale, che andrà di pari con la prevedibilità del comportamento conforme da parte dei consociati»⁵⁷.

Una situazione di questo tipo, collegata al mutamento del contesto culturale (e del co-testo giuridico), si è verificata in relazione al caso *S.W c. Gran Bretagna*. Come si ricorderà, la Corte europea non ha ritenuto lesiva del principio di irretroattività della legge (*rectius*, del diritto) penale l'interpretazione dei giudici inglesi che, portando a termine un lungo processo di erosione di una regola tradizionale di *common law*, ha finito per far cadere il principio dell'immunità coniugale in merito al reato di violenza sessuale. Secondo la Corte europea, infatti, al momento della commissione del fatto il contesto culturale e il "cotesto" giuridico erano sufficientemente perspicui nel suggerire a qualunque persona ragionevole il venir meno di una regola che trovava la sua giustificazione all'interno di una società profondamente diversa da quella del *tempus commissi delicti*. Diversi gli indici di questo mutamento: la diffusione, nella società inglese, dei valori della dignità, della libertà personale e dell'eguaglianza dei coniugi (valori che costituiscono obiettivi fondamentali della Convenzione europea), la traduzione di questi valori in una nuova cornice giuridica che disciplina i rapporti tra i coniugi e il loro *status* all'interno della famiglia, la progressiva erosione, tramite l'introduzione di una serie di eccezioni da parte dei giudici inglesi, del non più tollerabile principio dell'immunità coniugale. In altri termini, nel momento in cui si consumò la violenza sessuale nel caso in questione, non era ragionevolmente prevedibile la norma verbalizzata nel 1736 dal giudice Hale, ma quella verbalizzata dal giudice più di duecento anni dopo, in un contesto storico e culturale completamente rinnovato.

Un altro caso, deciso dalle Sezioni Unite con la sentenza Mordino del 2018⁵⁸, ci fornisce, invece, un esempio di ragionevole prevedibilità dell'*overruling* giurisprudenziale determinato dallo «sviluppo tecnologico» e dal mutamento del «contesto sociale», sullo sfondo di un cambiamento del co-testo normativo europeo e nazionale (§ 3). Sollecitate ad intervenire per risolvere il quesito sulla necessità o meno di accertare il pericolo concreto di diffusione di materiale pedopornografico ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 600-ter, c. 1, n. 1 c.p., le Sezioni Unite, superando una loro precedente decisione (sent. n. 13 del 2000, Bove), hanno escluso la necessità di un tale accertamento, ampliando in tal modo i confini del penalmente rilevante.

⁵⁷ SACCO (2015), p. 63.

⁵⁸ S.U., 31 maggio 2018, n. 51815, Mordino.

Alla domanda se vi sia, nel caso di specie, un problema di *overruling* che debba valere solo per il futuro (*prospective overruling*), il Collegio risponde negativamente, ritenendo – pur senza esprimersi con il linguaggio della Corte europea – quella nuova interpretazione ragionevolmente prevedibile a causa del mutamento del «quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale» (§ 4.2). Infatti, scrivono le Sezioni Unite, se «il requisito del pericolo concreto di diffusione del materiale poteva fungere da guida per l'interprete all'inizio degli anni 2000, esso è diventato oggi anacronistico, a causa della pervasiva influenza delle moderne tecnologie della comunicazione, che ha portato alla diffusione di cellulari *smartphone*, *tablet* e computer dotati di fotocamera incorporata, e ha reso normali il collegamento a *Internet* e l'utilizzazione di programmi di condivisione e reti sociali. Mentre un tempo la disponibilità di un collegamento a *Internet* rappresentava un *quid pluris*, da verificare caso per caso, rispetto la disponibilità di una fotocamera o videocamera con la quale realizzare immagini o video pornografici, l'attuale situazione è caratterizzata dalla accessibilità generalizzata alle tecnologie della comunicazione, che implicano facilità, velocità e frequenza nella creazione, nello scambio, nella condivisione, nella diffusione di immagini e video ritraenti una qualsiasi scena, anche della vita privata. Ne deriva che il riferimento al presupposto del pericolo concreto di diffusione del materiale realizzato – come elaborato dalle Sezioni Unite del 2000 e dalla giurisprudenza successiva – ha oggi scarso significato, essendo ormai potenzialmente diffusiva qualsiasi produzione di immagini o video» (§ 3.1).

Oltre al mutamento del co-testo e del contesto, dalla giurisprudenza della Corte si possono ricavare altri due parametri con cui viene valutata la ragionevole prevedibilità dell'*overruling* giurisprudenziale e, più in generale, la conformità dell'interpretazione del giudice nazionale all'art. 7 della Convenzione.

Il primo parametro è rappresentato dal «contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre»⁵⁹. Più il disvalore sanzionato dal precetto è facilmente apprezzabile dal comune sentire – com'è il caso, ad esempio, del reato di violenza sessuale – e più l'interpretazione innovativa del giudice, suggerita dal mutamento del co-testo giuridico e del contesto empirico e culturale, è ragionevolmente prevedibile.

Il secondo indice è rappresentato dalle caratteristiche concrete del destinatario del precetto. L'interpretazione, si è visto, dipende anche inevitabilmente dalla precomprensione dell'interprete. Tra i molti fattori che la compongono vi sono anche aspetti del soggetto agente (che è a tutti gli effetti un interprete) la cui presenza o assenza si ripercuote sulla effettiva conoscibilità della norma risultante dall'interpretazione del giudice.

Vi sono soggetti, nota la Corte, che, per il fatto di svolgere determinate professioni, devono «faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier». In questi casi, ci si può attendere che essi mettano «un soin particulier à évaluer les risques» connessi al loro mestiere, facendo anche ricorso, se del caso, «à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les

⁵⁹ V., *ex plurimis*, la sentenza 17 febbraio 2005, K.A. e A.D. c. Belgio, § 53.

conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé»⁶⁰. Come si vede, al destinatario della norma non è riconosciuto soltanto il diritto a che l'enunciato normativo sia conoscibile (anche attraverso un'interpretazione giurisprudenziale il più possibile uniforme), ma è imposto anche il dovere di attivarsi per conoscere il contenuto del precetto, tenendo conto del contesto storico e culturale in cui agisce.

Applicando questi principi – seppur non in presenza di un *overruling*, ma di un “caso nuovo” (al quale si possono estendere le considerazioni svolte in relazione ai mutamenti giurisprudenziali) – i giudici di Strasburgo hanno ritenuto ragionevolmente prevedibile la condanna per lesioni personali di un medico e di un magistrato processati per pratiche sadomasochistiche nei confronti di una donna consenziente. Pur in assenza di precedenti giurisprudenziali specifici, il livello della violenza delle pratiche in questione (svolte in una privata dimora proprio per sfuggire ai divieti imposti nei circoli) e i lamenti della vittima che implorava di porre fine ai tormenti, avrebbero dovuto suggerire ai ricorrenti (l'uno «professionnel du droit», l'altro esperto «de l'art de guérir») che quei lamenti non potevano essere ragionevolmente interpretati come una componente “normale” di quelle pratiche e che, pertanto, la loro condotta integrava il reato di lesioni personali, non potendosi applicare, nel caso di specie, la scriminante del consenso dell'avente diritto⁶¹.

5. ... e i contrasti sincronici di giurisprudenza.

Il problema maggiore in Italia non è rappresentato, però, dai contrasti giurisprudenziali *diacronici* (che non sono frequenti), ma dai contrasti giurisprudenziali *sincronici* (che sono invece abbondanti).

Questo secondo problema ha cominciato ad essere denunciato dalla magistratura alla fine degli anni '80, quando si è riscoperta la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, dopo che si era esaurita «la carica *destruens* contro la Cassazione come vertice di governo dell'ordine giudiziario»⁶², in seguito alla piena conquista dell'indipendenza interna e al rinnovamento generazionale dei giudici della Corte suprema (lo scioglimento dell'UMI, fondata nel 1961 in polemica con i giudici di merito, avviene nel 1979)⁶³. La già citata sentenza della Corte costituzionale 364/1988, che riconosce la scusabilità dell'errore sulla legge penale in presenza di un «gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari») (§ 27), si colloca in questo nuovo contesto culturale ed è prontamente valorizzata dal magistrato Vladimiro Zagrebelsky proprio nella prospettiva di immaginare una soluzione ai fenomeni dei contrasti sincronici e diacronici di giurisprudenza⁶⁴. Di qualche anno dopo (13 giugno

⁶⁰ Tra le tante, cfr., ad esempio, la sentenza 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, § 35.

⁶¹ Sentenza 17 febbraio 2005, *K.A. e A.D. c. Belgio*.

⁶² SENESE (1987), c. 256.

⁶³ V., *amplius*, VOGLIOTTI (2021), pp. 37 ss.

⁶⁴ ZAGREBELSKY (1988). In tutt'altro modo viene invece accolta la sentenza dalla prevalente dottrina, che la censura ritenendola «dommaticamente discutibile», nel suo ricondurre «alla tematica soggettiva dell'errore

1994) è la lettera che il primo presidente della Corte di cassazione, Ferdinando Zuconi Galli Fonseca, indirizza ai presidenti di sezione e ai consiglieri del Collegio per denunciare la grave patologia dei contrasti in seno alla Corte, spesso inconsapevoli o «puramente tecnico-giuridici, svincolati da substrati ideali o sociologici, le cui divergenti soluzioni non sfuggono per lo più a un certo grado di opinabilità»⁶⁵.

Il problema è particolarmente acuto in Italia a causa della struttura atipica della nostra Corte suprema, del tutto coerente con il nostro sistema delle impugnazioni che, per com'è congegnato, non pone freni o disincentivi ai ricorsi in Cassazione (circa 50.000 all'anno). La presenza di sei sezioni che si pronunciano nel merito e di 20/25 consiglieri per ogni sezione – numeri che rappresentano un *unicum* in Europa e che si giustificano per il numero elevatissimo di decisioni che la Corte deve pronunciare annualmente – rende molto concreto il rischio che si verifichino contrasti interpretativi, anche involontari, dovuti alla «oggettiva difficoltà di conoscere la “propria” giurisprudenza, spesso all'interno della stessa sezione [...], difficoltà accresciuta dalla confusione causata anche da numero eccessivo di sentenze massimate, che spesso impediscono di individuare gli orientamenti consolidati»⁶⁶.

Quale soluzione, dunque, o, meglio, quali soluzioni si possono immaginare per affrontare questa grave patologia del nostro sistema penale?

È evidente che la via maestra, come sempre, è quella della prevenzione. La soluzione ottimale sarebbe quella di ridurre drasticamente il numero dei giudici della Corte, dopo aver ridotto in modo altrettanto radicale il numero dei ricorsi (e il numero degli avvocati abilitati al patrocinio in Cassazione). In Francia, che è un paese di *civil law* simile al nostro, esiste una sola *Chambre criminelle* e pochissimi sono gli *avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation* (130 a novembre 2023)⁶⁷. Una tale riforma strutturale non è al momento nemmeno immaginabile e l'ostacolo maggiore non è tanto rappresentato dal ceto politico che la dovrebbe realizzare, ma dalla cultura giuridica dominante (avvocati *in primis*, per ovvie ragioni) che la dovrebbe concepire.

In mancanza di una tale soluzione, si possono prospettare alcuni utili rimedi, in parte già realizzati, che ci limitiamo sinteticamente a menzionare.

Va segnalato, innanzitutto, il già accennato intervento legislativo del 2017 che, aggiungendo un nuovo comma all'art. 618 c.p.p., ha introdotto l'obbligo a carico della sezione semplice, che non condivide il principio di diritto affermato in precedenza dalle Sezioni Unite, di rimettere a queste ultime la decisione del ricorso. L'obbligatorietà della rimessione – che non deve essere intesa come un «meccanismo burocratico», espressione

aspetti di natura oggettiva», e anche inopportuna, in quanto finirebbe per aprire «lo spazio ad un possibile utilizzo della rilevanza dell'ignoranza in funzione “conservatrice” per coprire l'illegittimità della norma incriminatrice e l'interpretazione inaccettabile di essa» (così, STORTONI (1988), pp. 1348 e 1325). In una prospettiva simile – recentemente riproposta da VALENTINI (2012), p. 142 – v. anche PULITANÒ (1988), p. 721. Aderisce, invece, *rara aves*, alla lettura di Zagrebelsky, GRANDE (1990).

⁶⁵ Lettera del Presidente Ferdinando Zuconi Galli Fonseca ai Presidenti di sezione e ai consiglieri della Corte, 13 giugno 1994, in ESPOSITO e ROMEO (1995), p. 44.

⁶⁶ FIDELBO (2022), p. 35.

⁶⁷ Dato trasmesso a chi scrive il 9 novembre 2023 dal *Secrétariat de l'Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*.

di una logica di tipo meramente gerarchico, ma come la realizzazione di una sorte di «procedimentalizzazione del “dissenso”»⁶⁸ rispetto all’interpretazione contenuta in una decisione delle Sezioni Unite – contribuisce opportunamente al rafforzamento della funzione nomofilattica delle Sezioni Unite, unico collegio che possa effettivamente realizzarla, con una media di 12/15 sentenze all’anno.

A questo rimedio di ordine normativo, se ne deve aggiungere un altro di tipo culturale e deontologico, su cui insisteva particolarmente Zucconi Galli Fonseca nella lettera sopra ricordata: la diffusione, presso tutti i giudici, di una *cultura del precedente*. In uno scenario come quello attuale, nel quale la giurisdizione ha assunto un ruolo di primo piano nella configurazione del diritto penale e dove si va sempre più diffondendo, anche grazie alla giurisprudenza di Strasburgo, la consapevolezza che la garanzia della conoscibilità del diritto non dipende più solo dalla qualità della legislazione, ma anche dagli atteggiamenti interpretativi dei giudici, non è più possibile attribuire al precedente una mera autorità di fatto o persuasiva, secondo una formula tralatizia che poteva giustificarsi solo nell’ambito di un paradigma scientifico che attribuiva all’interpretazione dei giudici una mera funzione dichiarativa. A tal proposito, Gino Gorla osservava, fin dagli anni ’70 del secolo scorso, 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»⁶⁹.

Più esplicitamente, il rispetto del precedente stabilito dal giudice che ha il compito istituzionale di assicurare l’uniforme interpretazione della legge è considerato da Gorla come un vero e proprio «dovere *giuridico*»⁷⁰ che, aggiungiamo noi, 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 prevedibilità delle decisioni, che è una proiezione del principio della libertà di autodeterminazione ricavabile dall’art. 13 della Costituzione. Questi principi costituzionali, di particolare rilevanza in ambito penale, devono convivere con il principio dell’indipendenza del giudice, anch’esso provvisto di un solido fondamento costituzionale (art. 101 c. 2 Cost.). Come tutti i principi della Costituzione, anche quello dell’indipendenza (funzionale) del giudice non può essere

⁶⁸ FIDELBO (2022), p. 39.

⁶⁹ GORLA (1976), c. 127. In una prospettiva simile, diretta a valorizzare l’autorità del precedente, si muoveva, fin dal 1967, Martin Kriele, che riconosceva ai precedenti giurisprudenziali una «vincolatività presuntiva». Prendendo atto «a livello teorico che ormai nella realtà giuridica europeo-continentale i precedenti venivano ad avere un’importanza pressoché simile a quella dell’ambito angloamericano», Kriele sanciva la fine «della tesi metodologica precedentemente dominante, di un modo gerarchico di intendere il processo di reperimento del diritto, secondo il quale il diritto giudiziale non poteva che avere natura appendicolare e secondaria rispetto al diritto d’origine legislativa» (ZACCARIA (2012), pp. 8-9). La tesi della presunzione a favore del precedente è anche illustrata nel seguente saggio, tradotto in italiano: KRIELE (2006), pp. 101-122.

⁷⁰ GORLA (1991), p. 4.

inteso atomisticamente, ma deve essere interpretato come una delle tante tessere che compongono il pluralistico mosaico costituzionale.

Già da questa visione complessiva del quadro normativo discende l'impossibilità di configurare come assoluto il dovere di rispettare il precedente della Cassazione. Ma prima ancora della necessità di preservare il valore dell'indipendenza funzionale del giudice, si oppone alla configurazione di un vincolo assoluto al precedente la *storicità* del diritto, che, come si è visto, deve sapersi adeguare ai mutamenti dei contesti fattuali, sociali e culturali. Come osserva Giuseppe Zaccaria, il diritto non solo non può essere "congelato" nei testi legislativi – come si era a lungo illusa la penalistica moderna – ma «non si trova preconstituito neppure nel "deposito" dei precedenti». Che si esprima nella forma della legge o si concretizzi – al termine della dialettica processuale – nella decisione del giudice, il diritto «deve essere di volta in volta nuovamente reperito e realizzato alla luce delle novità del caso singolo, dunque con un rapporto sempre nuovo e rinnovato tra la norma e il fatto»⁷¹. Le ragioni della stabilità, che spingono verso il rispetto del precedente, devono quindi conciliarsi con le opposte ragioni del mutamento, ragioni che, però, devono essere *gravi e ben motivate*, perché nel diritto penale l'esigenza della stabilità è fondamentale.

Perché si possa diffondere un'effettiva cultura del precedente occorre che i giudici abbiano piena consapevolezza della funzione costitutiva dell'applicazione giudiziale del diritto e che abbandonino, pertanto, come auspicava nel 1988 Vladimiro Zagrebelsky, la tradizionale «lettura eccessivamente individualistica del rapporto giudice-legge», con la conseguente «sottovalutazione del significato istituzionale della funzione giurisdizionale»⁷². In questa prospettiva, che mira alla ricerca di un equilibrio tra il valore dell'indipendenza – che un'errata interpretazione ha inteso come «personalizzazione della risposta giudiziaria» – e il valore della costanza e prevedibilità dell'interpretazione giudiziale, il problema dei contrasti di giurisprudenza viene affrontato non proponendo un «ritorno a strumenti gerarchici, incompatibili con il sistema costituzionale», ma attraverso la piena consapevolezza, da parte di ogni singolo giudice, dell'essere «in ogni momento istituzione» e mediante la promozione di una cultura del dialogo e del confronto, che si deve tradurre in «forme nuove di partecipazione corale alla elaborazione ed allo sviluppo giurisprudenziale». Questo «indispensabile cambio di mentalità professionale», da cui discende l'esigenza di «mutare il tradizionale atteggiamento che richiede riserbo sulle questioni da decidere», dovrà «accompagnarsi a forme organizzative nuove», tramite l'«istituzionalizzazione di momenti di informazione, discussione, elaborazione giurisprudenziali», non lasciando che il «confronto sulle linee giurisprudenziali da adottare» avvenga «solo nell'ambito di gruppi informali o di gruppi che operano nel quadro della vita associativa dei magistrati». Al tradizionale «dialogo a distanza, per il tramite dei provvedimenti» si dovrà sostituire un dibattito che «dovrà precedere e accompagnare i provvedimenti», coinvolgendo «tutti i magistrati e non solo essi». L'auspicio è che il confronto «prima

⁷¹ ZACCARIA (2012), p. 9.

⁷² ZAGREBELSKY (1988), p. 1576.

dell'esercizio della funzione giurisdizionale», attraverso «la partecipazione di tutti alla elaborazione – ed al rinnovamento – dell'indirizzo giurisprudenziale», possa comportare «una complessiva omogeneità ed una relativa stabilità delle concrete applicazioni della legge»⁷³.

Nella stessa prospettiva si poneva Zucconi Galli Fonseca secondo cui il rimedio fondamentale nei confronti del problema dei contrasti giurisprudenziali è rappresentato dal «metodo preparatorio e partecipativo» che deve «prevalere sulla prassi dell'isolamento, al fine di creare una giurisprudenza della Cassazione e non dei collegi giudicanti», e ciò mediante «scambi frequenti d'opinione e riunioni periodiche in cui discutere dei più importanti e controversi problemi interpretativi»⁷⁴.

Più recentemente – non senza prevedibili resistenze dovute ad abiti culturali profondamente radicati e quindi difficili da mutare – questa apprezzabile strategia, che punta su una migliore organizzazione del lavoro della Corte, al fine di assicurare l'effettiva conoscenza della giurisprudenza, all'interno delle singole sezioni e tra le sezioni, e di promuovere il confronto tra i giudici per prevenire i contrasti o tentare spontaneamente di risolverli, è stata in parte realizzata grazie alla sensibilità di alcuni magistrati della Corte. Facendo leva sull'art. 47-*quater* della legge sull'ordinamento giudiziario, introdotto con il d.lgs 19 febbraio 1998, n. 51, alcune sezioni hanno avviato, in quella prospettiva, la buona prassi delle «riunioni sezionali» tra i magistrati. Come osserva il presidente della VI sezione, Giorgio Fidelbo, particolarmente impegnato su questo fronte, in tali riunioni «si parte da un caso concreto per individuare orientamenti interpretativi condivisi sulle diverse fattispecie, orientamenti e principi che troveranno applicazione nelle future sentenze su casi analoghi, il tutto sulla base di un *gentlement agreement* che i magistrati della sezione rispettano, limitando l'autonomia interpretativa in funzione del valore della uniformità, certezza e prevedibilità del diritto». Pur rilevando la difficoltà di seguire questa buona prassi, a causa della «incapacità dei magistrati di rinunciare alla “propria” interpretazione in funzione di una maggiore certezza e prevedibilità della giurisprudenza sezionale», osserva che «negli ultimi tempi si registra una maggiore consapevolezza nell'utilizzo di tali riunioni, almeno in alcune sezioni». E ricorda, in particolare, due casi significativi in cui «nella motivazione delle sentenze si è dato atto, espressamente, che l'orientamento interpretativo sostenuto era da ritenere, allo stato, consolidato, proprio in quanto frutto delle decisioni assunte nella riunione da parte di tutti magistrati della sezione». In questo modo, osserva, «la riunione di sezione è funzionale non solo a prevenire o a risolvere i contrasti interni, ma anche a rendere conoscibile e, quindi prevedibile, la giurisprudenza della sezione»⁷⁵.

⁷³ Ivi, pp. 1577 e 1578.

⁷⁴ In ESPOSITO e ROMEO (1995), pp. 44 e 48.

⁷⁵ FIDELBO (2022), p. 37. Le due sentenze citate, entrambe della VI sezione, sono le seguenti: 28 ottobre 2021, n. 5536, Zappini e 22 novembre 2021, n. 5538, Arcari. Su queste e altre buone prassi organizzative adottate dai magistrati della Cassazione, anche alla luce delle circolari del CSM sulle tabelle organizzative, v. BASSI (2020), pp. 86-90.

Cosa fare, però, di fronte al fallimento dei rimedi preventivi sopra accennati? Quali soluzioni immaginare nel caso di un contrasto interpretativo in atto?

Anche per questo problema, utili suggerimenti ci vengono dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha elaborato le sue categorie teoriche e i suoi rimedi alla luce del nuovo paradigma scientifico in cui l'interpretazione dei giudici è considerata come diritto (giurisprudenziale) e non semplicemente come mera esplicitazione di significati già tutti contenuti nel testo legislativo. Invece di sforzarci di trovare una soluzione all'interno del nostro sistema (concepito alla luce di una cornice teorica e mitologica in cui la realtà del diritto giurisprudenziale non era contemplata), volgiamo nuovamente lo sguardo verso l'elaborazione giurisprudenziale dei giudici di Strasburgo e cerchiamo lì le soluzioni.

Come osserva autorevolmente Giorgio Lattanzi, il rimedio suggerito dalla Corte costituzionale facendo leva sull'art. 5 c.p. «non soddisfa, perché risolve sul piano soggettivo un caso che in realtà concerne l'esistenza stessa della norma penale»⁷⁶. In presenza di un contrasto sincronico di giurisprudenza, infatti, non ha senso chiedersi se l'imputato avrebbe potuto conoscere *il diritto*, perché è il diritto stesso che glielo impedisce. Il "difetto" non sta nello sguardo di chi osserva, ma nell'oggetto osservato (il testo che ha generato il contrasto interpretativo).

Se si riconosce la natura costitutiva dell'interpretazione giudiziale, quando vi è una divergenza interpretativa di un enunciato normativo il soggetto ha di fronte a sé due (o, nei casi più gravi, più) norme coesistenti, tutte riconducibili – in modo più o meno persuasivo – al medesimo testo. Com'è noto, la soluzione che la Cassazione ricava dall'art. 5 c.p. (comprensibile in punto di politica del diritto) è «*in dubio abstine*», scaricando interamente sul destinatario della norma una disfunzione che è totalmente riconducibile all'incapacità dell'ordinamento giuridico di garantire un'interpretazione uniforme dell'enunciato normativo. E tuttavia, neppure la soluzione opposta, ipotizzata dagli Autori del questionario con la formula *in dubio pro reo*, è soddisfacente: vista la persistente frequenza dei contrasti giurisprudenziali – malgrado i rimedi preventivi di cui si è detto, che da poco tempo cominciano a produrre i loro effetti benefici – una soluzione generalizzata di questo tipo, che si applichi automaticamente, rischierebbe di paralizzare in modo inaccettabile il meccanismo di repressione dei reati. Anche considerazioni di questo genere – che attengono alla tutela delle vittime dei reati e alla funzione di deterrenza della sanzione penale – concorrono ad integrare il fine di giustizia cui deve tendere l'agire giuridico. Ma questa, come si evince dalla giurisprudenza della Corte europea, non è l'unica ragione che si oppone alla soluzione (sempre) favorevole al reo.

Vediamo, dunque, come impostano la questione i giudici di Strasburgo.

Innanzitutto, la Corte chiarisce che non solo l'evoluzione nel tempo della giurisprudenza è un dato fisiologico, la cui preclusione rischierebbe di impedire «*toute réforme ou amélioration*» del diritto, ma, vista la pluralità delle giurisdizioni, diffuse sul territorio, anche la coesistenza di diverse interpretazioni della legge, pure all'interno di una stessa giurisdizione, non viola, di per sé, la Convenzione. Se delle due o più

⁷⁶ LATTANZI (2022), p. 8.

interpretazioni effettivamente esistenti nella giurisprudenza è fatta propria dal giudice quella *in malam partem*, il condannato potrà impugnare la decisione mostrando, ad esempio, che quell'interpretazione non è coerente con la sostanza dell'incriminazione o è meno persuasiva e convincente di quella *in bonam partem* da lui seguita. Se si dovesse giungere in Cassazione, facendo l'ipotesi che il contrasto sia al suo interno e che la sezione investita del ricorso propenda per l'interpretazione sfavorevole e ritenga il contrasto fondato e serio, la via da seguire sarebbe quella di rimettere la questione alle Sezioni Unite affinché intervengano autorevolmente per risolvere il contrasto. Secondo la Corte europea, infatti, quando le divergenze interpretative si verificano all'interno della giurisdizione che giudica in ultima istanza, il dato fisiologico dei contrasti giurisprudenziali può diventare patologico – e, quindi, violare il principio della «sécurité juridique», ricavato dal principio del «procès équitable» (art. 6 della Convenzione) – in presenza delle seguenti circostanze: quando le divergenze interpretative sono «profondes et persistantes» e quando il diritto interno non prevede dei meccanismi «visant à la suppression de ces incohérences» o, pur essendoci quei rimedi (come da noi la remissione facoltativa alle Sezioni Unite in caso di contrasto interpretativo tra le sezioni e la remissione obbligatoria prevista dall'art. 618 c. 1-bis), non sono stati effettivamente applicati⁷⁷. Se le divergenze interpretative in seno alla Corte suprema, profonde, persistenti e non risolte, concernono la materia penale «sussiste altresì la violazione dell'art. 7»⁷⁸ della Convenzione, come si ricava dalla sentenza *Contrada c. Italia* del 14 aprile 2015: in presenza di quella patologia, infatti, viene a mancare la base legale dell'illecito penale. Una decisione di condanna assunta in presenza di un contrasto giurisprudenziale di quel tipo si deve ritenere, pertanto, contraria al principio di legalità.

Come si vede, anche in un sistema come il nostro, dove la funzione nomofilattica affidata alla Corte di cassazione è di difficile attuazione, i rimedi normativi e organizzativi non mancano, specialmente dopo l'introduzione, nel 2017, del meccanismo di remissione obbligatoria alle Sezioni Unite. Per la realizzazione dei principi della conoscibilità del diritto e della (ragionevole) prevedibilità delle conseguenze penali dell'agire umano il fattore fondamentale non è però di tipo normativo o organizzativo, ma culturale. Se quei principi stentano a tradursi in realtà, «la causa», nota Giorgio Lattanzi, «è soprattutto della cultura del giudice e di un malinteso senso di indipendenza, non dell'affermazione del diritto giurisprudenziale»⁷⁹. Viste le oggettive difficoltà del contesto normativo e istituzionale in cui opera la giurisdizione, il giudizio del presidente emerito della Corte costituzionale, che imputa principalmente alla magistratura la responsabilità delle disfunzioni del diritto giurisprudenziale, appare troppo severo. Non foss'altro perché una responsabilità non minore deve essere riconosciuta anche in capo alla scienza penalistica la quale, nella sua grande maggioranza, continua a leggere il presente con gli occhiali di un paradigma sempre più al tramonto, venendo meno alle sue funzioni essenziali di comprensione della realtà e di orientamento culturale degli operatori del diritto.

⁷⁷ V., tra le molte, la sentenza 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, § 42.

⁷⁸ LUPO (2022), p. 112.

⁷⁹ LATTANZI (2022), p. 9.

Bibliografia

- ANTOLISEI, Francesco (1940): "Il metodo nella scienza del diritto penale" (1937), in *Problemi penali odierni* (Milano, Giuffrè)
- BASSI, Alessandra (2020): "La gestione operativa della funzione nomofilattica della Corte suprema di cassazione", in *Sistema penale*, 3, p. 69-90
- BERTI, Enrico (2004): *Filosofia pratica*, (Napoli, Guida)
- BOBBIO, Norberto (1965): "Situazione e orientamenti" (1959), in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (Milano, Edizioni di Comunità)
- CAPOGRASSI, Giuseppe (1959): "Il diritto dopo la catastrofe" (1950), in *Opere*, V (Milano, Giuffrè), pp. 151-195
- CASSESE, Sabino (2009) *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale* (Roma, Donzelli)
- DE RUGGIERO, Luigi (1977): *Tra consenso e ideologia* (Napoli, Jovene)
- DONINI, Massimo (2011): *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte* (Milano, Giuffrè)
- ESPOSITO, Andreana e ROMEO Gioacchino (1995): *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione* (Padova, Cedam)
- ESSER, Josef (1983): *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972) (Napoli, Esi)
- FERRAJOLI, Luigi (2007): *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto* (Roma-Bari, Laterza)
- FIDELBO, Giorgio (2022): "Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche", in *Sistema penale*, 12, pp. 33-47
- FIORAVANTI, Maurizio (2016): "Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione", in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 7-20.
- FULLER, Lon L. (1958): "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart", in *Harvard Law Review*, 71, pp. 630-672
- GADAMER, Hans-Georg (1983): *Verità e metodo* (1960) (Milano Bompiani)
- GORLA, Gino (1976): "Postilla su «L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi», in *Foro italiano*, V, cc. 113-144
- GORLA, Gino (1990): "Precedente giudiziale", in *Enciclopedia giuridica*, XXVI (Roma, Treccani), pp. 1-14
- GRANDE, Elisabetta (1990): "La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto", in *Il Foro italiano*, I, c. 415-427.
- GUASTINI, Riccardo (2007): *L'interpretazione dei documenti normativi* (Milano, Giuffrè)
- HART Herbert L.A. (1958): "Positivism and the Separation of Law and Morals", in *Harvard Law Review*, pp. 593-629
- HASSEMER, Winfried (2007): *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968) (Napoli, Esi)
- HOFSTADTER, Douglas R. (1990): *Gödel, Escher, Bach: un'eterna ghirlanda brillante* (1979) (Milano, Adelphi)

- HRUSCHKA, Joachim (2009): *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965) (Bologna, Il Mulino)
- KAUFMANN, Arthur (2003): *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo* (1965; II ed. 1982), a cura di Gaetano Carlizzi (Napoli, Vivarium)
- KELSEN, Hans (1966): *La dottrina pura del diritto* (1960) (Torino, Einaudi)
- KUHN, Thomas S. (1999): *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (I ed. 1962; II ed. 1970), (Torino, Einaudi)
- KRIELE, Martin (2006): *Dritto e ragione pratica* (1979) (Napoli, Esi)
- LATTANZI, Giorgio (2022): "Tra legge e giudice. Alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Appunto per la presidenza della sessione mattutina", in *Sistema penale*, 12, 2022, pp. 6-10
- E. LUPO, Ernesto (2022): "Prospettive della legalità penale", in *Sistema penale*, 12, 2022, pp. 105-119
- MENGONI, LUIGI (1996): "L'argomentazione nel diritto costituzionale", in *Ermeneutica e dogmatica giuridica* (Milano, Giuffrè), pp. 11-140
- OST, François (1996): "L'amour de la loi parfaite", in BOULARD-AYOUB, Josiane, MELKEVIK, Bjarne, ROBERT, Patrick (a cura di): *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés contemporaines* (Presses de l'Université Laval, L'Harmattan), pp. 53-77
- PALAZZO, Francesco (2008): "Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica", in VOGLIOTTI, Massimo (a cura di): *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008
- PALAZZO, Francesco (2022): "Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice", in VOGLIOTTI, Massimo (a cura di): *L'arcipelago del diritto. Lezioni per i futuri naviganti. In ricordo del decennale della Cattedra Galante Garrone* (Torino, Rosenberg & Sellier), pp. 105-132
- PENCO, Carlo (2002): *La svolta contestuale* (Milano-New York, McGraw-Hill)
- PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (1989): *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958) (Torino, Einaudi)
- PERELMAN, Chaïm (1976): *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (Paris, Dalloz)
- PIOVANI Pietro (2000): *Giusnaturalismo ed etica moderna* (1961) (Napoli, Liguori)
- PORTINARO, Pier Paolo (1999): "Potere, diritto e politica", in ROSSI, Pietro e VIANO, Carlo Augusto (a cura di), *Storia della filosofia. Il Novecento*, VI, 1 (Roma-Bari, Laterza)
- PULITANÒ, Domenico (1988): "Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 686-730
- SACCO, Rodolfo (2015): *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, (Bologna, Il Mulino)
- SEGRE, Cesare (1986): "Co-text and Context", in SEBEOK, Thomas Albert (a cura di), *Encyclopedic Dictionary of Semiotics*, I (Berlin, Mouton), pp.
- SENESE, Salvatore (1987): "Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia", in *Foro italiano*, V, cc. 256-264
- STORTONI, Luigi (1988): "L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1313-1350
- VALENTINI, Vico (2012): *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea* (Milano, Giuffrè)

- VIEHWEG, Theodor (1962): *Topica e giurisprudenza* (1953) (Milano, Giuffrè)
- VOGLIOTTI, Massimo (2002): "Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal *in malam partem*. La perspective italienne", in *Revue de l'Université Libre de Bruxelles*, 2, *Droit transitoire jurisprudentiel. Perspective comparative*, pp. 61-123 (anche in *Diritto e questioni pubbliche*, 3, 2003, pp. 331-378)
- VOGLIOTTI, Massimo, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007
- VOGLIOTTI, Massimo (2011): *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale* (Torino, Giappichelli)
- VOGLIOTTI, Massimo (2013): "Legalità", in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VI (Milano, Giuffrè)
- VOGLIOTTI, Massimo (2015): "Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, pp. 131-181
- VOGLIOTTI, Massimo (2019): "Fragilità della Costituzione e nichilismo giuridico", in *Giornale di storia costituzionale*, 2, 2019, pp. 53-75
- VOGLIOTTI, Massimo (2020a): "La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto", in *Sistema penale*, 3, pp. 45-68
- VOGLIOTTI, Massimo (2020b): "Per una nuova educazione giuridica", in *Diritto e questioni pubbliche*, 2, pp. 229-259
- VOGLIOTTI, Massimo (2021): "Indipendenza del giudice e rispetto del precedente", in *La legislazione penale*, pp. 32-64
- ZACCARIA Giuseppe (2012), *La comprensione del diritto* (Roma-Bari, Laterza)
- ZAGREBELSKY, Vladimiro (1988): "Dalla varietà delle opinioni all'unità della giurisprudenza", in *Cassazione penale*, pp. 1576-1578