



Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Renzo Orlandi, Michele Papa,
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Dario Micheletti,
Daniele Negri, Caterina Paonessa
Vito Velluzzi

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2014



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2015
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884674304-6
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

MARTA BERTOLINO

*Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità,
una relazione da scoprire* 15

MICHELE TARUFFO

Aspetti del precedente giudiziale 37

DIRK VAN ZYL SMIT

La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato 59

THOMAS WEIGEND

Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo 75

I grandi temi *Garanzie e garantismo*

ALBERTO DI MARTINO

Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte 91

LUIGI FERRAJOLI

Cos'è il garantismo 129

FRANCESCO MORELLI

*Le garanzie processuali nella morsa dell'ambiguità:
contro la giurisprudenza delle interpretazioni mancate* 143

GIORGIO PINO

L'insostenibile leggerezza della legalità penale 167

I grandi temi *Il discorso di Papa Francesco
all'Associazione internazionale di diritto penale*

FILIPPO MAGGI
Una convergenza (laica) tra sacro e profano 187

LUCIANO VIOLANTE
Populismo e plebeismo nelle politiche criminali 197

Tavola rotonda

Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice
Nota introduttiva di Renzo Orlandi 211

Ne discutono:

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

Opinioni a confronto

I molti volti del disastro
Nota introduttiva di Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI
Il disastro populistico 254

STEFANO CORBETTA
*Il "disastro innominato": una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli
costituzionali ed esigenze repressive* 275

GAETANO RUTA
Problemi attuali intorno al disastro innominato 293

Il punto su... Problematiche penali della sicurezza sul lavoro

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC

La responsabilità colposa per gli infortuni sul lavoro nell'ordinamento penale spagnolo

307

DARIO MICHELETTI

La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo

323

OSCAR MORALES

Questioni fondamentali riguardo al trattamento degli infortuni sul lavoro nel diritto penale spagnolo

365

CARLO PIERGALLINI

Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"

387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ

I reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro nella legislazione spagnola

401

Il punto su... Segretezza della camera di consiglio e diritto all'informazione

RENATO BRICCHETTI

La segretezza della camera di consiglio tornata d'attualità

421

MARGHERITA CASSANO

Il segreto della camera di consiglio

425

Dibattito Il vilipendio al Capo dello Stato, oggi

ANTONIO GULLO

Eguaglianza, libertà di manifestazione del pensiero e tutela differenziata dell'onore: un equilibrio ancora sostenibile?

435

CATERINA PAONESSA

Né critiche, né scherzi sul Quirinale? Brevi riflessioni a margine delle "offese all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica"

455

PAOLO VERONESI
*L'offesa all'onore e al prestigio del Capo dello Stato:
sui chiaroscuri di una normativa e di una giurisprudenza da ricalibrare* 483

Diritto vivente *Il luogo pubblico e aperto al pubblico "virtuale"*

GIULIA CHECCACCI
*Facebook come un luogo pubblico:
un caso di "analogia digitale" in malam partem* 503

GIOVANNI TUZET
Luoghi, siti, bacheche. Un caso di interpretazione estensiva 513

Antologia

CRISTIANO CUPELLI
*Equivoci trionfalistici e letture correttive.
Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità in malam partem* 521

OMBRETTA DI GIOVINE
A proposito di un recente dibattito su "verità e diritto penale" 539

FAUSTO GIUNTA
*Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali
e regole di giudizio* 561

GIANFRANCO MARTIELLO
*L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale
esperienza giuridica tedesca* 589

RENZO ORLANDI
*Il metodo della ricerca. Le istanze del formalismo giuridico e
l'apporto delle conoscenze extranormative* 619

MICHELE PAPA
"A chi legge": l'incipit visionario Dei delitti e delle pene 637

MARIO PISANI
La crudeltà: variazioni sul tema 653

TABLE OF CONTENTS

On the front page

MARTA BERTOLINO

*From the organisation to the individual: economic crime and personhood,
a relationship to be discovered* 15

MICHELE TARUFFO

Some aspects of the judicial precedent 37

DIRK VAN ZYL SMIT

Life imprisonment in a globalised world 59

THOMAS WEIGEND

*Where is the criminal law heading toward?
Problems and evolutionary trends in the 21st century* 75

Big themes *Guarantees and guarantism*

ALBERTO DI MARTINO

*A principle of legality for two? Statute monopoly, EctHR legality
and the judge as a source of law* 91

LUIGI FERRAJOLI

What guarantism really is 129

FRANCESCO MORELLI

*Procedural guarantees caught in the grips of ambiguity:
against case law of missed interpretations* 143

GIORGIO PINO

The unbearable lightness of penal legality 167

Big themes *Pope Francis' speech to the delegation
of the International Association of Penal Law*

FILIPPO MAGGI
A (lay) convergence between sacred and profane 187

LUCIANO VIOLANTE
Populism and proletarianism in penal policies 197

Roundtable

*The Italian criminal trial twenty-five years after the reform
of the Code of Criminal Procedure*
Foreword by Renzo Orlandi 211

Discussants:

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

Confronting opinions

The many facets of the crime of disaster
Foreword by Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI
The populist disaster 254

STEFANO CORBETTA
*The "nameless disaster": a "liquid" offence hanging in the balance
between constitutional restrictions and demands for repression* 275

GAETANO RUTA
Current issues regarding the offence of nameless disaster 293

Focus on... *Current issues regarding the relationship
between the criminal law and workplace safety*

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC
*Liability for criminal negligence regarding workplace accidents
in the Spanish legal system* 307

DARIO MICHELETTI
*The exclusive liability of the worker for his own injury.
A study on 'passive actus reus' in crimes of negligence* 323

OSCAR MORALES
*Fundamental questions on the treatment of workplace injuries
in the Spanish criminal law* 365

CARLO PIERGALLINI
*Criminal negligence and manufacturing activities:
a laboratory of "collapsing" law* 387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ
Offences against workplace safety and health in the Spanish legislation 401

Focus on... *The secrecy of the deliberation room and the right to information*

RENATO BRICCHETTI
The revamped attention to the secrecy of the deliberation room 421

MARGHERITA CASSANO
The secrecy of the deliberation room 425

Opinion exchange on *Contempt of the Head of State, today*

ANTONIO GULLO
*Equality, freedom of speech and differentiated protection of honor:
a still defensible balance?* 435

CATERINA PAONESSA
*No criticism or joke on the Quirinal? Brief remarks on the criminal offence
of "contempt of the honor and prestige of the Head of State"* 455

PAOLO VERONESI <i>Contempt of the honor and prestige of the Head of State: on lights and darks of a statutory regulation to be fine-tuned</i>	483
Case law <i>The public space open to the “virtual” public</i>	
GIULIA CHECCACCI <i>Facebook as a public space: a case of extension of the application of the criminal law in malam partem by “digital analogy”</i>	503
GIOVANNI TUZET <i>Sites, websites, and walls. A case of extensive interpretation</i>	513
Anthology	
CRISTIANO CUPELLI <i>Triumphalist misinterpretations and remedial interpretations. Some additional remarks on recent questions of constitutionality in malam partem</i>	521
OMBRETTA DI GIOVINE <i>Observations on a recent debate on “truth and the criminal law”</i>	539
FAUSTO GIUNTA <i>Scientific questions and scientific evidence between categories of substantive criminal law and standards of decision-making</i>	561
GIANFRANCO MARTIELLO <i>The use of firearms by police in the current experience of the German legal system</i>	589
RENZO ORLANDI <i>The research method. The instances of legal formalism and the contribution of extra-legal knowledge</i>	619
MICHELE PAPA <i>“To the reader”: the visionary introduction to On Crimes and Punishments</i>	637
MARIO PISANI <i>Cruelty: variations on the theme</i>	653

I grandi temi
Garanzie e garantismo

GIORGIO PINO

L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DELLA LEGALITÀ PENALE ^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Crisi delle fonti, crisi della legge. – 3. Legalità penale: i molti volti di un principio fondamentale. – 3.1. I fondamenti della legalità penale. – 3.2. Le implicazioni del principio di legalità. – 4. Legalità penale e giurisdizione: il caso del diritto vivente.

1. *Premessa*

In questo contributo intendo brevemente esplorare il significato attuale del principio di legalità in materia penale, alla luce del fatto che tale principio è considerato da più parti e per più versi in crisi, o superato, o da ripensare¹. Ora, nessuno si può seriamente nascondere che una simile crisi ci sia, che abbia cause straordinariamente complesse e convergenti, e che sia giustamente preoccupante sia per il cittadino, sia per lo studioso di diritto penale.

In questa sede però mi interessa particolarmente riflettere – condizionato in ciò dalla mia specifica (de)formazione professionale di studioso di filosofia del diritto – sulla crisi della legalità penale come specifico episodio di quella “contraddizione fondamentale” che attraversa il discorso dei giuristi, in particolare nel diritto moderno, e in maniera ancora più acuta nel diritto penale. Si tratta della contraddizione tra l’idea che il giudice applichi un diritto preesistente (specialmente, anche se

^(*) Una versione precedente di questo lavoro è stata presentata al *workshop* su «*La crisi dei concetti politici fondamentali nello specchio del diritto penale*», Agrigento 3 e 4 aprile 2014. Sono grato a tutti i partecipanti, e specialmente ad Alessandro Spina e Luigi Cornacchia, per le osservazioni e le critiche ricevute in quella sede.

¹ Per limitarci a solo alcuni dei contributi apparsi recentemente in argomento su questa *Rivista*, v. G. HIRSCH, *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, ivi, 2007, 107 ss.; B. RÜTHERS, *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, ivi, 2007, 121 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, ivi, 2011, 79 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, ivi, 2011, 99 ss.; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, ivi, 2011, 125 ss.; G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”*, ivi, 2012, 285 ss.; S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, ivi, 2012, 299 ss.; V. VELLUZZI, *Due (breve) note sul giudice penale e l'interpretazione*, ivi, 2012, 305 ss.; N. ZANNON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, ivi, 2012, 305 ss.

non necessariamente, nella forma della “legge”), e l’idea che il giudice necessariamente crei diritto – che non possa non crearlo, in qualche senso e in varie scale di intensità, nel momento in cui decide una controversia². Questa contraddizione ineliminabile dal discorso giuridico appare certamente problematica nel diritto moderno, edificato sul principio della separazione dei poteri e dello stato di diritto³; ed è particolarmente acuta nel campo del diritto penale, la cui funzione di limitazione in chiave individual-repressiva delle libertà dei cittadini (il “potere terribile”, nelle parole di Montesquieu⁴) trae la sua legittimazione e limitazione proprio dalla legge come fonte del diritto generale e astratta, e di provenienza democratica.

Si capisce dunque che il ruolo del giudice nel campo della legalità penale sia particolarmente delicato e problematico, e che la crisi della legalità abbia tanto come causa quanto come effetto l’espansione del ruolo della giurisdizione. Qualcuno potrebbe pensare che in fin dei conti questa sia una evoluzione inevitabile, o addirittura da abbracciare con entusiasmo: se è vero che l’ideale della legalità – intesa come soggezione del giudice alla legge – è solo una proiezione ideologica, politicamente ingenua e concretamente irrealizzabile, allora tanto vale far cadere la maschera, e guardare direttamente alla realtà. E la realtà sarebbe che il principio di legalità, inclusa la legalità penale, è una chimera⁵.

Non credo che questo sia un destino ineluttabile. Non credo cioè che dal riconoscimento di quella che abbiamo chiamato contraddizione fondamentale – l’inevitabilità del momento interpretativo nel diritto – discenda necessariamente la denuncia della legalità penale come ideale vuoto e illusorio. Anzi, proprio il riconoscimento del momento interpretativo nella vita del diritto potrebbe portare, con paradosso solo apparente, a favorire un rafforzamento della legalità penale – a renderla un po’ meno, o meno insostenibilmente, leggera.

A sostegno di ciò, proverò ad argomentare in questo modo: innanzitutto (§ 2) descriverò brevemente lo sfondo della crisi della legalità in generale (in particolare nella prospettiva della complessità del sistema delle fonti del diritto), e della legalità penale. Poi (§ 3), mi soffermerò sul principio di legalità penale: sul suo

² Vedi in proposito M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 1 ss.

³ Sui vari profili del principio di legalità, e sul suo collegamento con il concetto di stato di diritto, si vedano N. BOBBIO, *Legalità*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, 1983, 554 ss.; B. CELANO, *Stato di diritto*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, 402 ss.

⁴ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), libro XI, Torino, 1996, 278.

⁵ Una generale svalutazione dell’ideale della legalità emerge ad esempio dai lavori di Paolo Grossi; si vedano P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cap. I, Milano, 2007³; ID., *L’Europa del diritto*, cap. II, Roma-Bari, 2008. Una efficace panoramica sulla crisi contemporanea della legalità, in una prospettiva simpatetica a quella dello stesso Grossi, si trova in M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, 2013, 371 ss.

fondamento assiologico e sui suoi contenuti, adottando come precomprensione fondamentale del mio discorso l'insieme dei principi esplicitamente o implicitamente riconosciuti a questo riguardo dalla costituzione italiana. Lo scopo di questa analisi sarà duplice: per un verso, sarà un tentativo di ordine analitico e concettuale in una materia che presenta molteplici livelli di complessità; per altro verso, l'analisi sarà volta a precisare quali profili del principio di legalità entrano in tensione, e in quali modi, nell'attuale panorama della crisi della legalità. Infine (§ 4), mi soffermerò sulla questione della giurisdizione e del diritto giurisprudenziale come specifico campo di tensione del principio di legalità. A quest'ultimo proposito, il punto di vista dal quale svolgerò le mie brevi osservazioni non sarà più solo teorico-ricostruttivo, ma anche normativo e di politica del diritto.

2. *Crisi delle fonti, crisi della legge*

In linea generale, la crisi della legalità⁶ ha due facce: è crisi della *legge* come strumento di regolazione, e crisi dell'*ordinamento* come realtà, per l'appunto, ordinata.

Dal primo punto di vista, ad entrare in crisi è l'idea stessa di legge. Sono note le vicende culturali e politico-istituzionali che hanno portato, soprattutto nel corso dell'Ottocento, ad attribuire alla legge un ruolo centrale e primario all'interno del paradigma dello stato di diritto: la legge è la forma con cui si esprime la volontà dello Stato (come ente sovrano); è la fonte del diritto dotata per eccellenza dei caratteri della generalità e astrattezza, e di una relativa stabilità; è in grado di assicurare uniformità di trattamento dei cittadini (uguaglianza formale, certezza del diritto), e come tale predetermina le azioni dell'esecutivo e del giudiziario (che della legge sono, seppure in modi diversi, esecutori e applicatori), e influenza in ultima analisi anche le scelte dello stesso legislatore; quest'ultimo infatti, dovendo produrre solo normazioni generali e astratte, è "forzato" a legiferare nell'interesse generale, anziché in favore di specifici gruppi o peggio ancora di singoli; infine (ma si tratta di uno sviluppo che acquisterà pieno significato solo nella seconda metà del Novecento, con la diffusione del suffragio universale) la legge è, rispetto alle altre fonti del diritto, l'unica che possa vantare credenziali democratiche: sia in relazione

⁶ Come dovrebbe essere chiaro dal tenore generale della mia discussione, per "legalità" e "crisi della legalità" intenderò rispettivamente e specificamente l'idea che determinate materie siano regolate dalla legge, e l'idea che la capacità regolatoria della legge sia entrata in crisi per motivi "strutturali" (cioè motivi relativi alla legge stessa e alla struttura dell'ordinamento giuridico). Non includerò nella mia discussione altri sensi in cui queste espressioni entrano nel discorso pubblico, attinenti ad es. al valore del rispetto delle regole, alla fiducia o sfiducia verso lo Stato come soggetto regolatore, al mancato rispetto della legge da parte dei cittadini o dei titolari di poteri pubblici ecc. (l'evasione fiscale, o la corruzione, o la criminalità organizzata, come aspetti della crisi della legalità).

all'organo che la produce, sia in relazione al procedimento seguito per la sua produzione (procedimento che – pur terminando con un voto a maggioranza – idealmente prevede una discussione che coinvolge anche le minoranze).

Ora, molte delle virtù della legge sopra indicate sembrano ormai obsolete, compromesse, o svelate per quello che sono: illusioni ideologiche. La legalità contemporanea, post-moderna, sembra aver in gran parte smarrito la via verso l'ideale regolativo illuministico della legislazione generale, astratta, chiara e accessibile: le leggi sono prodotte a ritmi bulimici, successivamente emendate e derogate in maniera altrettanto compulsiva (si pensi alla prassi corrente in Italia dei decreti legislativi correttivi e integrativi), formulate in maniera contorta e involuta, con articoli suddivisi in decine o centinaia di commi, spesso eterogenei per materia, e con rimandi ad innumerevoli altri testi normativi⁷. E anche le credenziali democratiche della legge sono ormai abbastanza ridimensionate: sia per la quantità di legislazione che si limita a trasporre nell'ordinamento interno normative predisposte altrove, sia per il crescente, e talvolta schiacciante, ruolo assunto nell'esecutivo nella produzione di fonti primarie (atti con forza di legge) e all'interno del procedimento legislativo stesso.

Dal secondo punto di vista, la crisi della legalità come crisi dell'ordinamento, ad entrare in crisi è l'idea che le fonti del diritto possano davvero essere concepite in maniera ordinata, gerarchica, piramidale: uno dei temi più dibattuti nella letteratura costituzionalistica italiana (e non solo) degli ultimi due decenni è infatti costituito dalla "crisi" del sistema delle fonti⁸.

La principale incarnazione della crisi della legalità consisterebbe dunque nella frantumazione dell'ordinazione gerarchica delle fonti stesse: persa per sempre (con rammarico o con compiacimento, a seconda dei casi) l'aspirazione, tipica della modernità, all'introduzione di una razionalità verticale nelle fonti del diritto presieduta dalla legge (quale presupposto "formale", seppure da solo non sufficiente, di una più complessiva opera di razionalizzazione del diritto⁹), si prende

⁷ R. GUASTINI, *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 13, 2013, 513 ss.

⁸ Per gli opportuni riferimenti bibliografici, mi permetto di rinviare a G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, 2014.

⁹ Alla razionalizzazione e semplificazione (in un ordine verticale) delle fonti come elemento di razionalizzazione e semplificazione *formale* del diritto, il progetto giuridico della modernità affiancava la semplificazione dei *contenuti* del diritto, che faceva perno in primo luogo sull'unicità del soggetto di diritto. Semplificazione delle forme e dei contenuti erano finalizzate, congiuntamente, al superamento del pluralismo e particolarismo tipici del diritto medievale e *Ancien Régime*. Su queste vicende, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; ID., *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici* (1978), in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 41 ss.; R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, 193 ss.

atto che i mutevoli rapporti di forza tra gli attori politici in una democrazia pluralista, il fluire incessante e incontrollabile delle relazioni di mercato nell'era della globalizzazione, il pluralismo e la complessità delle società contemporanee, la stessa presenza all'interno dell'ordinamento giuridico di un livello di legalità superiore a quello legislativo (i principi costituzionali), così come di centri di normazione infra-statali (enti locali) ed extrastatali dotati di autonome competenze normative (e di criteri di ordinazione degli atti normativi non verticali, ma orizzontali e perfino "liquidi" come la competenza, la sussidiarietà, la proporzionalità, la leale collaborazione...), sono altrettanti fattori che si ripercuotono tutti – disgregandolo – sull'ordine delle fonti del diritto. Inoltre, nel panorama attuale al monopolio della produzione centralizzata del diritto da parte di specifici organi statali si sostituisce una congerie di fonti di produzione normativa di derivazione internazionale, transnazionale, e anche contrattuale¹⁰.

Così, alla tradizionale rappresentazione ordinata e monolitica del sistema delle fonti, compendiata nella familiare figura della piramide, si sostituiscono ora figure più complesse e disarmoniche, come la rete, l'arcipelago, o l'edificio barocco¹¹.

È evidente peraltro che in un quadro talmente complicato, il ruolo del giudice diventa necessariamente anche quello di un "ordinatore", anziché solo di un applicatore (ammesso che il ruolo del giudice sia mai stato quello di un meccanico applicatore di un diritto già ben confezionato *aliunde*): è sul giudice che si ripongono le residue speranze di mettere ordine nel panorama delle fonti, anche se spesso si tratterà di un ordine precario, valido solo caso per caso. Con ulteriore incrinatura del paradigma della legalità che, come abbiamo visto, intende invece sottomettere il giudice alla legge.

Ebbene, i due versanti della crisi della legalità fin qui brevemente evocati (crisi della legge e crisi delle fonti) si presentano anche nell'ambito della legalità penale. Anzi, per ragioni inerenti alle specifiche funzioni dello strumento penale, e alla sua valenza simbolica, altamente spendibile nel mercato del consenso politico, la legalità penale sembra essere investita da una crisi per certi versi ancora più profonda della legalità "ordinaria".

Non solo valgono anche per il diritto penale gran parte, se non tutti¹², i fattori di crisi della legalità già visti poco sopra: perdita di centralità della legge, decadi-

¹⁰ G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012.

¹¹ Cfr. nuovamente G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, cit., 7 e 68.

¹² Verosimilmente il diritto penale è più resistente, rispetto alle altre aree del diritto interno, nei confronti di alcune spinte tipiche della globalizzazione, come il diritto di fonte contrattuale e la *lex mercatoria*. Ma a ben vedere anche il diritto penale subisce l'influenza di alcuni epifenomeni tipici della globalizzazione giuridica contemporanea: la lingua franca dei diritti umani (di cui il diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è solo un esempio), e il diritto dell'Unione europea.

mento della qualità della normazione (farraginoso, episodico, alluvionale, incoerente), influenza di fonti normative estranee all'ordinamento, ruolo sempre più pregnante della giurisdizione. A questi si aggiungono ulteriori fattori di crisi che affliggono specificamente il settore penale: mi riferisco in particolare all'ipertrofia del settore penale, su cui il potere politico (in Italia a livello macroscopico, ma si tratta di tendenza affatto generale) scarica ogni genere di inefficienza regolatoria dei fenomeni sociali¹³. Ogni problema sociale viene magicamente risolto dal ricorso alla (minaccia della) sanzione penale: la risposta penale – in realtà solo futura e del tutto eventuale – tranquillizza l'opinione pubblica, e il lavoro è fatto. Si apre così la strada a quel “diritto penale massimo” che, come ha infaticabilmente mostrato Luigi Ferrajoli, è di per sé causa ed effetto della crisi della legalità penale¹⁴.

Tutte queste sono questioni piuttosto conosciute, almeno tra i cultori del diritto penale, e invero alquanto dibattute nella letteratura più recente. Prima di dedicare uno sguardo più ravvicinato, come ho anticipato sopra, ad uno specifico elemento di tensione della legalità penale contemporanea – quello attinente alla giurisdizione penale e al diritto penale giurisprudenziale – voglio però provare a capire meglio *cos'è* che è entrato in crisi. Detto altrimenti, proverò nel prossimo paragrafo a fare una sintetica ricognizione del significato del principio di legalità penale – il suo fondamento, il suo contenuto – al fine di rendere più chiaro il modo in cui oggi se ne verifica la crisi nel campo specifico che qui ci interessa.

3. *Legalità penale: i molti volti di un principio fondamentale*

Le ultime parole del paragrafo che precede contengono una notevole semplificazione: ho detto infatti che per comprendere il significato del principio di legalità penale occorre fare riferimento al suo fondamento e al suo contenuto. Tuttavia, sembra evidente che il principio di legalità penale abbia *diversi* fondamenti, e *diversi* contenuti.

Ora, che il principio di legalità abbia una pluralità di possibili contenuti non è affatto un problema: semplicemente, è così che sono fatti i principi. È del tutto normale che un principio si presti a molteplici possibilità applicative differenti

¹³ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997; G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 80-87; ID., *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Milano, 2002, pp. 9-21; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. 2, *Teoria della democrazia*, 367-371. Si vedano anche S. MOCCIA, *L'illusione repressiva. La politica criminale e giudiziaria nell'Italia degli anni Novanta*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, 1, 91 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quad. fior.*, vol. 36, 2007, 1279-1329.

(che possa essere concretizzato in vari modi): se così non fosse, non saremmo nemmeno di fronte ad un principio, ma ad una regola – cioè una norma dal campo di applicazione chiaro e ben determinato¹⁵. La questione interessante è, semmai, vedere come queste diverse modalità applicative interagiscano tra loro, come l'una influisca sul contenuto delle altre, come l'eventuale mancanza o ineffettività di una influisca sulle altre, e così via¹⁶.

Diversa invece la questione di una eventuale pluralità di fondamenti assiologici del principio di legalità penale. Infatti è evidente che il fondamento assiologico (la *ratio*) di un principio influisce sul contenuto del principio stesso, e che se un principio riposa contemporaneamente su diversi fondamenti assiologici (se può essere ricondotto simultaneamente a differenti *rationes*), le conseguenze applicative di quel principio potranno essere divergenti e anche contraddittorie. Questo accade esattamente con il principio di legalità penale.

3.1. I fondamenti della legalità penale

Nella letteratura penalistica il principio di legalità è associato a due funzioni fondamentali: una funzione “di certezza”, e una funzione “di garanzia”. (Come vedremo subito, queste due dimensioni presentano alcune significative sovrapposizioni, di modo che non sempre è facile stabilire se un certo profilo ricade sotto la funzione della certezza o della garanzia.)

La funzione di *certezza* del principio di legalità penale risiede nel fatto che la legge è una fonte del diritto con caratteri di spiccata pubblicità, è relativamente stabile nel tempo, e procede per categorie generali e astratte. In virtù di queste caratteristiche, la legge assicura determinate esigenze alquanto rilevanti in ambito penale: la prevedibilità e calcolabilità delle conseguenze delle azioni, valore particolarmente rilevante in una materia in cui le conseguenze della trasgressione sono, almeno in linea teorica, assai gravi¹⁷. Inoltre, la generalità della legge e la sua relativa stabilità nel tempo assicurano un certo livello di uguaglianza tra i cittadini, quanto alle conseguenze (penali) delle loro azioni. Infine la legge, grazie al suo

¹⁵ Su questi aspetti strutturali e funzionali dei principi, e del loro differente funzionamento rispetto alle regole, rimando a G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, cap. III; ID., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 11, 2011, 75 ss.

¹⁶ G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1994, 279 ss., sottolinea la distinzione concettuale tra i vari aspetti del principio di legalità penale, ma nota anche che si tratta di profili in vario modo collegati.

¹⁷ Cfr. Corte costituzionale n. 364/1988. Sul “*fair warning*” come caratteristica del *rule of law*, B. CELANO, *Publicity and the Rule of Law*, in L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 2*, Oxford, 2013, 122 ss.; secondo Lon Fuller si tratta di un elemento della “moralità interna” del diritto, L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1964.

carattere pubblico e conoscibile, assicura quella funzione di guida ex ante dei comportamenti dei consociati che il diritto penale concettualmente si prefigge (la funzione general-preventiva del diritto penale)¹⁸.

La funzione di *garanzia* del principio di legalità penale consiste nel fatto che la legge è il prodotto del Parlamento, cioè dell'organo statale rappresentativo della collettività dei consociati. Ciò assicura, o dovrebbe assicurare, che la legislazione penale abbia certe qualità: che provenga dai rappresentanti dei cittadini, e dunque che le limitazioni alle libertà dei cittadini, imposte dalla legislazione penale, siano almeno indirettamente fondate sulla volontà dei cittadini stessi¹⁹; che, essendo il frutto della volontà "generale", sia anche volta alla protezione di interessi altrettanto generali; che sia il frutto di un procedimento discorsivo in cui possono emergere voci favorevoli e contrarie, in cui maggioranza e minoranza possono confrontarsi apertamente e con argomenti pubblici²⁰, e che dunque ha qualche speranza di mettere capo a decisioni ponderate, equilibrate; che, infine, sia un argine rispetto alle tentazioni repressive di organi che detengono una diversa legittimazione politica, più marcatamente maggioritaria, come l'esecutivo, o che sono del tutto privi di legittimazione democratica, come il giudiziario²¹.

Tutte queste sono cose ben note, certo. Ma è anche vero che su questi punti la letteratura e la giurisprudenza penalistica e costituzionalistica, seppur con alcune notevoli eccezioni, sembrano lasciare in ombra alcuni aspetti importanti. Ad esempio, non sempre è chiaro (almeno, non sempre lo è a me) se quando si parla di questi due fondamenti del principio di legalità si stia facendo riferimento a due possibili fondamenti *alternativi*, oppure *concorrenti*. A dire il vero, entrambe le interpretazioni hanno qualche plausibilità, anche se personalmente mi sembra preferibile la seconda.

Quanto alla prima ipotesi (certezza e garanzia come fondamenti *alternativi* della legalità), essa è resa plausibile dal fatto che non sempre la certezza della legge è (direttamente) funzionale ad una esigenza di garanzia: un diritto penale reso "certo" grazie al principio di legalità può essere funzionale a "legare le mani" ad un giudiziario potenzialmente recalcitrante ad applicare le direttive che il potere politico riversa nella legge; dunque la certezza derivante dalla legalità può essere un mezzo per subordinare gli organi dell'applicazione al potere politico, anche se la legge in sé non si

¹⁸ Sul rapporto tra certezza della norma penale, prevedibilità delle azioni e funzione di prevenzione generale, cfr. F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193 ss.

¹⁹ Questo fondamento "contrattualistico" della legalità penale risale quantomeno a Cesare Beccaria, ed è frequentemente ripreso dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (ad es. n. 487/1989).

²⁰ Corte costituzionale n. 487/1989. V. anche G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, 2007, 1247 ss.

²¹ In relazione agli ultimi due punti, si veda Corte costituzionale n. 282/1990, che collega la garanzia di cui all'art. 25, comma 2, Cost. al tentativo di riduzione degli illeciti penali secondo il principio che considera il sistema penale come *extrema ratio* di tutela dei beni giuridici.

pone né realizza, in questo ipotetico esempio, obiettivi particolarmente garantistici verso le libertà dei cittadini – potrebbe ben essere un diritto penale autoritario.

Quanto alla seconda ipotesi (certezza e garanzia come fondamenti *concorrenti* della legalità), essa è resa plausibile dal fatto che *in entrambi i casi* è in gioco una funzione di garanzia. Un diritto penale certo è infatti di per sé garanzia contro certi tipi di abusi (degli organi che decidono i casi concreti), e di prevedibilità delle decisioni e di calcolabilità delle conseguenze delle condotte: è dunque una garanzia dell'autonomia personale dei cittadini. Un diritto penale “democratico” è a sua volta garanzia degli altri valori già menzionati poco sopra (rappresentatività, frammentarietà, *ultima ratio*...). Inoltre, la tensione e l'interazione tra questi due fondamenti concorrenti del principio di legalità produce alcuni risultati interessanti, come vedremo nel prossimo paragrafo. Forse sarebbe preferibile, allora, parlare di una duplice garanzia che può essere associata al principio di legalità: una garanzia “formale” (certezza), e una garanzia “procedurale” (il procedimento di produzione).

Infine, un ulteriore elemento a volte trascurato è che ciascuno dei due possibili fondamenti del principio di legalità (alternativi o concorrenti che siano) si presta ad interpretazioni (e dunque ad applicazioni) molteplici e variabili. Così, esistono vari modi di intendere sia il concetto di certezza giuridica, sia il concetto di democrazia e dunque lo stesso carattere democratico dei modi di produzione del diritto²². Due esempi: la certezza può essere intesa come certezza/prevedibilità per l'organo dell'applicazione, oppure per il cittadino; la democrazia può essere intesa come pura procedura di decisione (la regola di maggioranza), o come esigenza che la decisione a maggioranza sia preceduta e integrata da una serie di qualità “deliberative” (piena partecipazione nel procedimento decisionale di tutti i soggetti interessati, discussione approfondita e in buona fede del merito della questione, ecc.). Non solo: anche all'interno di una medesima concezione del principio di certezza, o della democrazia, possono esistere vari gradi di realizzazione dell'una e dell'altra.

3.2. *Le implicazioni del principio di legalità*

Vediamo adesso, brevemente, le implicazioni del principio di legalità, sia riguardo ai suoi contenuti sia riguardo ai suoi destinatari. Anche qui conviene distinguere a seconda che si faccia riferimento alla funzione di certezza (la garanzia formale) o alla funzione di garanzia (la garanzia procedurale) del principio di legalità penale.

²² Per una sintetica ricognizione delle varie accezioni di “democrazia” nel dibattito filosofico-politico contemporaneo, v. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006, cap. II. Sui vari significati che può assumere la certezza del diritto, v. L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto* (1988), in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, 2008, 82 ss.; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.

La funzione di certezza o garanzia formale richiede la determinatezza, cioè la precisione nella formulazione delle fattispecie penali; ciò si estrinseca non solo nell'uso di un linguaggio chiaro e univoco nei testi legislativi, e soggetto ad apprezzamenti empirici e quantitativi, ma anche nell'evitare complicati rimandi da un testo normativo all'altro: richiede dunque la conoscibilità dei precetti penali²³ (e si inseriscono in questo quadro anche le proposte di introdurre una *riserva di codice* in materia penale²⁴). Richiede inoltre una certa stabilità nella legislazione penale, e il divieto di retroattività delle norme incriminatrici. Tutte queste prescrizioni sono rivolte al legislatore. Ma la funzione di certezza si rivolge anche ai giudici: richiede ad esempio un certo grado di fedeltà alla lettera della legge, una certa stabilità negli orientamenti giurisprudenziali (che assicura l'uguaglianza di trattamento dei diversi soggetti che incappano nelle maglie del meccanismo penale), e il divieto di applicazione retroattiva delle norme incriminatrici²⁵.

La funzione di garanzia o garanzia procedurale richiede che la competenza di produzione normativa in materia penale sia rimessa al solo Parlamento, con esclusione dell'esecutivo (riserva di legge) e del giudiziario (divieto di analogia). Quindi i destinatari sono nuovamente il legislatore, che non deve delegare ad altri organi il suo potere di produzione normativa in materia penale; e i giudici, che *a*) non devono applicare norme penali contenute in fonti diverse da quella legislativa; e *b*) non devono estendere "creativamente" le fattispecie penali incriminatrici.

Ora, come ho anticipato è del tutto possibile sia che i due principi entrino in tensione tra loro, sia che la loro applicazione non sia per nulla univoca.

Per un verso, infatti, nulla impedisce *in astratto* che la certezza del diritto penale possa essere assicurata da fonti diverse da quella legislativa²⁶: dal diritto giurisprudenziale, ad esempio, o da fonti atipiche come quelle comunitarie. Se così fosse, la legalità-certezza e la legalità-procedura entrerebbero irrimediabilmente in tensione. E inoltre, il conflitto tra legalità-certezza e legalità-procedura emerge con nettezza nello specifico e controverso settore dell'analogia in materia penale:

²³ Corte costituzionale n. 364/1988.

²⁴ L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, cit., 9 ss.; ID., *Sulla crisi della legalità penale*, in S. Anastasia, M. Palma (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforme*, Milano, 2001, 67 ss.; ID., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di D. Ippolito e S. Spina, Napoli, 2014, 215-228; S. SENESE, *La riserva di codice*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, cit., 79 ss.

²⁵ Sulla determinatezza come canone di formulazione dei testi normativi e come canone ermeneutico per gli applicatori del diritto (che richiede il divieto di analogia e l'interpretazione "tassativizzante"), cfr. F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 333.

²⁶ Questo è in effetti il diverso significato della legalità penale presente negli ordinamenti di *common law*, nonché nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che utilizza una nozione materiale di legalità nella quale la legalità formale (legislativa) è integrata dagli apporti interpretativi della giurisprudenza.

al fine di privilegiare le esigenze di certezza, e dunque di evitare scostamenti caso per caso dallo schema legale, si dovrebbe escludere l'ammissibilità del ricorso all'analogia anche *in bonam partem*²⁷; di contro, la legalità-garanzia richiede che siano rimesse all'organo democraticamente responsabile solo le scelte in materia di criminalizzazione, nulla ostando che il principio democratico ceda il passo al principio del *favor rei* quando ciò è tecnicamente possibile (notoriamente, nel caso dell'estensione analogica delle cause di giustificazione). Infine, la tensione tra le due anime del principio di legalità penale si verifica anche nei casi di dichiarazione di incostituzionalità di una legge penale di favore, con effetti *in malam partem*²⁸: può accadere infatti che la Corte costituzionale dichiari l'incostituzionalità di tali norme sulla base di vizi del procedimento democratico (irragionevolezza, eccesso di delega), con potenziali effetti retroattivi o comunque incertezza della normativa applicabile ai fatti verificatisi prima della dichiarazione di incostituzionalità (in casi simili la Corte rinvia per lo più ai giudici comuni la questione della possibile retroattività dell'espansione dell'area del penalmente illecito, con sibilline raccomandazioni al rispetto dei principi generali dell'ordinamento).

Infine, come anticipato nel paragrafo precedente, esistono vari modi di intendere sia il concetto di certezza giuridica, sia il carattere democratico dei modi di produzione del diritto (varie possibili *concezioni* dei relativi *concetti*), e vari possibili gradi e modalità di attuazione dell'una e dell'altra. Così, l'esigenza di certezza potrebbe richiedere anche la tassatività (divieto di analogia) e la riserva di legge, ma solo a condizione che si nutra una certa sfiducia sulla capacità di raggiungere un sufficiente grado di prevedibilità delle decisioni che i giudici possono raggiungere in generale, e in particolare facendo uso dell'analogia; ma nulla impedisce che, in un dato contesto storico, ideologico e istituzionale, analoga sfiducia sia nutrita verso il legislatore, e che di contro si ripongano notevoli aspettative di ordinazione e stabilizzazione dei materiali normativi nei confronti della giurisprudenza o della scienza giuridica.

4. Legalità penale e giurisdizione: il caso del diritto vivente

Come ho detto più volte, il principio di legalità penale appare oggi in tensione da molteplici punti di vista: sia sotto l'aspetto della funzione "di certezza", o di garanzia formale, sia sotto l'aspetto della funzione "di garanzia", o di garanzia procedurale.

²⁷ P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, 131; G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, 1978, 958.

²⁸ V. ad es. Corte costituzionale nn. 394/2006, 28/2010, 5/2014.

Dal primo punto di vista, vengono in considerazione soprattutto l'ipertrofia e il disordine della produzione normativa in materia penale (spesso frutto di scelte asseritamente emergenziali, e in quanto tali episodiche e derogatorie), la sua scarsa conoscibilità e le difficoltà interpretative cui da sovente luogo.

Dal secondo punto di vista, vengono in evidenza lo scadere della qualità della deliberazione legislativa in un contesto politico-parlamentare ad impostazione sostanzialmente maggioritaria; l'acquisizione, in via di fatto, di ampi poteri di produzione normativa da parte del governo (decreti-legge e decreti legislativi), che in vario modo svuotano o almeno indeboliscono le prerogative del Parlamento in materia penale; la sempre crescente rilevanza in materia penale della dimensione europea, nelle due diverse forme della normativa dell'Unione europea e del diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁹.

In questo paragrafo conclusivo mi concentrerò su uno specifico punto di tensione che sembra sintetizzare preoccupazioni ed esigenze che derivano da entrambi i pilastri assiologici della legalità penale: mi riferisco alla questione del diritto penale giurisprudenziale.

Si tratta di un vero e proprio incrocio di questioni filosofico-giuridiche, ideologico-politiche, e istituzionali: sulla sede giurisdizionale si scaricano infatti gran parte dei problemi e delle tensioni che affliggono a monte la legalità penale, per un verso rendendo straordinariamente complicata la fase della *quaestio iuris* nella funzione giurisdizionale (tanto da rendere un vero e proprio relitto dell'archeologia ideologico-giuridica l'immagine del giudice *bouche de la loi*, o la legittimazione tendenzialmente "cognitiva" del giudice penale³⁰), e per altro verso legittimando, in via di fatto, la figura del giudice come punto di equilibrio e di unificazione di un sistema sempre più frammentato al suo interno, ed esposto a vari e complessi flussi di produzione normativa provenienti dall'esterno: infatti è proprio in sede giudiziaria che dovrà essere ricomposto lo specchio rotto delle fonti del diritto, con l'interpretazione sistematica e soprattutto con l'interpretazione adeguatrice o "conforme a" (alla Costituzione, al diritto dell'Unione europea, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia o della Corte europea dei diritti dell'uomo...)³¹.

A ciò si aggiunga un dato filosofico-giuridico che ormai si può dare (quasi) per scontato: e cioè la (quasi) totale reiezione del formalismo interpretativo, dell'idea che il giudice possa agire da mero, meccanico applicatore di una norma

²⁹ G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge*, cit.

³⁰ Rivendicata invece con forza, almeno come ideale regolativo, da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., cap. I; ID., *Il paradigma garantista*, cit., 61-77.

³¹ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012. E si possono leggere sempre in questa chiave i ripetuti inviti che la Corte costituzionale rivolge ai giudici comuni a risolvere le questioni di difetto di determinatezza delle leggi penali con tutti gli strumenti ermeneutici disponibili, anche nel quadro dell'ordinamento nel suo complesso.

giuridica già completamente e perfettamente preparata in sede legislativa. Che la giurisprudenza, in quanto attività anche interpretativa, apporti necessariamente qualche tipo di contributo nel processo di produzione del diritto (la scelta e la conformazione della premessa maggiore del sillogismo normativo) è ormai pressoché scontato, sia nel dibattito teorico-giuridico, sia tra i giuristi positivi. Questa tesi può assumere crescita esponenziale, poi, se associata all'idea fortemente rivendicata dagli orientamenti ascrivibili all'ermeneutica giuridica, secondo cui ogni interpretazione è anche un procedimento analogico, il ragionamento analogico è l'essenza stessa del ragionamento giuridico: con la conseguenza che il giudice non solo crea necessariamente diritto all'interno dei confini indicatigli dal legislatore, ma che tali confini in realtà non esistono³².

Io credo che ci sia del vero in queste idee – perfino nella tesi ermeneutica della natura sostanzialmente analogica del ragionamento giuridico, così come di molti altri tipi di ragionamento. Il diritto non è (solo) un insieme di testi legislativi (o di fonti del diritto), ma è anche l'insieme delle interpretazioni di questi testi. Il diritto è un insieme di *disposizioni* e di *norme*. E dunque la dimensione interpretativa è ineliminabile ed imprescindibile nella vita del diritto: l'idea stessa del diritto vivente rischia di essere fuorviante, se viene intesa come un sovvertimento del diritto vigente, nel senso che i testi abbiano un “loro” vero significato, poi usurpato dagli interpreti. È vero invece che la produzione e l'interpretazione del diritto sono attività per certi versi cooperative e per certi versi conflittuali o antagonistiche: ed entrambe concorrono a formare il diritto “oggettivo”. E che l'interpretazione e il ragionamento giuridico in generale abbiano una ineliminabile componente analogica non significa che l'interprete non abbia punti di riferimento al di là dell'irriducibilità del “caso”: l'analogia può bene essere utile all'interprete per muoversi all'interno della cornice legislativa e per precisarne il contorno. La centralità del momento interpretativo, il riconoscimento della sua irriducibile componente creativa, dunque, non portano necessariamente a scardinare o a rendere irrilevante il principio di legalità penale.

Ebbene, tutto ciò posto, come dovrebbe essere ripensata la legalità penale a fronte dell'impossibilità del formalismo interpretativo, di un'interpretazione giuridica puramente dichiarativa? Credo che un tentativo di risposta a questo interrogativo debba seguire entrambi i binari tracciati dal duplice fondamento assiologico del principio di legalità (certezza e garanzia), e che conduca ad una proposta di po-

³² In argomento, A. KAUFFMAN, *Analogia e «natura della cosa»*. Contributo alla dottrina del tipo (1982), a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2004; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, spec. 82-111, 152-165; nella letteratura penalistica, l'approccio ermeneutico è guardato con interesse da G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale* (2001), in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 33 ss.

litica del diritto, o di politica dell'interpretazione giuridica, in cui venga differenziato nettamente il ruolo dei giudici comuni e quello della Corte costituzionale.

Prendiamo le mosse da una sommaria descrizione della situazione attuale nella giurisprudenza penale italiana, con particolare riferimento alla questione della determinatezza delle leggi penali. Si tratta evidentemente di una semplificazione, di una approssimazione ad una realtà complessa in cui non mancano dati giurisprudenziali contraddittori. Inoltre, la questione della determinatezza non è nemmeno l'unico contesto in cui viene in rilievo il problema del diritto penale giurisprudenziale³³: ma è quello che meglio mi permette di evidenziare la delicata dialettica tra Corte costituzionale e giudici comuni e le sue ripercussioni sulla dinamica della legalità penale.

Dunque, in base ad uno schema che si può ritenere ormai abbastanza consolidato, in casi di incertezze interpretative derivanti da una formulazione indeterminata dei testi legislativi la Corte costituzionale adotta di solito una di queste tre soluzioni:

a) se si è formata una serie consolidata di interpretazioni giurisprudenziali (un diritto vivente), la Corte raccomanda al giudice di verificare non se *la disposizione in sé* sia indeterminata³⁴, ma se la disposizione *come interpretata dalla prevalente giurisprudenza* sia ancora indeterminata; se il diritto vivente consente di chiarire un testo che nella sua originaria formulazione era confuso, indeterminato ecc., allora la questione è risolta, il problema di indeterminatezza è superato in via interpretativa e giurisprudenziale.

b) se invece non si è ancora formato un diritto vivente sulla questione, la Corte prova a dare indicazioni ai giudici ordinari su come interpretare in senso costituzionalmente conforme la disposizione dubbia;

c) se, infine, si è formato un diritto vivente che sotto il profilo della determinatezza, o anche sotto altro profilo, la Corte costituzionale considera contrario alla Costituzione (talvolta perché i giudici ordinari o la Cassazione hanno disatteso un'interpretazione precedentemente proposta dalla Corte), la Corte dichiara l'incostituzionalità del diritto vivente stesso (precisamente: della disposizione così come interpretata dalla giurisprudenza ecc.)³⁵.

³³ Per una più ampia ricognizione, v. G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I – Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 239 ss.; ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008.

³⁴ *Rectius*: la disposizione come interpretata dal giudice *a quo*.

³⁵ Per alcuni esempi di questo schema dialettico tra Corte costituzionale e altri giudici, M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2010, 48-49, 52-58.

Mi sembra, nel complesso, un indirizzo abbastanza criticabile, per diverse ragioni. Innanzitutto esso è solo apparentemente rispettoso del versante democratico del principio di legalità, perché seguendo lo schema sopra ricostruito si può facilmente tollerare una sostanziale riscrittura, in via giurisprudenziale, delle scelte di politica legislativa.

Inoltre è un indirizzo scarsamente rispettoso del versante “certezza” del principio di legalità. Possiamo infatti distinguere due profili della certezza del diritto (o determinatezza): una certezza per i destinatari (i “cittadini”) e una certezza per gli organi dell’applicazione. Riprendendo la distinzione kelseniana tra norma “primaria” e norma “secondaria” (la prima è la norma rivolta all’organo dell’applicazione, e prescrive l’applicazione della sanzione per l’illecito; la seconda è la norma rivolta al cittadino e definisce il contenuto dell’illecito³⁶), potremmo distinguere tra una “certezza primaria” e una “certezza secondaria”. La certezza primaria si ha quando gli organi dell’applicazione sono in grado di risolvere agevolmente la *quaestio iuris*; la certezza secondaria si ha quando il cittadino è messo in condizione di conoscere in maniera agevole cosa deve fare o non fare per non incorrere in sanzioni penali. La ragione per cui ho introdotto questa distinzione dovrebbe essere evidente: le due dimensioni della certezza non sono né concettualmente né empiricamente collegate in maniera necessaria: il diritto può essere abbastanza o del tutto certo per gli organi dell’applicazione, pur potendo essere avvolto da una cortina di mistero per i cittadini³⁷. Il problema investe in qualche misura anche i casi in cui la Corte riduce con sentenze manipolative l’ambito della punibilità penale stabilito dal legislatore³⁸: in questi casi, infatti, con un dispositivo che rinvia “a quanto espresso in motivazione”, si può creare una notevole incertezza sulla reale portata della norma: la Corte agisce come co-legislatore, riscrive i testi legislativi alla luce della Costituzione, ma di fatto finisce per rendere il diritto penale più incerto e indeterminato.

Ora, quando la Corte costituzionale insiste nell’indicare ai giudici comuni una linea interpretativa – conforme a Costituzione e in grado di assicurare la determinatezza del precetto penale – ha palesemente in mente solo o soprattutto la certezza “primaria”: ma non è affatto detto che il diritto vivente, o il diritto reso determinato dall’intervento interpretativo della Corte costituzionale, sia più acces-

³⁶ Per una efficace ricostruzione della distinzione tra norma primaria e norma secondaria in Kelsen, v. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, 1999, 206-208.

³⁷ A livelli parossistici e grotteschi, questa sembra essere in effetti l’atmosfera che circonda Josef K. nel *Processo* di Kafka.

³⁸ In proposito v. M. D’AMICO, *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 254 ss.

sibile e comprensibile al cittadino³⁹. Con la conseguenza di incrementare, con la scusa di perseguire la determinatezza, la dimensione tecnica, specialista ed esoterica del linguaggio giuridico. Ma in un settore peculiare come il diritto penale, che è finalizzato a guidare *ex ante* le condotte dei cittadini affinché non siano commesse certe azioni (detto in maniera semplicistica), certi *mala*, e le cui conseguenze sanzionatorie sono molto gravi, forse sarebbe il caso di guardare più alla comprensibilità e alla certezza “secondaria” che a quella “primaria”⁴⁰. Ciò è tanto più vero oggi, peraltro: grazie all’informatica e alla telematica oggi si moltiplicano le possibilità di accesso diretto e gratuito del cittadino all’informazione giuridica, intesa però come conoscenza dei testi legislativi⁴¹ – mentre la conoscibilità degli orientamenti giurisprudenziali, anche di quelli dominanti, richiede un grado di professionalizzazione e di abilità tecnica di solito fuori della portata del cittadino medio. E inoltre, in assenza di un sistema di precedenti vincolanti o tendenzialmente vincolanti, non c’è alcuna garanzia che quell’indirizzo interpretativo sarà effettivamente seguito dalla giurisprudenza⁴².

Il vizio è, probabilmente, all’origine: infatti la preoccupazione preponderante della Corte, in tutti questi casi, sembra essere di evitare lo *horror vacui* conseguente ad una dichiarazione di incostituzionalità di una legge penale.

In conclusione, dunque, quale è l’atteggiamento interpretativo che si può auspicare in vista della realizzazione del grappolo dei valori riconducibili alla legalità penale? Come dicevo, occorre distinguere giudici comuni e Corte costituzionale. Ai giudici comuni dovrebbe essere richiesto di fare ricorso ad interpretazioni costituzionalmente orientate in funzione restrittiva dell’area della punibilità: dunque, sia in caso di indeterminatezza, sia nel caso in cui la lettera della legge sia sufficientemente chiara ma presenti sospetti di incostituzionalità, il giudice comune dovrebbe impegnarsi se possibile in una reinterpretazione costituzionalmente conforme in senso restrittivo. Se possibile: cioè nella misura consentita dal linguaggio comune, strumento elastico ma non indefinitamente manipolabile. Ove invece ciò non sia possibile, il giudice comune deve evidentemente rinviare la questione alla Corte costituzionale: quest’ultima, ove ravvisi l’indeterminatezza

³⁹ Si tenga inoltre presente che l’individuazione del diritto vivente può bene essere a sua volta un problema delicato anche per un giurista di professione, e che può facilmente mutare nel tempo (molto più facilmente di una legge). E dunque che anche la certezza “primaria” è così tutt’altro che scontata.

⁴⁰ Questa peraltro era anche la preoccupazione espressa dalla Corte nella storica sentenza sulla *ignorantia legis* (n. 364/1988).

⁴¹ V. ZENO-ZENCOVICH, *Codificazione e informazione giuridica*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, 9 ss.; ID., *Il «diritto ad essere informati» quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2006, 1 ss.

⁴² Sull’esigenza di una “cultura del precedente” anche in ordinamenti di *civil law*, v. G. FIAN-DACA, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit.

del testo penale, non dovrà consigliare interpretazioni migliori ma dovrà semplicemente pronunciare una sentenza di accoglimento.

È vero che ciò creerà una lacuna o un vuoto di tutela, nel breve periodo. Ma nel medio periodo è possibile che si determini un miglioramento della qualità della legislazione penale, quando il legislatore si renderà conto che la sciatteria legislativa non troverà più l'ancora di salvezza nella giurisprudenza "correttiva" o interpretativa della Corte costituzionale.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

MARTA BERTOLINO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

RENATO BRICCHETTI – Presidente di Sezione della Corte di Appello di Milano

DAVID BRUNELLI – Professore ordinario nell’Università di Perugia

MARGHERITA CASSANO – Consigliere della Corte di Cassazione

GIULIA CHECCACCI – Perfezionata presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

STEFANO CORBETTA – Magistrato del Tribunale di Milano

ALESSANDRO CORDA – Post-Doctoral Research Fellow presso la University of Minnesota Law School (USA)

EMANUELE CORN – Research fellow nell’Università di Antofagasta (Cile)

CRISTIANO CUPELLI – Ricercatore nell’Università di Roma “Tor Vergata”

OMBRETTA DI GIOVINE – Professore ordinario nell’Università di Foggia

ALBERTO DI MARTINO – Professore straordinario nella Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

LUIGI FERRAJOLI – Professore emerito nell’Università di Roma Tre

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC – Professore nell’Università di Valencia (Spagna)

ANTONIO GULLO – Professore associato nell’Università di Messina

ALESSANDRA MACILLO – Dottoranda di ricerca nell’Università di Trento

FILIPPO MAGGI – Cultore della materia nell’Università di Ferrara

ANTONELLA MARANDOLA – Professore ordinario nell’Università LUM Jean Monnet

GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore nell’Università di Firenze

DARIO MICHELETTI – Professore associato nell’Università di Siena

OSCAR MORALES – Avvocato presso lo Studio legale Uría Menéndez

FRANCESCO MORELLI – Ricercatore nell’Università di Ferrara

DANIELE NEGRI – Professore associato nell’Università di Ferrara

RENZO ORLANDI – Professore ordinario nell’Università di Bologna

CATERINA PAONESSA – Dottore di ricerca nell’Università di Firenze

MICHELE PAPA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

CARLO PIERGALLINI – Professore ordinario nell’Università di Macerata

GIORGIO PINO – Professore associato nell’Università di Palermo

MARIO PISANI – Professore emerito nell’Università di Milano

LUCA PISTORELLI – Consigliere della Corte di Cassazione

GAETANO RUTA – Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di
Milano

FRANCESCO SBISÀ – Avvocato del Foro di Milano

MICHELE TARUFFO – Professore nell’Università di Girona (Spagna)

GIOVANNI TUZET – Professore associato nell’Università Bocconi di Milano

DIRK VAN ZYL SMIT – Professore nell’Università di Nottingham (Regno Unito)

PAOLO VERONESI – Professore associato nell’Università di Ferrara

CATY VIDALES RODRÍGUEZ – Professore nell’Università Jaume I di Castellón de
la Plana (Spagna)

LUCIANO VIOLANTE – Professore nell’Università di Camerino

THOMAS WEIGEND – Professore nell’Università di Colonia (Germania)

FRANCESCO ZACCHÈ – Professore associato nell’Università di Milano “Bicocca”

Criteri per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato di direzione di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni ai quali sono inviati, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Ogni scritto pubblicato è stato valutato favorevolmente da due Revisori che lo hanno giudicato l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) i contributi richiesti a studiosi o esperti di comprovata competenza e pubblicati nelle rubriche intitolate "*Opinioni a confronto*", "*Tavola rotonda*" o similari.
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata all'unanime parere positivo del Comitato di Direzione.
3. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di Direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

Revisori

Elio R. Belfiore	Giulio Illuminati	Vania Patanè
Marta Bertolino	Gaetano Insolera	Paolo Patrono
Alberto Cadoppi	Sergio Lorusso	Massimo Pavarini
Giampaolo Demuro	Vincenzo Maiello	Davide Petrini
Alberto di Martino	Ferrando Mantovani	Carlo Piergallini
Vittorio Fanchiotti	Luca Marafioti	Tommaso Rafaraci
Giovanni Fiandaca	Enrico Marzaduri	Lucia Risicato
Giovanni Flora	Oliviero Mazza	Placido Siracusano
Luigi Foffani	Nicola Mazzacuva	Luigi Stortoni
Désirée Fondaroli	Alessandro Melchionda	Paolo Veneziani
Gabriele Fornasari	Sergio Moccia	
Roberto Guerrini	Vito Mormando	

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di settembre 2015