

Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa*

Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria

di **Giuseppe Amarelli** – Professore aggregato di Diritto penale nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

“In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta dell'incertezza”.

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764.

SOMMARIO: 1. Il modello di giudice penale concepito dall'Illuminismo giuridico. – 2. Il modello di giudice penale plasmato dal diritto vivente. – 2.1. Esempi di creazione giurisprudenziale del diritto penale in bonam partem. – 2.1. Esempi di creazione giurisprudenziale del diritto penale in malam partem. – 3. Conclusione provvisoria: il diritto giurisprudenziale contribuisce alla definizione dei fatti penalmente rilevanti. – 4. Le ragioni della crisi del modello di giudice 'bocca della legge'. – 5. L'insostenibilità del nuovo modello di giudice co-legislatore. – 6. Alla ricerca di un modello alternativo. – 7. “Ciò che è vivo e ciò che è morto” della concezione di Beccaria del giudice penale: obsolescenza del modello e attualità del metodo.

1. Il modello di giudice penale concepito dall'Illuminismo giuridico

Bouche de la loi.

* Testo riveduto, ampliato ed integrato con le indicazioni bibliografiche essenziali, della relazione svolta al Convegno *Dei delitti e delle pene. A 250 anni dalla pubblicazione*, tenutosi a Napoli i giorni 11-12 dicembre 2014.

Êtres inanimés.

Pouvoir invisible et nulle.

Subsuntions automat.

Macchina di sillogismi.

Esecutore testamentario del Parlamento.

Ricognitore di significati privo di poteri creativi.

Queste sono alcune delle tante locuzioni e metafore con cui, a partire dalla seconda metà del Settecento e sino a tempi recenti, Montesquieu¹, Beccaria e gli altri esponenti dell'Illuminismo giuridico hanno provato a delineare, plasticamente e non senza suggestione, prerogative e poteri del giudice in materia penale.

Muovendo da una concezione rigorosamente legicentrica e monistica del diritto criminale, che attribuiva alla sola legge funzione di fonte normativa dei reati e delle pene – a dispetto del regime di frastagliato pluralismo che connota il tempo presente –, l'illuminismo giuridico considerava, con ogni coerenza, il giudice soggetto subordinato alle scelte della politica, privo, dunque, di autonomi poteri di valutazione incidenti sul penalmente rilevante, in quanto deputato a svolgere operazioni sillogistiche di mera sussunzione del singolo caso particolare nell'astratto e 'generale' della norma primaria².

È noto, invero, come nel quadro giuridico-istituzionale degli albori dello Stato di diritto – che resterà negli assiomi di fondo sostanzialmente immutato sino alle prime compiute attuazioni del

¹ Com'è noto, molte delle definizioni richiamate in apertura sono state forgiate proprio da C. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Paris, 1979, vol. I, liv. XI, 6, 301 "*Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*"; ivi, 296 "*De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les homes [...] devient, pour ainsi dire, invisible et nulle*".

² In generale, per una completa disamina dei caratteri salienti dell'illuminismo giuridico si rinvia per tutti a M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966. Per approfondimenti sulla specifica concezione del diritto penale elaborata dai giuristi dell'età dei Lumi si rinvia ai recenti lavori pubblicati in occasione della celebrazione del duecento cinquantesimo anniversario della pubblicazione di *Dei delitti e delle pene*, tra cui si segnalano, senza pretesa di completezza, i contributi editi in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, di G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, 2025 ss.; M. PISANI, *Cesare Beccaria e la sua missione universale*, 2043 ss.; E. AMODIO, *La Scuola positiva e il pensiero di Beccaria: un dissenso nascosto dietro la "venerazione riconoscente"*, 2053 ss.; S. LARIZZA, *Cesare Beccaria e il principio di stretta necessità del diritto penale*, 2076 ss. In argomento, si vedano inoltre le interessanti analisi di S. MOCCIA, *Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, in *Crit. dir.*, 2010, 192 ss.; E. PALOMBI, *Beccaria oggi. La giustizia penale agli inizi del terzo millennio*, Napoli, 2013; F. GIUNTA, *Addio Beccaria?*, in *Giust. pen.*, 2014, 248 ss.; L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2015, 137 ss.; M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, ivi, 163 ss.; B.E. HARCOURT, "*Dei delitti e delle pene*" di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno, in *Criminalia* 2013, 2014, 149 ss.; M.N. MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, ivi, 179 ss.; nonché i contributi raccolti in *Arch. pen. (web)*, 2015.

Costituzionalismo novecentesco³ – la produzione normativa in ambito penale era considerata saldo appannaggio del solo legislatore, stante la sua capacità di rappresentare la società unita in contratto, secondo il paradigma di derivazione rousseauiana⁴. Al giudice era attribuita l'esclusiva funzione di 'dichiarare' la volontà legislativa nel 'caso concreto', senza alcuna possibilità di assumere decisioni interpretative capaci di incidere sulla portata della norma incriminatrice.

In un contesto ordinamentale di questo tipo, fermamente ancorato ad una concezione piramidale della separazione dei poteri, non potevano residuare spazi alla dimensione ermeneutica del diritto penale: in sede di interpretazione ed applicazione delle leggi penali il giudice era, difatti, vincolato indissolubilmente alla *littera legis*⁵.

Questo modello 'meccanico' e deduttivo dell'agire giudiziario era descritto con la consueta incisività da Cesare Beccaria in un altro celebre passaggio di *Dei delitti e delle pene* ove si affermava che le leggi "si devono osservare alla lettera e non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali; veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in tempi diversi, per non aver consultato la costante e fissa voce della legge"⁶.

2. Il modello di giudice penale plasmato dal diritto vivente

Questa rapida digressione preliminare appena abbozzata sull'idea illuministica del rapporto tra legge e giudice penale consente di approcciare meglio allo specifico oggetto del mio intervento,

³ Per un'interessante ricostruzione del dibattito sulla dottrina del sillogismo giudiziale svoltosi in Italia a cavaliere tra Ottocento e Novecento, si rinvia al lavoro di C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, 2012.

⁴ Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* [1762], trad. di J. Bertolazzi, *Introduzione* di A. Burgio, Milano, 2003.

⁵ Come rilevato da M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, cit., 165, i giuristi illuministi "non erano affatto interessati a capire né il diritto né i giuristi né, meno che mai, il loro inesplicabile modo di ragionare; quel che volevano fare era più semplicemente abolirli, sostituendoli con la legislazione e i burocrati chiamati ad applicarla"; dello stesso ordine di idee è anche PH. ADEGEAN, *Dei delitti e delle pene: significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, in D. IPPOLITO (a cura di), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Napoli, 2014, 92, il quale ha osservato come per Beccaria "la produzione legislativa è così interamente sottratta ai giuristi; l'applicazione della legge non richiede alcuna preparazione giuridica in senso tradizionale [...]; mentre del particolare e dell'eccezionale si occupa l'amministratore. Il giurista – nel senso tradizionale – non ha davvero più voce in capitolo nella politica moderna»

⁶ Così, testualmente, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, § IV, qui citato nell'edizione a cura di S. Rodotà, Roma, 1999, 41.

col quale proverò a verificare se a distanza di duecentocinquanta anni dalla pubblicazione del ‘libriccino’ beccariano che in questa splendida cornice si celebra, l’ideale del giudice mero ricognitore di enunciati legislativi lì concepita ed ancora oggi condivisa da autorevole dottrina⁷, continui a sprigionare forza vitale, oppure non sia da archiviare come una delle tante ‘mitologie della modernità’ mirabilmente descritte da Paolo Grossi⁸.

Pur restando il pensiero dell’illuminista milanese, per molti versi, di straordinaria attualità nel moderno costituzionalismo democratico e garantista⁹, non si può negare, nondimeno, che le dimensioni che ha assunto, anche in ambito penale, il diritto giurisprudenziale, ne stiano segnando una crescente eclissi.

Per fornire una risposta a tale interrogativo è utile procedere alla formulazione di altri due quesiti relativi ai tempi odierni: solo partendo dalla valutazione del presente, del c.d. *essere*, si può invero comprendere appieno la perdurante vitalità del passato o il suo definitivo anacronismo e, quindi, formulare delle prognosi non utopistiche anche sul futuro *dover essere*.

Occorre, allora, innanzi tutto chiedersi se gli schemi interpretativi impiegati dal giudice penale siano ancora in gran parte ipotecati da operazioni solo sillogistiche, ovvero se si sia fatta strada una prospettiva autenticamente ermeneutica dello *ius dicere*.

In secondo luogo, va verificato se l’impostazione tradizionale del giudice bocca della legge corrisponda alle aspettative alimentate nel circuito dell’opinione pubblica e, ancora, se sia coerente con il ruolo che al giudice medesimo assegna oggi il sistema penale¹⁰.

⁷ Per una visione classica della legalità che concepisce il giudice in una posizione di subalternità rispetto alla legge cfr. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, Napoli, 2001; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1984; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto*, cit., 125; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3^a ed., 2001, 150 ss.; R. RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e cd. giurisprudenza “creativa”*, Milano, 2007, 66 ss.; ID., *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche*, cit., 580 ss.; su posizioni intermedie cfr. N. MAZZACUVA, *A proposito della “interpretazione creativa” in materia penale: nuova garanzia o rinnovata violazione dei principi fondamentali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vo. I, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, Milano, 2006, 437 ss.; M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, ivi, 694 ss.

⁸ P. GROSSI, *Mitologie della modernità*, Milano, 2001, 15 ss.

⁹ Una disamina completa della perenne contemporaneità del pensiero di Beccaria è stata da ultimo condotta da G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, cit., 2026 ss., che, giustamente, ha collocato il libro del marchese milanese nel novero ristretto delle “opere seminali dal cui inizio sono cominciate tante cose che non hanno mai cessato di cominciare”.

¹⁰ Per un’aggiornata ricostruzione dell’attuale stato della relazione tra legge penale e giudice, con diversi accenti, si rinvia ai contributi raccolti in *Criminalia 2012, 2013*, di R. BRICCHETTI, *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, 261 ss.; O. DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, 267 ss.; G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’“epoca dei giudici”*, 285 ss.; S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell’ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, 299 ss.; V.

Con sommo rammarico, non si può non constatare come entrambi gli interrogativi rinvenivano nel diritto vivente una comune risposta negativa.

Oggi, infatti, viviamo in quella che Fiandaca, con realismo critico, ha definito “età della giurisprudizione”¹¹, in cui il ‘diritto giurisprudenziale’ è diventato fenomeno tanto diffuso nella prassi quanto tollerato da una parte della dottrina anche nel peculiare terreno della materia penale, tradizionalmente, reputata roccaforte inespugnabile del principio di legalità.

Il giudice ha progressivamente mutato pelle, abbandonando gli abiti modesti del mero applicatore del diritto penale che – secondo il noto insegnamento di Cesare Beccaria cui si è poc’anzi fatto riferimento – si limita aritmeticamente ad operare sillogismi giuridici perfetti in un rassicurante sistema piramidale e rigido di fonti, per vestire quelli più blasonati del co-legislatore che, muovendosi nella spirale ermeneutica, conferisce significato alle ‘disposizioni’ normative astratte, individuando di volta in volta la specifica *regola iuris* (vale a dire, l’autentica vera ‘norma’) da applicare ad ogni peculiare caso concreto¹².

Da scopritore del significato preesistente dei singoli termini contenuti negli enunciati normativi è andato così divenendo nella prassi quotidiana delle aule di giustizia vero creatore di nuovo diritto, alla stregua del legislatore. Per quanto tendenzialmente deprecabile, è però oggettivamente innegabile il contributo fornito dalla giurisprudenza talvolta per restringere il raggio di applicazione di alcune disposizioni incriminatrici, talaltra, all’opposto, per ampliare a dismisura

VELLUZZI, *Due (brevi) note sul giudice penale e l’interpretazione*, 305 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, 315 ss.; a quelli raccolti in *Criminalia 2011*, di F. GIUNTA, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, 77; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge*, 79; A. GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, 99 ss.; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazione in margine alla asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, 125 ss.; nonché a M. BERTOLINO, *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, in *Jus*, 2012, 483 ss.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello della interpretazione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 159 ss.; ID., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, tomo IV, 2199 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; C. SOTIS, *Le regole dell’incoerenza*, Roma, 2012; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2ª ed., 2007; E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, 2004, 97 ss. Di recente, il tema più ampio del rapporto legge-giudice, al di là dello specifico campo penalistico, è stato affrontato in una originale prospettiva che cerca di rileggerlo alla luce della fisica quantistica, da R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013. Peraltro, la stretta ed imprescindibile collaborazione tra legge e giudice nel procedimento di creazione del diritto, era già evidenziata da S. SATTA, *Il giudice e la legge*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. IV, 1970, 12, osservando che “se il giudice dipende dalla legge anche la legge dipende dal giudice, onde è necessario il punto di incontro tra questi due ineliminabili elementi. Naturalmente questo punto di incontro non può che essere l’interpretazione”.

¹¹ Così G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge*, cit., 2012, 92.

¹² O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, Milano, 2006, *passim*.

il perimetro di altre e, in taluni casi, addirittura, per far diventare reato fatti non considerati dall'ordinamento come penalmente rilevanti e, talaltra ancora, per dilatare o ridurre il campo di senso di istituti generali privi di un'analitica disciplina normativa, come il dolo eventuale, il nesso di causalità, il concorso eventuale di persone nel reato, la continuazione criminosa, la successione di leggi penali nel tempo ecc. ecc.

Nei casi limite, la giurisprudenza, svolgendo funzioni 'paralegislative' ed operando *supplendi causa* allo scopo di colmare lacune di tutela derivate non riempite da un legislatore troppo spesso inerte rispetto ai problemi della modernità – perché impegnato a (provare a) risolvere le contingenti emergenze del singolo momento storico con interventi normativi di carattere quasi sempre simbolico-espressivo –, finisce per esautorarlo del tutto e forgiare *ex se* nuove figure criminose in palese violazione del divieto di analogia e della riserva di legge, talvolta a favore del reo, talaltra a suo detrimento, con l'effetto di trasformare, in talune ipotesi estreme, il Parlamento in mero ratificatore delle sue scelte politico-criminali. Non sono rari i casi nei quali, difatti, si arriva a registrare un'autentica inversione dei ruoli tra i due poteri, con il legislatore – originario detentore del monopolio esclusivo dell'attività di selezione normativa dei fatti penalmente rilevanti – che diviene, invece, mero esecutore delle decisioni di politica criminale compiute dalla giurisprudenza per sopperire all'assenza di adeguati strumenti di repressione di forme di criminalità particolarmente dannose.

2.1. Esempi di creazione giurisprudenziale del diritto penale in bonam partem

In particolare, emblematico esempio del primo e più sporadico tipo di creazione giurisprudenziale del diritto penale, quello *in bonam partem* per il reo, è il fin troppo noto caso del c.d. 'concorso esterno' nei reati associativi, laddove la giurisprudenza è riuscita – dopo molte oscillazioni anche in *malam partem* – finalmente a garantire certezza e prevedibilità applicativa delle relative norme incriminatrici, modellando con la sentenza Mannino delle S.U. del 2005 in via interpretativa e garantista lo 'statuto di tipicità' altrimenti esangue di questa controversa forma di compartecipazione criminosa. La contiguità mafiosa è stata, infatti, ritenuta penalmente rilevante non facendo ricorso ad una piana applicazione dell'art. 110 c.p. all'art. 416 *bis* c.p., in base alla quale si sarebbe dovuta dimostrare per la sua configurazione semplicemente l'agevolazione causale

(morale o materiale) fornita dal non affiliato alla realizzazione di una delle condotte incriminatrici descritte da quella fattispecie (e cioè, la promozione, l'organizzazione o la mera partecipazione), ma richiedendo altresì la prova ben più complessa ed impegnativa, tramite un giudizio eziologico *ex post*, del contributo causale necessario fornito dall'*extraneus* per l'effettivo rafforzamento o consolidamento dell'intero sodalizio criminoso¹³.

Ancora, un altro esempio altrettanto noto è quello dei limiti di operatività del delitto di diffamazione rispetto al diritto di cronaca e di critica, in cui la giurisprudenza, in assenza di precise indicazioni legislative, ha progressivamente fissato i caratteri che deve avere la pubblicazione e divulgazione di una notizia per non integrare il reato previsto dall'art. 595 c.p.¹⁴; oppure quello della delega di funzioni in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in cui, prima della riforma del 2008 con cui è stata formalizzata la sua disciplina ricalcando proprio il decalogo scritto dalle decisioni della Suprema Corte negli anni precedenti, era stata la giurisprudenza nel corso del tempo ad aver fissato i caratteri che doveva presentare una delega all'interno di un'organizzazione aziendale complessa per poter eventualmente scriminare il delegante¹⁵; o ancora, quello del delitto di morte o lesione come conseguenza di altro delitto di cui all'art. 586 c.p. che le Sezioni unite della Cassazione, con la sentenza 29 maggio 2009, n. 22676, Ronci, hanno riletto in chiave di compatibilità con il principio di colpevolezza di cui all'art. 27, comma 1 Cost., richiedendo per la sua configurazione – nonostante il tenore letterale sembri accontentarsi della sola responsabilità oggettiva – la prova, sia del nesso di derivazione causale dell'evento morte dalla precedente

¹³ Sul ruolo creativo della giurisprudenza nella definizione dei requisiti strutturali della figura criminosa del c.d. concorso esterno si rinvia per tutti ai lavori di V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2014; G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2003, *passim*; ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, vol. I, Milano, 2006, 239 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale", "partecipazione" e "concorso esterno"*, in AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di L. Picotti-G. Fornasari-F. Viganò-A. Melchionda, Padova, 2005, 279 ss.

¹⁴ In argomento, si veda *ex multis* A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma 2013, 31 ss.; E. MUSCO, *Stampa* (voce), in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 645, che evidenziano come l'identificazione dei canoni regolatori di siffatti diritti sia stato "frutto di un lungo processo giurisdizionale" che ha preso l'avvio dalla storica sentenza sul c.d. 'Decalogo dei giornalisti' per poi sedimentarsi attorno ai requisiti della verità, pertinenza e continenza.

¹⁵ Sul contributo apportato dalla giurisprudenza *ante* riforma del 2008 per la definizione dei caratteri che la delega deve presentare per poter essere considerata valida si veda per tutti A. DE VITA, *La delega di funzioni nel sistema penale. Il paradigma del diritto penale del lavoro*, Napoli; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984.

condotta delittuosa, sia del requisito psichico della “colpa in concreto”¹⁶; o infine quello del c.d. ‘fine vita’, in cui, a causa della mancata regolamentazione da parte del legislatore italiano del testamento biologico e del rifiuto di cure salva-vita da parte del malato terminale, è stato demandato al singolo giudice monocratico di un drammatico caso concreto – quello tristemente famoso di Piergiorgio Welby – il compito di definire requisiti e margini di esercitabilità di tale diritto del paziente a rifiutare le terapie mediche tramite un’originale lettura in combinato disposto dell’art. 32, comma 2 Cost. e dell’art. 51 c.p. Attraverso una sentenza di primo grado e senza alcuna modifica legislativa, si è così pervenuti ad affermare l’esistenza di un diritto del malato costituzionalmente riconosciuto di rifiutare le cure e di accettare la morte, diritto che il medico curante è obbligato a rispettare per un dovere deontologico, anche se ciò lo porta a tenere comportamenti che integrano il delitto di omicidio del consenziente di cui all’art. 579 c.p.: l’eventuale interruzione di un sostegno vitale artificiale compiuta dal medico su richiesta libera, consapevole e volontaria del paziente configura pur sempre la speciale figura di omicidio descritta dall’art. 579 c.p., ma non è punibile per mancanza di antiggiuridicità, poiché commessa in adempimento del dovere che grava sulle sue spalle di ottemperare alla volontà del paziente¹⁷.

2.1. Esempi di creazione giurisprudenziale del diritto penale *in malam partem*

Esempio dell’atro tipo di protagonismo creativo del potere giudiziario, ben più pericoloso e diffuso, in cui attraverso l’attività ermeneutica, piuttosto che fissare elementi costitutivi non specificati dal legislatore per garantire chiarezza e accessibilità dei comandi legislativi o per escludere la punibilità di taluni comportamenti, sono stati dilatati forzatamente ed indebitamente i

¹⁶ Sul punto, per una approfondita analisi della sentenza Ronci, si rinvia a F. BASILE, *L’alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l’imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull’art. 586 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 911 ss.

¹⁷ Sullo specifico problema della non punibilità dell’omicidio del consenziente in presenza di un rifiuto di cure si veda, tra i tanti, S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1561; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni di uno ‘spazio libero dal diritto’*, in *Cass. pen.*, 2007, 902 ss.; F. VIGANÒ, *Esiste un ‘diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5 ss.; P. VERONESI, *Sul diritto a rifiutare le cure salvavita prima e dopo ‘Welby’*, in *Studium iuris*, 2008, 1074 ss.; C. CUPELLI, *Il ‘diritto’ del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, 1807 ss.; ID., *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2009, 1145 ss.

confini di alcune fattispecie incriminatrici, in modo tale da far assurgere al rango di penalmente rilevante fatti che all'apparenza non lo erano e da costringere il legislatore ad intervenire per ratificare queste opzioni ermeneutiche, è il caso della corruzione per l'esercizio della funzione, poi sanato dalla controversa riforma operata con la l. n. 190/2012. In questa circostanza, la giurisprudenza nel periodo precedente alla legge Severino aveva arbitrariamente smaterializzato in sede interpretativa l'elemento costitutivo dell'atto oggetto del mercimonio corruttivo, ritenendo altresì sufficiente ad integrare il delitto di cui all'art. 319 c.p. (la c.d. corruzione propria) la prova dell'accordo retribuito avente ad oggetto il generico svolgimento della funzione, piuttosto che il compimento di un ben determinato atto; si riteneva, cioè, che meritasse di esser punito con le severe pene di cui all'art. 319 c.p. anche l'ipotesi del funzionario pubblico 'a libro paga' del privato ma ancora 'inerte', oltre quella espressamente tipizzata del p.u. corrotto per un ben preciso atto conforme o contrario ai propri doveri d'ufficio¹⁸.

Stessa sorte è toccata al traffico di influenze illecite, formalmente inserito nel nostro sistema penale solo con la legge n. 190/2012 all'art. 346 *bis* c.p., ma in realtà già prima considerato punibile dalla giurisprudenza tramite un'applicazione analogica del delitto di millantato credito di cui all'art. 346 c.p.: secondo la Suprema Corte, infatti, questa figura criminosa copriva non solo le ipotesi di relazioni millantate, ma anche quelle di relazioni esistenti tra un sedicente mediatore ed un pubblico ufficiale¹⁹.

Analoghe dinamiche ha seguito anche il delitto di scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416 *ter* c.p., di recente riformato nell'aprile 2014 proprio allo scopo di ratificare prassi interpretative invalse nella giurisprudenza che si sostanziano in palesi forzature ermeneutiche del tenore letterale della fattispecie, volte a colmare irrazionali vuoti di tutela lasciati dal legislatore in

¹⁸ Ricostruisce la deformazione realizzata dalla giurisprudenza della fattispecie di corruzione propria di cui all'art. 319 c.p., prima della riforma del 2012, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012, 93 ss.; sul punto, per una disamina della nuova dilatazione giurisprudenziale del dettato normativo *post* riforma si vedano le acute considerazioni di A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il 'sentiero interrotto' della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1029 ss., il quale osserva come la giurisprudenza di legittimità *post*-riforma del 2012 tenda ad abrogare tacitamente il nuovo articolo 318 c.p., espressamente concepito dal legislatore come ipotesi generale e meno grave di corruzione per punire i casi di 'vendita' della mera funzione, a prescindere da uno specifico atto, e per riportare tali situazioni ancora, come avveniva nel recente passato, nell'alveo della figura delittuosa più grave di corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio di cui all'art. 319 c.p.

¹⁹ In argomento cfr. V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in B. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, p. 419 ss. che ben descrive la precedente deformazione dell'art. 356 c.p. operata dalla Suprema Corte.

questo ambito: nel nuovo articolo 416 *ter* c.p. si è, infatti, punita sia la condotta di pagamento della promessa di voti con altra utilità, sia quella della promessa dei voti oltre che dell'accettazione, entrambe prima non sanzionate, essendo l'originaria fattispecie un reato monosoggettivo e non plurisoggettivo necessario, incentrato sul mero scambio di voti *versus* denaro e non anche *versus* altra utilità²⁰.

Nella stessa identica direzione sembra si stia indirizzando anche la tribolata vicenda del disastro ambientale da poco culminata nella inevitabile sentenza Eternit della Sezione I della Suprema Corte del 19 novembre 2014, n. 7941 di proscioglimento degli imputati per sopravvenuta prescrizione dei fatti, tradizionalmente sussunto dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, anche in tale ipotesi con un'evidente forzatura ermeneutica, nell'alveo del delitto c.d. di disastro innominato di cui all'art. 434 c.p., in attesa che il legislatore – peraltro già sollecitato in tal senso dalla sentenza-monito interpretativa di rigetto della Corte costituzionale n. 327/2008 – proceda ad introdurre finalmente una nuova ed autonoma figura delittuosa che lo sanzioni penalmente in maniera esplicita. La fattispecie in materia di disastro, invero, costituisce norma concepita per sanzionare eventi catastrofici violenti ed istantanei analoghi al crollo e, quindi, salvo i casi limite di Stava o di Seveso, difficilmente può trovare applicazione anche al disastro ambientale che si realizza a causa dell'imprudente protrazione o reiterazione per un lungo lasso di tempo di un'attività pericolosa o dannosa per la salubrità dell'ambiente circostante: in questo caso, difatti, mancano i requisiti tipici oggettivi della violenza della condotta causativa del disastro e dell'istantaneità di quest'ultimo, nonché quello soggettivo del dolo intenzionale²¹.

Altri casi altrettanto problematici di creazione giurisprudenziale *contra legem* di fattispecie incriminatrici nuove sono quelli della corruzione in atti giudiziari, ritenuta configurabile dalle Sezioni Unite del 2009 anche nella forma c.d. susseguente, sebbene la struttura della fattispecie a dolo specifico sembrasse impedirlo²²; del reato di getto pericoloso di cose di cui all'art. 674 c.p.,

²⁰ Sul punto, per una ricostruzione delle interpretazioni palesemente analogiche dell'art. 416 *ter* c.p. operate dalla giurisprudenza prima dell'intervento novellistico del 2014, sia consentito rinviare al nostro *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in www.penalecontemporaneo.it.

²¹ Sul punto si veda G. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in www.penalecontemporaneo.it; L. MASERA, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, ivi; S. ZIRULIA, *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*, ivi.

²² Per una disamina critica della decisione delle Sezioni Unite del 2009 in materia di corruzione in atti giudiziari si rinvia per tutti a V. MAIELLO, *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra testo, contesto e sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 955 ss.

concepito per la caduta dei vasi dai balconi ed esteso dalla Suprema Corte a partire dall'inizio degli anni Duemila sino a ricomprendere anche l'inquinamento elettromagnetico generato dalle antenne radio e telefoniche²³; della violenza sessuale le cui modalità realizzative tipiche della violenza o minaccia sono state progressivamente diluite fino ad identificarle nel semplice dissenso della vittima; della truffa, la cui struttura di reato a forma vincolata incentrato sul requisito modale degli artifici o raggiri e sul doppio evento dell'induzione in inganno e del danno patrimoniale è stata trasformata in quella di reato a forma libera, integrabile con qualsiasi tipo di condotta anche meramente omissiva; o ancora, del novero dei destinatari del d.lgs. 231/2001, dilatato da una opinabile decisione della Suprema Corte del 2011 (poi implicitamente smentita, sebbene solo in un passaggio argomentativo, da una successiva decisione del 2013 dello stesso Consesso) fino a farvi rientrare, oltre le persone giuridiche, addirittura anche le imprese individuali dotate di una struttura organizzativa complessa²⁴.

Ancora, dubbi circa l'eccessiva discrezionalità dell'operato della magistratura sono sorti di recente anche in relazione alla vicenda della trattativa stato-mafia in cui è stata qualificata come delitto di cui al combinato disposto degli artt. 110 e 338 c.p. *Violenza o minaccia ad un corpo politico*, una condotta ritenuta non punibile in passato da altri giudici e priva oltre che, probabilmente, degli elementi costitutivi oggettivi (al più il reato ipotizzabile dovrebbe essere, infatti, quello di *Attentato contro gli organi costituzionali e contro le assemblee regionali* di cui all'art. 289 c.p.), sicuramente di quello soggettivo: gli esponenti delle forze dell'ordine che presumibilmente trattarono con la mafia lo fecero non con l'intenzione di commettere il reato di cui al 338 c.p., bensì con quella opposta di impedire la commissione di nuove stragi ed omicidi²⁵.

Analoghe incertezze hanno riguardato anche l'elusione fiscale, dove la tensione con il principio di legalità è liquidata assumendo senza particolari sforzi argomentativi la *prevedibilità* della nuova interpretazione sfavorevole, con argomenti che riecheggiano molto da vicino la dottrina

²³ In argomento, per approfondimenti sulla tendenza emersa nella giurisprudenza di legittimità a sussumere il fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico nell'ambito della contravvenzione di cui all'art. 674 c.p., si rinvia a L. GIZZI, *Il getto pericoloso di cose*, Napoli, 2008.

²⁴ Sull'opinabile sentenza della Corte di Cassazione che ha improvvidamente esteso il d.lgs. n. 231/2001 alle ditte individuali sia consentito rinviare al nostro *L'indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del D.lgs. n. 231/2001*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁵ Il protagonismo giudiziario nella vicenda della trattativa Stato-mafia è ben messo in evidenza, in termini fortemente critici, da G. FIANDACA, *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia* 2012, 2013, 67 ss.; S. LUPO-G. FIANDACA, *La mafia non ha vinto*, Roma, *passim*.

anglosassone del *thin ice*: chi pattina sul ghiaccio sottile non potrà lamentarsi se, prima o dopo, finisce in acqua²⁶!

3. Conclusione provvisoria: il diritto giurisprudenziale contribuisce alla definizione dei fatti penalmente rilevanti

La prassi, insomma, rivela come la funzione attribuita alla legge da Beccaria di vincolo rispetto alle decisioni interpretative del giudice sia sensibilmente ridotta. Tra eccessi intollerabili che integrano palesi violazioni del divieto di analogia *in malam partem* e approcci ragionevoli che adeguano, nei limiti consentiti, la disposizione generale e astratta alle peculiarità del caso concreto, non si può negare che il giudice abbia oggi un notevole potere creativo e sia oramai distantissimo dal modello illuminista di mera bocca della legge.

Come ha chiaramente enunciato la sentenza Beschi Sez. un., 25 gennaio 2010, n. 18288 esiste inevitabilmente un elemento d'interpretazione giudiziaria di ogni norma penale atteso che “a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste [...] non può presentare una precisione assoluta” (v. la sentenza Scoppola c. Italia). “Il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice, infatti, riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività ‘concretizzatrice’ della giurisprudenza”²⁷.

Un riconoscimento autorevole e importantissimo dell'esistenza oramai inconfutabile di un ruolo di ‘fonte creativa’ della giurisprudenza anche in materia penale nel nostro ordinamento è arrivato dalla recentissima decisione della Corte di Strasburgo del 14 aprile 2015 *Contrada vs. Italia*, in cui il nostro Paese è stato condannato al pagamento di un'indennità per la condanna inflitta

²⁶ Sul punto cfr. V. MANES, *Il ruolo ‘poliedrico’ del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 2014, 65 ss.

²⁷ Così Sez. un., 25 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, 17 ss., con nota di R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*.

a Bruno Contrada per concorso esterno in associazione mafiosa ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 110 e 416 *bis* c.p. Secondo i giudici di Strasburgo, difatti, Bruno Contrada non doveva essere condannato per concorso esterno in associazione mafiosa perché, all'epoca dei fatti (1978-1989), il reato non "era sufficientemente chiaro e il ricorrente non poteva conoscere nello specifico la pena in cui incorreva per la responsabilità penale che discendeva dagli atti compiuti", essendo stato definito il suo originale 'statuto di tipicità' solo a partire dal 1994 con la prima sentenza delle Sezioni unite, la c.d. sentenza Demitry. La condanna inflitta dalla Suprema Corte italiana nei suoi confronti si pone, quindi, in aperto contrasto con il principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 7 CEDU, sancendo l'irrogazione di una pena per un fatto che all'epoca della sua commissione non era ben definito come penalmente rilevante. Ebbene presupposto di tale pronuncia del giudice europeo è che fonte del diritto penale nel nostro ordinamento giuridico può essere, oltre al diritto di origine legislativa, anche quello di creazione giurisprudenziale, valendo per entrambi tutte le garanzie del principio di legalità.

Proprio nel medesimo campo di materia un altro autorevole suggello della 'caratura' giurisprudenziale del concorso esterno è provenuto dalla recente pronuncia della Corte costituzionale 26 marzo 2015, n. 48 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p. "nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, rispetto al concorrente esterno nel suddetto delitto, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure". Presupposto di questa pronuncia è l'implicito riconoscimento della validità e condivisibilità della differenziazione operata dalla giurisprudenza di legittimità nel corso degli anni tra la figura del partecipe nel delitto di cui al 416 *bis* c.p. e quella del concorrente esterno: se per la Consulta la presunzione di cui al 275 c.p.p. è illegittima solo per le ipotesi di contiguità mafiosa e non anche per la partecipazione ciò dipende dal fatto che la prima è considerata come una fattispecie che presenta dei requisiti (di creazione giurisprudenziale) ben differenti rispetto a quelli della partecipazione.

4. Le ragioni della crisi del modello di giudice 'bocca della legge'

Ma come e perché si è arrivati a questo capovolgimento dei ruoli?

Come mai la legge ha subito nella prassi questo declassamento nel novero delle fonti del diritto penale?

Quali sono stati i formanti di questa implosione della legalità formale e del radicale mutamento del rapporto tra legge e giudice?

Sintetizzando si possono individuare due generi di fattori che hanno inciso su tale fenomeno, quelli endogeni e quelli esogeni²⁸.

a) *Le ragioni endogene*: Nell'ambito del primo insieme la principale e più risalente causa è di carattere ordinamentale: essa è rappresentata dal mutamento dell'originario assetto gerarchico dei poteri dello Stato di impostazione illuministica-giacobina, che vedeva il potere legislativo, incarnato dall'unico organo effettivamente democratico, il Parlamento, in una posizione di supremazia rispetto agli altri poteri che erano ad esso subordinati. Tale modello poliarchico verticale – nato in un contesto storico peculiare e con l'obiettivo di consentire al diritto penale di uscire dall'era pre-moderna in cui era considerato un cieco strumento punitivo nelle mani del potere dispotico del sovrano – è stato progressivamente sostituito nelle recenti esperienze repubblicane di molti Stati costituzionali di diritto, tra cui l'Italia, da un modello poliarchico orizzontale²⁹, in cui legislativo e giudiziario non costituiscono più due poteri in rapporto di supremazia/subalternità, bensì in rapporto pressoché paritario con competenze differenti³⁰.

Vale a dire, che il modello di Beccaria era strettamente collegato al contesto storico, politico ed istituzionale dell'epoca, in cui il Parlamento democraticamente eletto costituiva l'organo gerarchicamente sovraordinato e preposto alla individuazione selettiva dei fatti penalmente rilevanti attraverso la legge ordinaria ed il potere giudiziario rappresentava quello subordinato, composto da dipendenti pubblici, tenuto alla mera applicazione delle fattispecie incriminatrici generali ed astratte. Esso, cioè rifletteva un'elevata e fideistica concezione del Parlamento quale legislatore

²⁸ Sul punto, per un'analogia distinzione dei fattori che hanno generato l'odierna crisi della riserva di legge in materia penale si veda C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, Milano, 2010, 48 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge*, cit., 86; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 27 ss.; V. MANES, *Il ruolo 'poliedrico' del giudice penale*, cit., 65 ss. In argomento, sia consentito rinviare anche al nostro *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 406 ss.

²⁹ A tal proposito si veda V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, 87 ss.

³⁰ In argomento, si rinvia a G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, 2^a ed., Milano, 2001; nonché, da ultimo, A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in www.dirittoquestionipubbliche.org.

“buono e razionale” in quanto organo democratico, rappresentativo di tutte le forze politiche e fasce sociali e una visione ‘riduttiva’ del giudice quale fedele funzionario pubblico utile a garantire l’osservanza e l’applicazione delle norme di legge.

Una simile concezione rigida dei rapporti tra legge penale e giudice costituiva, peraltro, lo strumento funzionale per garantire in quel particolare frangente storico la tenuta del principio di nuova creazione della tripartizione dei poteri e l’uscita del diritto penale dal pelago dell’arbitrio, dell’oscurità, dell’imprevedibilità e dello splendore dei supplizi in cui lo avevano trascinato per secoli le monarchie teocratiche. Il giudice ‘macchina per sillogismi’ rappresentava, cioè, la giustificata ed estrema misura cui fare ricorso, per un verso, per ribadire il monopolio del legislatore nella definizione dei reati e delle pene e, per altro verso, per arginare la prassi liberticida del dispotismo autoritario e *dell’arbitrium principis* che aveva segnato la vita giudiziaria di gran parte degli ordinamenti giuridici del Seicento.

A questo fattore se ne aggiungono altri di più recente emersione afferenti al piano del sistema di produzione delle leggi penali e della loro interpretazione giudiziaria.

Il primo è costituito dalla crisi della sovranità statale e della democrazia rappresentativa, nonché, di riflesso, del suo monopolio nelle scelte di politica criminale; sempre più frequente è, infatti, l’esautoramento del Parlamento a favore dell’intervento diretto del Governo con la decretazione d’urgenza o, soprattutto, con la legislazione delegata³¹, oppure a favore degli stessi destinatari delle norme incriminatrici attraverso il nuovo, e sempre più diffuso, fenomeno dell’autonormazione (si pensi per tutti al caso della colpa medica o della sicurezza sul lavoro, oggi ancorati alle linee guida e ai modelli di organizzazione e controllo *ex d.lgs. 231/2001*).

Il secondo è, invece, rappresentato dal riconoscimento di una dimensione creativa dell’attività ermeneutica del giudice penale suggellato dalla affermazione del principio della

³¹ C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., 130 ss. Peraltro, il rischio della marginalizzazione del Parlamento implicato dal ricorso alla legislazione delegata anche in ambito penale è oltremodo acuito dalla sempre più diffusa prassi della normazione emanata in ottemperanza di direttive o (sempre meno dopo Lisbona) decisioni quadro di origine europea. Secondo quanto stabilito dalla recente legge di delegazione europea, la l. 234/2012 che ha sostituito la vecchia legge comunitaria, il Parlamento in questo caso viene infatti del tutto esautorato dei suoi poteri di controllo dialettico delle scelte riguardanti il campo minato della politica criminale, dal momento che si limita a svolgere una funzione di mero filtro tra il diritto dell’Unione europea che individua le linee di intervento sul terreno penale ed il decreto legislativo che l’Esecutivo è chiamato ad emanare in ottemperanza della legge delega parlamentare di mera ratifica della fonte sovranazionale. Su tale specifico aspetto cfr. C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia* 2012, 2013, 535 ss.; ID., *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’UE*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 411 ss.; C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

interpretazione conforme alla Costituzione ed oggi anche alla CEDU, di recente definitivamente consacrato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 356/1996 che lo ha fatto assurgere ad ulteriore parametro implicito per valutare l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo*³². Questo obbligo, difatti, imponendo di provare sempre previamente a ricercare una lettura della norma coerente con i principi sanciti nella Carta fondamentale, finisce con l'attribuire al giudice penale un ruolo di assoluta preminenza nella definizione dell'area di significato della legge e di definizione del tipo criminoso tutte le volte in cui si trovi al cospetto di elementi della fattispecie eccessivamente vaghi o generici.

Ancora, sulla tenuta della concezione del giudice come autore di un sillogismo giuridico perfetto in materia penale ha inciso anche il superamento della concezione formale del reato a cui essa era collegata e il progressivo radicamento nel diritto penale moderno del principio di offensività nella sua duplice dimensione astratta di canone di politica criminale per il legislatore e concreta di criterio ermeneutico per il giudice e della concezione reale del reato. Solo riconoscendo al giudice penale poteri valutativi e discrezionali in sede di interpretazione e applicazione delle norme incriminatrici si può evitare di ritenere configurati reati quando, in realtà, il fatto concretamente commesso ed oggetto di giudizio, per le sue caratteristiche, risulta formalmente coincidente con quello descritto dalla norma generale ed astratta, ma sostanzialmente inoffensivo del bene giuridico tutelato³³.

Peraltro, proprio di recente, con il d.lgs. 2 aprile 2015, n. 28 il nostro legislatore ha compiuto un altro rilevante passo in questa direzione, valorizzando ancor di più il potere discrezionale del giudice ai fini della concretizzazione del principio dell'*extrema ratio* del diritto penale tramite l'introduzione nell'art. 131 *bis* c.p. della nuova causa di non punibilità per la particolare tenuità del

³² Sull'interpretazione costituzionalmente conforme si rinvia a A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Torino, 2009, 399 s.; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 1, 2015, 1 ss., spec. 4.

³³ In generale, sulla concezione realistica del reato e sul principio di offensività inteso, anche, come criterio ermeneutico per il giudice si rinvia a C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, *passim*; ID., *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 275 e ss.; G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in A. STILE, a cura di, *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, 141 e ss.; M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 750 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, *passim*; ID., voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, 259 e ss.; G. RICCARDI, I "confini mobili" del principio di offensività, in *Ind. pen.*, 1999, 711 e ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 200; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in www.penalecontemporaneo.it.

fatto, la cui applicazione dipende esclusivamente dall'apprezzamento discrezionale della magistratura inquirente e requirente³⁴.

Un ennesimo non trascurabile contributo al superamento di un modello così ingessato di giudice penale è stato indirettamente fornito dalle risposte fornite al problema, all'apparenza non pertinente, dei crimini nazisti e, più in generale, dei c.d. crimini di stato.

In Germania, dopo la caduta del *Reich*, così come in tutti gli altri Stati europei e non dopo il crollo dei rispettivi regimi totalitari, si è avvertita la necessità impellente di 'superare il passato' attraverso il diritto, o facendo ricorso a problematiche e discutibili leggi penali eccezionalmente retroattive, oppure, andando oltre il formalismo giuridico, facendo leva sull'attività interpretativa dei giudici apertamente *contra legem*³⁵; come rilevava Baratta, cioè, si è riconosciuto in quel momento storico un enorme potere discrezionale alla giurisprudenza come "reazione all'ordinamento giuridico nazionalsocialista e al positivismo giuridico che l'aveva resa 'inerme' di fronte alla legge ingiusta"³⁶.

In quest'ottica, si è arrivati allora a sostenere la plausibilità di sentenze di condanna pronunciate per dei fatti che all'epoca in cui erano stati commessi durante la vigenza del regime erano tollerati, scriminati o, addirittura, imposti dalle leggi vigenti emanate da un Parlamento svuotato della sua forza rappresentativa democratica perché composto da un unico partito: il perno su cui si è fondata questa soluzione è stato rappresentato dalla nota Formula di Radbruch secondo la quale il diritto intollerabilmente ingiusto è 'non diritto' e, quindi, in un secondo momento, caduta la dittatura, i giudici di uno stato democratico possono considerarlo *tamquam non esset* e condannare i soggetti che abbiano tenuto dei comportamenti che sebbene non previsti espressamente dalla legge del tempo come reato costituiscono *krasses Unrecht*, ovvero fatti manifestamente illeciti in una prospettiva neo-giusnaturalista³⁷.

³⁴ In argomento, per approfondimenti su tale importante novità normativa cfr. C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 515 ss.; A.R. CASTALDO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo art. 131 bis c.p.*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, a cura di, *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, 112 ss.; nonché, sia consentito, il nostro *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *St. iuris*, 2015, in corso di pubblicazione.

³⁵ Da ultimo, per una completa disamina del tema spinoso del 'superamento del passato attraverso il diritto' si rinvia all'interessante volume di G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013.

³⁶ Così A. BARATTA, *Prefazione*, in G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese* [1946], trad. it., 1962, XI.

³⁷ Su tale argomento si rinvia alle insuperate pagine del sempre compianto G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001.

Tale straordinario potere discrezionale del giudice di sindacare nel merito la manifesta illiceità di un comportamento a prescindere dalla legge vigente al momento della sua commissione è stato poi recepito ed elevato a principio fondante dell'Unione europea nel § 2 dell'art. 7 della CEDU dove è stato stabilito testualmente che *“Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, era un crimine secondo i principi generale di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”*.

Ebbene, è evidente come in una prospettiva illuminista, ancorata all'idea di un legislatore infallibile e di un giudice esecutore testamentario delle sue volontà, una simile soluzione non sarebbe assolutamente plausibile e, quindi, risulterebbe impossibile eliminare, tutte le volte in cui si dovesse manifestare nuovamente in modo eclatante, lo iato che si può creare tra diritto positivo e giustizia.

A tutto ciò si aggiunge anche un formante che potremmo definire 'extragiuridico', incarnato dalla nascita della filosofia ermeneutica e dalla sua importazione sul terreno del diritto con la teoria dell'interpretazione giuridica, fino alle esasperazioni del nichilismo ermeneutico.

b) Le ragioni esogene: Le cause c.d. esogene sono invece essenzialmente due, entrambe correlate alla nuova dimensione assunta dal nostro ordinamento giuridico, non più perfettamente coincidente con quella tracciata dai confini geografici tradizionali. La prima è costituita dalla sempre più prepotente irruzione anche sulla scena penalistica (tradizionalmente autarchica) delle fonti sovranazionali³⁸. Ciò ha imposto all'interprete di confrontarsi, oltre che con le regole positivamente disciplinate dalle fonti tradizionali interne, anche con *“disposizioni senza norme”*, come le Carte dei diritti, che sanciscono principi fondamentali ma non forniscono concretizzazioni analitiche, e *“fonti senza disposizione”*, quali le pronunce delle Corti europee capaci di condizionare il contenuto del tessuto normativo ad un livello addirittura *supralegislativo*, o *paracostituzionale*, senza definire contesti generali ed astratti di disciplina³⁹.

La proliferazione delle fonti sovraordinate rispetto al diritto positivo di marca nazionale ha generato una notevole confusione, dando vita ad un ancora poco ordinato assetto multilivello

³⁸ C. GRANDI, *Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 371 ss.

³⁹ Così testualmente, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 14 s.

sempre più verticale e sempre meno orizzontale⁴⁰ in cui convivono prodotti normativi eterogenei e potenzialmente in contrasto tra loro: il diritto dell'Unione europea primario e derivato (vale a dire, rispettivamente, quello dei Trattati e delle direttive, dei regolamenti e di altre fonti normative subordinate), quello della Convenzione EDU e la sua relativa giurisprudenza, quello della Costituzione, ed infine il diritto interno di produzione legislativa e giurisprudenziale.

La complessità del nuovo sistema delle fonti penali (come di dirà meglio tra breve) è acuita dal c.d. fenomeno dell'“europeismo giudiziario” che porta a collocare nel loro ambito, a livello sovranazionale, ma per riflesso sempre più anche a livello nazionale, la giurisprudenza delle Corti europee (CGCE e CEDU), dal momento che gli arresti di queste contribuiscono a definire il significato ed il campo di applicazione dei principi enunciati nei relativi testi normativi di riferimento⁴¹.

Il disorientamento del giudice interno dinanzi a tale scenario è allora inevitabile, non solo perché questo sistema lo costringe alle volte alla ricerca della fonte corretta da applicare, anche di creazione giurisprudenziale, ma anche perché la moltiplicazione delle fonti produce a sua volta la moltiplicazione delle forme, delle sedi e dei modi di tutela. Ma proprio la proclamazione di un medesimo diritto in più documenti normativi può essere fonte di confusione e incertezza giuridica, poiché parole identiche, collocate in contesti diversi, possono esprimere diversi significati.

Lungi dal voler vestire i panni dell'antieuropeista, non si può non provare davanti a tale frastagliato affresco un po' di rimpianto per Kelsen e per il suo *Stufenbau* piramidale 'chiuso' dalla Corte costituzionale.

Il secondo fattore di questo tipo è, invece, rappresentato dal progressivo affiancamento e, conseguentemente, dalla progressiva assimilazione, sempre a livello sovranazionale, in special modo in area CEDU, della fonte giurisprudenziale interna alla fonte legale⁴². Ciò è avvenuto grazie alla dilatazione del principio di legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 7 CEDU, realizzata attraverso la valorizzazione del termine *droit* impiegato in questa sede normativa, in luogo di quello a noi più consono di legge. Tale parola, inserita in quell'articolo dal momento che la Carta era

⁴⁰ Sembra tramontata l'idea di un sistema sovranazionale composto da fonti non ben gerarchicamente ordinate e trovare spazio quella di un nuovo ordine piramidale in ragione della 'costituzionalizzazione' del diritto europeo. Sul punto, per quel che concerne lo specifico campo del diritto penale, si rinvia a A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit., 2.

⁴¹ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 63 ss.

⁴² Tale aspetto è ben messo in evidenza da A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., 99 ss., spec. 107 s.; nonché da G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 418.

destinata a trovare applicazione tanto negli ordinamenti di *civil law* quanto in quelli di *common law* che ammettono la *judge made law*, consente di ritenere che il principio enunciato per suo tramite si riferisca tanto al diritto di produzione legislativa, quanto al diritto di creazione giurisprudenziale⁴³. Questo è sicuramente il fattore più eversivo e devastante, perché ha stravolto uno dei punti di riferimento del penalista che da oltre un secolo connota indelebilmente il sistema penale: il monopolio parlamentare nel campo delle scelte di criminalizzazione e depenalizzazione⁴⁴.

Se, dunque, per tale molteplicità di ragioni, il contesto interno ed esterno appare oggi così diverso rispetto al recente passato, se la legge penale ha mutato le sue caratteristiche ed il giudice i suoi compiti, è evidente che ne abbia risentito anche il rapporto tra il potere legislativo e quello giudiziario e che sia opportuno ripensarlo, senza limitarsi però, più semplicemente, a prendere atto della cosa ed ammettere che, all'improvviso, il sistema penale abbia cambiato registro, principi e regole senza batter ciglio⁴⁵.

5. *L'insostenibilità del nuovo modello di giudice co-legislatore*

Alla luce di quanto sinora detto, si può asserire che, nonostante la costituzionalizzazione nel nostro ordinamento giuridico del principio di legalità dei reati e delle pene, oggi il giudice nazionale quando applica una legge penale esercita sempre un'attività creativa, produttrice di norme giuridiche. Ciò significa che anche in Italia si assiste al sempre più nitido e problematico profilarsi

⁴³ Come si è visto poc'anzi, proprio facendo leva su questa lettura 'ampia' del principio di legalità, *sub specie* irretroattività, la Corte EDU ha condannato il nostro Paese nel caso *Contrada vs. Italia* risolto con la citata sentenza del 14 aprile 2015.

⁴⁴ Da ultimo, su questo specifico profilo, cfr. M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e diritto penale*, Torino, 2013; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2011, spec. 287 ss.

⁴⁵ Una parte della dottrina penalistica propende, difatti, in maniera più o meno esplicita per un'apertura del nostro sistema penale nei confronti di orientamenti più moderni di questo; in tal senso si veda, tra i tanti, M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, Torino, 2011, il quale rigetta l'idea del significato come oggetto 'preesistente' all'interprete che deve solo essere scoperto da questi e del procedimento interpretativo come mera opera di sussunzione, ed accoglie quella ben diversa del significato come progetto che, per realizzarsi, richiede necessariamente la partecipazione attiva e creativa dell'interprete; nonché O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, cit.; G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, 19 ss., spec. 53. In termini problematici in argomento si vedano anche F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 530 ss.; D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, ivi, 657 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; V. MAIELLO, *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra testo, contesto e sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 955 ss. In argomento, sebbene in termini critici, cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 63 ss.

di una *judge made law*, senza però aver previamente adeguato l'ordinamento giuridico interno tramite l'innesto di quelle regole che caratterizzano gli ordinamenti di *common law* e che riconoscono al diritto giurisprudenziale il rango di fonte di produzione del diritto anche penale e, cioè, quella dello *stare decisis*, del *binding precedent*, dell'*overruling* e del *distinguishing*⁴⁶.

L'esito a cui sta conducendo tale deriva giurisprudenziale 'incontrollata' del nostro diritto penale è quello poco rassicurante di dare vita a contrasti interpretativi diacronici, sincronici, orizzontali o verticali sempre più frequenti, a discapito della certezza del diritto e dell'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge⁴⁷ e, soprattutto, di innescare deprecabili fenomeni di retroattività occulta – ipoteticamente arginabili tramite l'*error iuris* inevitabile ex art. 5 c.p. – nell'eventualità in cui i mutamenti di orientamento giurisprudenziale siano *in malam partem* e, quindi, facciano assurgere al rango di penalmente rilevante comportamenti che in precedenza erano considerati penalmente irrilevanti.

Questa tendenza incrina i principî garantisti classici del diritto penale di riserva di legge, precisione, determinatezza, irretroattività e divieto di analogia⁴⁸ ed incide anche negativamente sulla prevedibilità ed accessibilità delle norme incriminatrici richiesta oggi come requisito imprescindibile della legalità a livello europeo dalla lettura 'allargata' dell'art. 7 CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo.

Inevitabile interrogarsi dunque sulla possibilità di conferire un potere così penetrante al giudice penale.

⁴⁶ Mette in luce questi profili problematici A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., spec. 213 ss. e 297 ss.

⁴⁷ Evidenza come il limite principale delle concezioni ermeneutiche del diritto in ambito penale sia rappresentato proprio dalla difficoltà di stabilizzare la giurisprudenza e garantire la certezza del diritto per i consociati, O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, cit., 175 ss.

⁴⁸ Un altro dei punti più critici delle teorie ermeneutiche penali è sicuramente rappresentato proprio dalla flessibilizzazione del divieto di analogia, in base alla quale si considera illegittimo costituzionalmente solo quel procedimento analogico irrazionale che oltrepassa i confini del c.d. 'tipo criminoso', ricomprendendo al suo interno anche comportamenti dal ben diverso contenuto di disvalore e quindi non coerenti con la sostanza della incriminazione (sul punto cfr. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 253 ss., spec. 275 ss.; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., 121). Una nozione così allargata del divieto di analogia rischia, difatti, di depauperarlo sino a svuotarlo almeno parzialmente di quella *vis* garantista faticosamente conquistata negli ultimi secoli e da sempre (anche durante il fascismo) reputata ineliminabile (il confronto con il paragrafo 2 *BGB* è sempre utile per ricordare la sua importanza), finendo con il conferire un potere discrezionale eccessivo al giudice. L'imprescindibile funzione garantista assoluta nei sistemi penali moderni dal divieto di analogia è ricostruita con la consueta chiarezza ed incisività da G. MARINUCCI, *L'analogia e 'la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie legale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.

Davvero si può riporre in materia penale una fiducia nel giudice analoga a quella riposta per oltre due secoli nel legislatore?

Oppure si rischia di attribuire al giudice compiti impropri ed eccentrici rispetto al suo ruolo ed alla sua funzione, così come disegnati dalla Costituzione all'art. 101 e, prima ancora, dall'idea stessa di Stato costituzionale di diritto?

Di più, in tal modo non si consegnerebbe al ceto dei giudici il governo dei diritti, sottraendolo alle istanze decisionali democratiche ed esautorando il Parlamento, scardinando così il principio della separazione dei poteri?

Senza trascurare che un'apertura incondizionata al protagonismo giudiziale schiuderebbe interrogativi problematici e difficilmente risolvibili sul potere giudiziario.

Se il principio di democrazia delle scelte politico-criminali è uno dei presupposti del principio di legalità per evitare usi potenzialmente liberticidi o mutevoli della potestà punitiva nei confronti dei consociati, come si concilia con l'attribuzione di tali valutazioni al giudice? È tollerabile un diritto penale che tragga origini da un soggetto privo di riconoscimento democratico? Un soggetto che, nel nome della Repubblica, opera autonomamente e non sulla base di un mandato di rappresentanza? E come si contempera tutto questo con le funzioni general e special-preventive positive della pena in fase edittale?

Si dovrebbe forse cambiare il sistema di reclutamento della magistratura? Si deve andare verso forme di investitura politica della stessa, piuttosto che di tipo tecnocratico⁴⁹? Si dovrebbe estendere l'applicazione dell'istituto della giuria popolare per consentire una maggiore partecipazione diretta all'amministrazione della giustizia e una maggiore legittimazione democratica alle decisioni della magistratura⁵⁰?

È vero che il sistema democratico-rappresentativo è in crisi e che il Parlamento non è più il detentore esclusivo del potere di produzione legislativa in ambito penale, ma arrivare a declassarlo in favore del potere giudiziario è forse troppo.

⁴⁹ Per osservazioni analoghe si rinvia a F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Milano, 2013, 133 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'*, cit., 117; F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale*, cit., 270.

⁵⁰ D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in AA.VV. *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, cit., 134; F. PALAZZO, *Politica e giustizia penale: verso una stagione di grandi riforme?*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 526.

Come ha osservato Donini “questa impostazione così radicale e affascinante” non può essere condivisa se non nelle sue premesse, poiché approda ad esiti difficilmente accettabili⁵¹ e radicalmente eterodossi rispetto ai caratteri consustanziali del nostro ordinamento giuridico.

6. Alla ricerca di un modello alternativo

A questo punto, è possibile porsi un altro quesito: esiste una concezione del giudice penale e del suo potere interpretativo alternativa e sostenibile?

La risposta non è affatto agevole e scontata.

In primo luogo, sarebbe anacronistico ed antistorico sostenere un ritorno all’antico, riproponendo l’idea del giudice mero ricognitore di significati e supino applicatore della legge penale. Alla luce dei recenti e radicali cambiamenti occorsi nell’ultimo decennio e dell’irruzione silenziosa di una dimensione giurisprudenziale anche nel diritto penale sarebbe, infatti, irrealistico tornare a riproporre soluzioni *de iure condendo* prospettate appena quindici anni fa da larga parte della dottrina in materia di legalità in un contesto cronologicamente vicino, ma sostanzialmente lontano, e volte ad introdurre in ambito penale il più rigoroso principio della riserva di codice e del divieto di interpretazione estensiva.

D’altro canto, però, sarebbe altrettanto impensabile accettare passivamente e remissivamente questa tendenza evolutiva (*recte*: deriva degenerativa) dell’attuale sistema penale, arrivando a riconoscere un potere sconfinato alla giurisprudenza, sostanzialmente analogo a quello legislativo, sgretolando così l’intera ossatura garantista del moderno diritto penale, stabilmente edificata da circa trecento anni sul principio di legalità scomposto nelle sue varie declinazioni.

Contro tale alternativa si è, peraltro, apertamente schierata la Corte costituzionale con la recente e ben nota sentenza n. 230/2012, con cui è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 673 c.p.p. in materia di revoca delle sentenze passate in giudicato, negando la possibilità di assimilare il mutamento giurisprudenziale alla modifica legislativa ai sensi dell’art. 673 c.p.p. e di poter così consentire al giudice dell’esecuzione di revocare il giudicato poiché il fatto non è più previsto dalla legge come reato. Il giudicato resta intangibile al di fuori dei casi

⁵¹ M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., 63 ss., spec. 77.

tassativamente elencati nell'art. 673 c.p.p., continuando quindi il principio della retroattività in *mitius* ad operare solo per la legge. Il rimedio della revoca del giudicato, infatti, non può essere esteso in via ermeneutica all'ipotesi del mutamento giurisprudenziale, assolutamente eterogenea rispetto alle precedenti situazioni tassative descritte dalla menzionata disposizione del codice di rito, le quali presuppongono tutte l'eliminazione dall'ordinamento di una norma incriminatrice o, comunque, l'impossibilità di applicarla in conseguenza di una sentenza con effetto *erga omnes*. Al contrario, in questo caso la sopravvenuta irrilevanza penale di un determinato fatto deriva dalla mera *interpretazione* discrezionale operata dal massimo organo nomofilattico di una *norma incriminatrice che però continua a restare in vigore* e che, quindi, ben potrebbe trovare nuovamente applicazione in futuro ad opera di altri giudici che decidano di mutare orientamento ermeneutico sul punto⁵².

Non essendo quindi percorribile nessuna delle due strade radicalmente alternative, tanto quella vetero-illuminista, quanto quella neo-ermeneutica, si rende necessario provare a trovarne una mediana e sostenibile. In questa ricerca il criterio guida da seguire deve essere rappresentato dal metodo già individuato ed utilizzato duecentocinquanta anni fa proprio da Beccaria.

Si deve, cioè, provare ad abbandonare gli schemi rigidi utilizzati sinora per affrontare il problema dei limiti della discrezionalità del giudice penale ed uscire dalla dialettica irriducibile tra primato della legge e riconoscimento di potere creativo alla giurisprudenza, orientando invece lo sguardo in una prospettiva teleologica, che guardi cioè al soddisfacimento degli scopi del diritto penale. Ed allora, siccome il diritto penale in un'ottica moderna è prima di tutto strumento di garanzia dei diritti fondamentali dei singoli nei confronti di una risposta punitiva che incide profondamente su un bene indisponibile come la libertà personale, si può allora ritenere utile per l'implementazione di questo *tèlos* abbandonare il modello illuminista del giudice bocca della legge, per privilegiarne uno che gli riconosca un potere discrezionale, unicamente però in chiave garantista per il miglioramento della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Com'è stato osservato “dalla crisi della legge si esce solo rovesciando la visione ereditata da Beccaria – il diritto come legge applicata dal giudice – in una visione opposta: il diritto prodotto dal giudice entro i limiti della legge”⁵³.

⁵² Sul punto cfr. V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionale all'equiparazione tra 'diritto giurisprudenziale' e 'legge'*, in *Giur. cost.*, 2013, 3474 ss.; A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della CGUE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, ivi, 2011, 4724 ss.

⁵³ Così M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, cit., 176.

7. “*Ciò che è vivo e ciò che è morto*” della concezione di Beccaria del giudice penale: obsolescenza del modello e attualità del metodo

Provando a tirare le fila del discorso e a fornire finalmente la risposta alla domanda che ci eravamo posti all’inizio di questo intervento, si deve concludere che il pensiero di Beccaria è, dunque, ancora vivo anche sul versante apparentemente meno moderno, quello dell’interpretazione della legge penale. Ad essere ancora attuale, però, non è il modello di giudice penale elaborato dall’autore di *Dei delitti e delle pene*, bensì il metodo da lui seguito per la sua costruzione.

Da quanto detto sinora si comprende, anzi, come sia metodologicamente improprio interrogarsi sull’attualità della concezione di giudice immaginata da Beccaria nell’odierno sistema penale: quel modello, difatti, era concepito in un contesto giuridico-istituzionale estremamente diverso da quello contemporaneo, sicchè è impensabile pensare di traslarlo in quest’ultimo per continuare a sostenerne la sua validità o, al contrario, per dimostrare la sua obsolescenza. Esso era strettamente correlato al suo tempo e allo *Zeit-Geist* dell’epoca profondamente differente dall’attuale: era, cioè, funzionale a garantire il passaggio da un sistema penale premoderno e liberticida, tutto polarizzato sulle cieche esigenze di difesa sociale della collettività e caratterizzato dall’arbitrio assoluto del potere sovrano, ad uno moderno di matrice garantista, incentrato sulla valorizzazione delle contrapposte istanze di tutela dei diritti individuali del reo e connotato dal dominio della legge approvata dal Parlamento. L’esaltazione della lettera della legge e la degradazione del potere giudiziario rispondevano a tali esigenze di politica criminale⁵⁴.

Al contrario, invece, nell’odierno contesto in cui il diritto penale ha assunto nuove e ben diverse fisionomie, che lo hanno fatto assurgere al rango di *Magna Charta libertatum* del reo, è anacronistico continuare a voler riproporre un’immagine così meccanica dell’agire giudiziario, negando spazi al suo potere discrezionale che, se ben esercitato, può costituire un volano per

⁵⁴ Di tale avviso sembra essere anche L. FERRAJOLI, *L’attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, cit., 147, il quale rileva come “quelle massime, benché ingenue e insostenibili se prese alla lettera, allorquando furono pronunciate intendevano esprimere un principio rivoluzionario: il principio della massima garanzia della persona contro l’arbitrario dispotismo dei giudici”.

l'implementazione delle finalità politico-criminali del legislatore, orientate al rispetto dei principi fondanti della materia penale scanditi nella Costituzione.

Oggi che l'ermeneutica giuridica ha epistemologicamente dimostrato come anche il giudice penale eserciti inevitabilmente un potere creativo in sede di interpretazione delle figure criminose, non è possibile continuare a negare ostinatamente l'esistente e cercare di inseguire un modello utopistico di interpretazione penale perfetto ma impraticabile⁵⁵. Piuttosto, si devono definire in maniera rigorosa i limiti di questo potere, indicando al giudice ciò che può e non può fare: la flessibilizzazione del rapporto legge-giudice non deve essere, quindi, letta come un fallimento del pensiero di Beccaria, ma come una conseguenza inevitabile della diversa temperie giuridico-istituzionale contemporanea meritevole di essere approcciata tenendo conto delle ancora valide ed attualissime indicazioni di metodo contenute ne *Dei delitti e delle pene*.

Il giudice, quindi, potrà anche co-determinare il significato delle fattispecie incriminatrici, contribuendo a definire il loro 'tipo criminoso', ma sempre e solo se orienta tale attività creativa allo scopo di tutelare la libertà dei consociati e, quindi, mai eccedendo il tenore letterale della legge in *malam partem* per il reo: il diritto penale, in virtù della sua assoluta peculiarità rispetto a tutti gli altri ambiti della vita sociale e del diritto, non può prescindere dalla legge e dalle garanzie ad essa connesse perché la sua applicazione si sostanzia sempre in una limitazione, più o meno incisiva, di un bene giuridico indisponibile quale la libertà personale e, quindi, non può mai aprire le porte all'applicazione analogica *contra reum*⁵⁶.

Solo restringendo in questi ben precisi confini il potere discrezionale del giudice penale si riesce a non stravolgere il volto classico e perennemente moderno del diritto penale, quello legicentrico che ancora costituisce l'unico strumento per veder soddisfatto in un campo così delicato dell'ordinamento il principio di democraticità delle scelte politico-criminali⁵⁷.

⁵⁵ L'idea del giudice macchina di sillogismi è stata, infatti, considerata in generale come un "modello normativo limite, mai realizzabile e perciò utopistico" da L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, cit., 147.

⁵⁶ Il valore imprescindibile ed inderogabile nei sistemi penali moderni del divieto di analogia è messo in evidenza con la consueta chiarezza ed eleganza da G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254, il quale ricorda come nella Germania nazista proprio l'abolizione di questo divieto abbia costituito uno degli strumenti giuridici principali utilizzati dal regime per torcere in termini liberticidi il diritto penale dell'epoca.

⁵⁷ Sulla intramontabile attualità del principio di legalità si veda, da ultimo, il lavoro di C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., spec. 51 ss.

Il presupposto indefettibile per una ridefinizione della discrezionalità del giudice penale è costituito dal maggior impegno del legislatore nella redazione delle norme incriminatrici; come già rilevava Beccaria, i margini del potere interpretativo della giurisprudenza dipendono prima di tutto dal Parlamento cui spetta il compito sia di soddisfare tempestivamente le richieste di pena provenienti dalla collettività e non appagate da norme obsolete, sia di redigere le nuove norme in maniera non eccessivamente vaga ed imprecisa. L'incertezza circa i confini del penalmente rilevante dipende, quindi, ancora e prima di ogni cosa dall'oscurità della legge; al contrario, "di fronte a leggi chiare – 'un codice fisso di leggi' – l'incombenza del giudice è di non valicarne 'la lettera', nel senso (...) che i possibili significati letterali della legge sono il limite invalicabile dell'interpretazione"⁵⁸.

Forme di creazione giurisprudenziale del diritto penale possono anche essere ammesse, ma solo se sono funzionali a garantire l'accessibilità e la prevedibilità delle fattispecie incriminatrici, l'omogeneità della loro applicazione, l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, l'innalzamento delle garanzie per l'autore del fatto. In altre parole, le leggi devono sempre preesistere, perimetrando in maniera chiara e precisa l'area del penalmente rilevante, ma possono e, anzi, devono essere interpretate anche in chiave evolutiva e creativa, avvalendosi dei canoni ermeneutici letterale e sistematico, quando questo contribuisce a rafforzare l'impronta garantista del diritto penale tracciata dai suoi principi fondamentali di marca costituzionale, primo tra tutti quello di legalità delle norme incriminatrici.

Mai invece si può riconoscere un potere creativo incontrastato alla giurisprudenza in sede interpretativa anche in materia penale, obliterando il carattere eccezionale della stessa, statuito per espressa disposizione di legge dall'art. 14 disp. prel. cod. civ. e, implicitamente, dall'art. 25, Cost.

Non si può e non si deve valutare, dunque, la contemporaneità dell'autore di *Dei delitti e delle pene* focalizzando l'attenzione sull'ideal-tipo illuminista di giudice *bouche de la loi*, superato inesorabilmente dal tempo e dalla prassi, quanto polarizzando lo sguardo sul criterio seguito per la sua ideazione: vale a dire l'impostazione del sistema penale in chiave teleologicamente orientata alla salvaguardia delle prerogative, della libertà, dei diritti della persona e dell'uguaglianza dei consociati dinanzi alla legge penale. Quella concezione del potere giudiziario, infatti, è solo

⁵⁸ Così, G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, cit., 2037.

l'effetto di un modello giuridico-filosofico concepito per “impedire che la vita, la libertà e i beni degli accusati potessero dipendere dagli incerti percorsi del ragionamento giuridico”⁵⁹.

Visto in questa prospettiva il suo pensiero continua ad essere straordinariamente moderno, potendo rappresentare una guida da seguire anche per ripensare criticamente il nuovo modello di giudice penale non mero applicatore di leggi, ma anche co-definitore del loro ambito applicativo. Le sue idee consentono, infatti, di tenere nel giusto conto la nuova dimensione assunta dall'interpretazione nel diritto penale, mettendo in guardia da pericolose euforie postmoderne capaci di sacrificare *tout court* il valore della legalità sull'altare dell'interpretazione giuridica. Riconsiderata alla luce dell'insegnamento dell'illustre illuminista, l'ermeneutica può essere concepita come una scienza affascinante e seducente, il cui postulato, compendiato nel noto e controverso aforisma di Nietzsche “non esistono fatti, solo interpretazioni”, è tanto vero quanto condivisibile. Tuttavia, non si può immaginare di esportarla incondizionatamente anche in campi, come quello penale, che concernono la libertà personale dei consociati e che – come ha insegnato Beccaria – devono garantire la massima chiarezza, certezza e prevedibilità possibile dell'ambito applicativo dell'enunciato normativo⁶⁰.

Pensare di entrare in un'aula di giustizia e leggere scolpito nero su bianco alle spalle della corte “non esistono leggi, solo interpretazioni”⁶¹ significherebbe rinnegare radicalmente il messaggio indelebile e intramontabile contenuto ne *Dei delitti e delle pene*, sulla cui scorta sono stati edificati i sistemi penali moderni negli Stati costituzionali di diritto.

⁵⁹ In tal senso cfr. M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giuridico?*, cit., 167.

⁶⁰ Sul punto sia consentito di rinviare al nostro *Legge penale e giudice*, cit., 410 ss.

⁶¹ Per questa suggestiva immagine si veda M. FERRARIS, *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, in *Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di J. DERIDDA-G. VATTIMO, Roma, 1998, 130.