

*JUS LEGIBUS SOLUTUM.*

OVVERO, LA LEGGE DEL GIUDICE PENALE \*

Fausto Giunta



*“Schierarsi a favore della legge...  
ma è legale questa cosa?”*

(dal film “Qualunquemente”, 2011,  
con Antonio Albanese)

SOMMARIO 1. Il concetto di legalità. *Repetita iuvant*. — 2. *Lex scripta, lex tradita?* — 3. La forma dell’acqua. — 4. La legalità come categoria storica. — 5. Uno sguardo retrospettivo all’ordine giuridico medievale. — 6. Il diritto penale dei paesi musulmani. — 7. L’esperienza del *common law*. — 8. Gli stati totalitari tra legalismo apparente e antilegalismo espresso. — 9. La legalità come predeterminazione della regola di diritto. — 10. La dimensione linguistica del diritto penale. — 11. Le parole, pietre o piume? — 12. Contestualizzare l’enunciato normativo. — 13. Legalità e ordinamento giudiziario.

## 1. Il concetto di legalità. *Repetita iuvant*

Il concetto di legalità è polisenso e perfino equivoco<sup>1</sup>; ed è incompleto sotto il profilo dei contenuti regolativi. Legalità può significare conformità alla legge oppure può indicare i valori, i principi e le procedure cui la legge deve conformarsi. Legalità e legge, pertanto, possono risultare sinonimi o avere significati diversi.

Il protagonista del film citato in epigrafe, Cetto La Qualunque, è l’alfiere dell’impostazione dissociativa. La sua “legalità”, intrisa di cultura ‘ndranghetista’, è sovraordinata alle leggi dello Stato, che impongono stravaganze come l’obbligo fiscale e reprimono espressioni di libertà come l’abusivismo edilizio e l’abbandono incontrollato di rifiuti. Ma Cetto non è il solo a pensare che la legge possa essere “illegale”. La sottoposizione della legge ordinaria al controllo di costituzionalità sottende la necessaria compatibilità tra legge e legalità costituzionale. Nel caso contrario la prima deve cedere alla seconda. Certamente tra la legalità di Cetto e quella

---

\* Il testo è destinato al volume “Diritto penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera”.

<sup>1</sup> Così P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, p. 22.

della nostra Costituzione c'è una bella differenza: l'una appartiene a un ordinamento giuridico illecito<sup>2</sup>, l'altra costituisce la base ordinante del medesimo ordinamento democratico cui appartiene la legge come fonte del diritto.

Quando le leggi sono legali, battersi per la legalità significa auspicarne l'effettività. In questo senso la legalità costituisce anche un programma culturale che richiede impegno e piena attuazione.

Nel diritto penale la legalità esprime un'istanza di autodisciplina del potere punitivo con finalità di garanzia: riveste lo *ius puniendi*. Per questa ragione “il principio di legalità assume, nel diritto penale, una portata assai più vasta ed intensa del principio di legalità inteso quale attributo dello stato di diritto”<sup>3</sup>.

Come la punizione è espressione di autorità<sup>4</sup>, così anche la legalità penale, che ad essa di accompagna, scende dall'alto (a differenza dell'altro presidio liberale, ossia la scienza del diritto penale, come dogmatica contenitiva della punizione elaborata dagli studiosi<sup>5</sup>). La costituzionalizzazione della legalità rafforza il carattere verticistico e indisponibile del principio. Per i cittadini la legalità comporta l'obbligatorietà della legge. Per il giudice – che siede su uno scranno ben più elevato della panca destinata all'imputato – costituisce un limite insuperabile a garanzia della persona affidata al suo autoritarismo, quand'anche bene intenzionato<sup>6</sup>. Altro è il legalismo antiguidiziario, giustamente stigmatizzato<sup>7</sup>, altro è la legalità come limite, che non esclude, anzi postula scelte ermeneutiche inevitabili.

Rilevando come principio costituzionale, la legalità penale non ha un “oltre” legittimo, mentre ha un “al di qua” doveroso entro cui il giudice, non essendo più a rischio la libertà del cittadino, recupera spazio argomentativo e decisionale. Nel diritto civile la legge è solo potenza, nel diritto penale la legge è anche garanzia<sup>8</sup>. Per questa

<sup>2</sup> Assumeva, come noto, che anche la “società dei ladroni”, in quanto aggregato organizzato, fosse un ente giuridico, Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist., Milano, 1953, p. 72 s.

<sup>3</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 12<sup>a</sup> ediz., 2019, p. 22.

<sup>4</sup> Sottolineatura ricorrente; v. per esempio T. VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin, Heidelberg, 2019, p. 276. Da noi C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo*, in *Criminalia*, 2012, p. 99 s.

<sup>5</sup> W. NAUCKE, *Abhandlung über das Strafrecht als Machtbegrenzung*, in *Negatives Strafrecht. 4 Ansätze*, Berlin, 2015, p. 69 s.

<sup>6</sup> Per la primogenitura dell'espressione, v. D. PULITANÒ, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1982, p. 93 s.

<sup>7</sup> F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini*, 36, t. II, 2007, p. 1281.

<sup>8</sup> Sulla dialettica legge-potenza e legge-garanzia, v. P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quaderni fiorentini*, 36, t. I, 2007, p. 17.

ragione l'equità giudiziale che deborda dagli argini della fattispecie incriminatrice è liberticida per il fatto stesso di essere *in malam partem*. La giustizia penale, quale strumento di tutela e pacificazione sociale, non si legittima con il risultato. Se così fosse il fine giustificerebbe qualunque eccesso punitivo. È la legittimità del mezzo che legittima il fine punitivo, che implica la strumentalizzazione della persona del colpevole.

La recente produzione scientifica di Gaetano Insolera, al quale queste pagine sono dedicate, ha privilegiato, tra l'altro, il tema della legalità, non come dogma astratto, ma come punto di equilibrio di istanze funzionali e garantistiche. Teoria e pratica sono mondi comunicanti. Solo se la prima è virtuosa, ha speranza di esserlo anche la seconda. Per questa ragione *repetita iuvant*.

## 2. *Lex scripta, lex tradita?*

Il principio di legalità godeva fino a non molto tempo fa di discreta salute (dire buona sarebbe francamente eccessivo) e poteva vantare, almeno sul piano delle enunciazioni, un solido e condiviso retroterra culturale di matrice illuministica. Nella quotidianità giudiziaria non mancavano i tradimenti. Ma questo non sorprende: nel mondo del diritto uno scarto tra teoria e pratica è ineliminabile.

L'aspetto di novità è dunque un altro: da qualche tempo la crisi della legalità interessa lo stesso fondamento teorico del principio e il valore della *lex scripta et stricta*. Al riguardo un'ondata di pessimismo culturale avvantaggia la giurisprudenza, sempre più protagonista della produzione del diritto penale<sup>9</sup>. Stante la forza autolegittimante del diritto vivente, anche gli oltranzisti della legalità sentono di dover cedere a un nuovo corso della storia, che induce a esaltare, oltre la misura consentita, la libertà creativa del giudice.

Naturalmente, nessuno rinuncia, a parole, alla legalità. Di fatto, però, si sta affermando una legalità molto diversa, che trasfigura l'idea della legge come limite alla giurisdizione e ridefinisce, depotenziandoli, alcuni tradizionali corollari del *nullum crimen*, soprattutto il principio della riserva di legge.

La legalità che si sta prefigurando è un prodotto solo marginalmente legislativo; essa è opera del c.d. diritto vivente. La determinatezza, da argine oggettivo

---

<sup>9</sup> Cfr. G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, p. 11 s. Ancora più di recente, v. V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020, p. 24 s.

all'intervento della giurisdizione, qual era in origine, viene intesa, sull'onda della Gedu, come prevedibilità degli esiti applicativi; concetto, questo, di chiara impronta soggettiva<sup>10</sup>. L'oggettivismo della legalità cede, dunque, alla colpevolezza, la regola di condotta, espressione della tipicità, alla rimproverabilità quale regola di giudizio. L'ambito di operatività del divieto finisce per dipendere dalla giurisprudenza, che garantisce per se stessa. Anche nel campo penale si stagliano all'orizzonte lo *ius praeter legem* e lo *ius contra legem*<sup>11</sup>.

La crisi della legalità, tuttavia, non prelude a un sistema alternativo di garanzie. Il nuovo corso travolge il vecchio ordine e le ragioni che ne hanno consentito l'affermazione storica. Com'è stato ricordato, nel contesto del diritto penale moderno, "Il rifiuto del diritto giurisprudenziale non è una scelta accademica: è una strategia di attacco a un ordine gerarchico-cetuale che aveva trovato nella discrezionalità dell'interpretazione giudiziale e nel recondito sapere del giurista uno specchio nel quale riflettersi e un sostegno del quale avvalersi. Attaccare il diritto giurisprudenziale è una mossa di una partita la cui posta in gioco è una profonda trasformazione degli esistenti equilibri di potere"<sup>12</sup>.

### 3. La forma dell'acqua

Nel comune immaginario il diritto penale evoca con forza e immediatezza l'idea della giustizia e dei suoi valori sostanziali. In effetti, reati come l'omicidio, il sequestro di persona, la violenza sessuale, la rapina ecc., solo per citarne alcuni tra i più noti e gravi, esprimono un disvalore pregiuridico tanto evidente da determinare una disapprovazione sociale spontanea, ancor prima che ordinamentale. Si tratta di comportamenti, inoltre, contrari alla morale e a un nucleo di precetti comuni alle diverse religioni.

Si comprende, dunque, che chi si accosta per la prima volta allo studio del diritto penale possa rimanere sorpreso dall'impronta formale che presenta tuttora la materia<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, p. 152 s. L'A. preferisce parlare di calcolabilità giuridica, per porre l'accento sulla dimensione oggettiva della garanzia.

<sup>11</sup> In termini generali, parla di *lex contra ius*, A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 74 s.

<sup>12</sup> P. COSTA, *Pagina introduttiva*, cit., p. 7 e 8.

<sup>13</sup> Ribadisce di recente che qualsiasi nozione generale di 'reato' non può che essere 'formale', G. DE VERO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2020, p. 366.

Sennonché, l'indipendenza tra stigma morale e disvalore penale emerge evidente in relazione a quelle condotte che, seppure discutibili sotto il profilo etico, sono penalmente indifferenti, quando non addirittura incentivate dal diritto penale. Si pensi a colui che, al solo scopo di ottenere il trattamento di favore previsto dalla legge, denuncia il proprio genitore, quale complice nell'associazione mafiosa. In casi come questo, il diritto penale fatica a farsi morale, anche se non mancano opinioni discordanti, che elevano a imperativo categorico l'allontanamento del figlio dal padre mafioso, attraverso provvedimenti di decadenza o sospensione della potestà genitoriale<sup>14</sup>. È paradossale: anche il diritto penale del nemico si ammanta di etica; un'operazione di marketing culturale volta ad ingentilire la logica della prevenzione più estrema. Per converso, non pochi fatti eticamente apprezzabili costituiscono reato per il nostro diritto penale. Le gesta di Robin Hood o di Zorro, solo per citare due personaggi leggendari ed emblematici del c.d. comune senso di giustizia, non soltanto erano *contra legem* all'epoca della loro ambientazione, ma costituirebbero reato anche per la nostra attuale legislazione.

In breve: l'esistenza di una ontologia penalistica è priva di dimostrazione. A fronte di ciò la legalità assicura la laicità della politica criminale.

Ciò non significa che la legalità abdichi al senso di giustizia. "Che il diritto sia morale, è un'esigenza (...) non del diritto, ma della morale"<sup>15</sup>.

#### 4. La legalità come categoria storica

La legalità c.d. formale, per usare il lessico tradizionale dei penalisti<sup>16</sup>, è una categoria storica, espressione dello stato di diritto moderno, fondato sulla separazione dei poteri.

Il tentativo di definirla una categoria logica, connaturata alla struttura della norma-comando<sup>17</sup>, non ha avuto seguito. La tesi secondo la quale il precetto penale sarebbe necessariamente un imperativo rivolto ai consociati, è smentita, infatti, dai

---

<sup>14</sup> Il dibattito sul "padre-padrino" è molto appassionato. Per un'interessante riflessione, che origina dall'esperienza sul campo della giustizia minorile nel Sud Italia, v. R. DI BELLA, con M. ZAPPELLI, *Liberi di scegliere*, Milano, 2019, p. 72 s.

<sup>15</sup> Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 72.

<sup>16</sup> Per esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 10<sup>a</sup> ediz., Padova, 2017, p. 3. In argomento v. ampiamente C. PAONESSA, *Parola e linguaggio nel diritto penale: la garanzia della forma oltre il formalismo*, in *Studi Senesi*, 2017, p. 303 s., ora anche in <https://discrimen.it>, 23.7.2018.

<sup>17</sup> P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 25.

casi in cui la norma mantiene la sua giuridicità pur senza fare appello alla volontà dei destinatari (si pensi, per esempio, alla disciplina della responsabilità colposa e al reato commesso dal non imputabile)<sup>18</sup>.

Facendosi testo normativo, il linguaggio traccia il perimetro esterno del diritto penale, con finalità di garanzia. La tipicità, quale proiezione funzionale della legalità nella struttura del reato<sup>19</sup>, descrive la porzione di vita entro la quale, in via di eccezione, la libertà personale del cittadino, artefice di un conflitto sociale, può soccombere per esigenze di pacificazione, che non potrebbero soddisfarsi altrimenti.

Finché la sanzione penale sarà afflittiva e inciderà sulla persona, la garanzia avrà bisogno del suo corredo di forme, destinate a operare prima e a prescindere dalle valutazioni di merito.

Come si vede, alla base del diritto penale vi è sempre un sistema di valori, che danno vita a una legalità c.d. sostanziale o materiale<sup>20</sup>, sufficientemente stabile nel suo nucleo, ma soggetta per la restante alle variabili della politica criminale. Il sistema penale ambisce a far coincidere legalità formale e legalità sostanziale, nella consapevolezza delle loro inevitabili sfasature, in presenza delle quali l'esigenza punitiva sostanziale non potrà spingersi oltre il suo confine formale.

Il nostro attuale modo di concepire il diritto penale non è, tuttavia, il solo possibile e conosciuto. La giustizia penale può prescindere sia dalla legge come strumento di garanzia, sia dalla logica della rappresentanza, che giustifica la preferenza per la legge quale fonte di produzione. Sono esistiti ed esistono tuttora ordinamenti giuridici che non demandano al legislatore la produzione del diritto penale, lasciandola perlopiù nelle mani del giudicante.

## 5. Uno sguardo retrospettivo all'ordine giuridico medievale

L'ordine giuridico medievale si caratterizzava per l'ancoraggio del diritto ai valori trascendenti della teologia cristiana<sup>21</sup>. Al confronto, la legalità moderna colpisce per la sua laicità e discontinuità rispetto al passato. Anche l'armamentario categoriale

<sup>18</sup> Per tutti, v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 31.

<sup>19</sup> C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986, p. 40 s.

<sup>20</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 6 s.

<sup>21</sup> F. CALASSO, *Medioevo del diritto. I - Le fonti*, Milano, 1954, p. 172.

premoderno era diverso dall'attuale: concetti come legalità, legge e interpretazione non erano conosciuti<sup>22</sup>.

Il fascino esercitato dall'esperienza giuridica medievale sta nel perseguimento di esigenze di giustizia attraverso orditi normativi prodotti da una pluralità di ordinamenti giuridici, senza la necessaria mediazione di una legge dello Stato che, a esclusione di ogni altra autorità, si presenti come la sola fonte autorizzata a imporre precetti e a stabilire le sanzioni per il caso della loro inosservanza.

Tuttavia, se in ambito civilistico la mancanza di uno Stato legislatore ha favorito lo sviluppo di forme di autoregolazione spontanea promananti dal "basso", ovvero direttamente dalla società civile, sul versante del diritto pubblico le ascendenze religiose accentuavano il verticismo di questo settore, intrecciando assolutismo del diritto divino e sovranità, ossia valori e titolarità egemonica dello *ius puniendi*, prima saldamente nelle mani del giudice, quale rappresentante della *publica potestas*<sup>23</sup>, successivamente in quelle, altrettanto monopolistiche, del principe.

Specialmente nel basso Medioevo, la libertà dell'organo giudicante di attingere alle fonti sostanziali del diritto penale portava con sé il rischio dell'arbitrio e della disparità di trattamento. Il diritto penale dell'*ancien régime* era sovrastato dalla dimensione processuale ed empirica. Le *Practicae criminales* costituivano l'*hard law* penalistico; niente a che vedere con la recente produzione di protocolli liberamente adottati dagli uffici giudiziari (e parimenti sconosciuti) intesi a colmare i tanti interstizi non regolati della procedura. Anche allora, però, si trattava di regole derogabili. La principale regola nelle mani del giudice era quella di non rispettare le regole ordinarie<sup>24</sup>. Anche se al giudice penale medievale è stato riconosciuto il merito di avere trovato un ottimale punto di equilibrio tra principi giuridici e *Practicae*<sup>25</sup>, un ritorno a quel modello di giurisdizione non viene patrocinato oggi nemmeno dai sostenitori della nuova iuristiocrazia.

A partire dal Cinquecento il diritto penale diventa espressione di una sovranità punitiva votata all'efficientismo repressivo. Non mancano eccessi, come la

---

<sup>22</sup> P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1999, p. 11; ID., *Modernità politica e ordine giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 27, 1998, p. 29.

<sup>23</sup> M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, t. I, Milano, 2009, p. 73.

<sup>24</sup> M. PIFFERI, *La Criminalistica*, in *Enciclopedia Italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Roma, 2012, p. 142.

<sup>25</sup> M. SBRICCOLI, *Storia*, cit., p. 15.

criminalizzazione dei pensieri “ancorché intimi e del tutto inespressi”<sup>26</sup>. La storia dell’Inquisizione – un “tribunale di sangue così contrario alla dolcezza del Vangelo”<sup>27</sup> – è una tragica conferma di come i valori della cristianità siano stati utilizzati per il perseguimento delle finalità repressive più diverse, con metodi oltretutto che mortificavano i diritti fondamentali e la stessa dignità della persona.

Dal punto di vista sostanziale, l’approccio prevalentemente casistico constava di poche e indefinite figure di reato, tra le quali spiccava il generalissimo schema del *crimen laesae maiestatis*<sup>28</sup>. Anche fatti che oggi non esitiamo a considerare come offensivi di beni personali – si pensi ad esempio al sequestro di persona – venivano qualificati come lesivi delle prerogative del sovrano; il solo che poteva disporre della libertà personale dei sudditi.

Per quanto sommaria, la critica di Beccaria era tutt’altro che infondata<sup>29</sup>.

## 6. Il diritto penale dei paesi musulmani

Venendo ad oggi, di sicuro interesse sono le esperienze giuridiche diverse dalla nostra. Si pensi al diritto penale musulmano. Data la complessità del tema, in queste pagine vi si potrà fare solo qualche cenno.

Com’è noto, sotto il profilo giuridico, l’Islam non è una realtà indifferenziata<sup>30</sup>. Nel Magreb, per effetto della colonizzazione, si è oramai radicato il modello della codificazione<sup>31</sup>, incentrato sul principio di legalità. Si pensi al codice penale tunisino del 1913 e a quello marocchino del 1963<sup>32</sup>. Ciò non toglie che nell’Africa mediterranea la codificazione non ha spazzato il diritto penale di ascendenza religiosa. Nell’esperienza marocchina, dove l’Islam è religione di Stato, quel che noi chiamiamo diritto vivente risente, in settori particolarmente sensibili come l’ordine religioso, morale e familiare, delle diffuse correnti di pensiero dichiaratamente nostalgiche della

---

<sup>26</sup> M. BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal medioevo agli inizi dell’età moderna*, Catania, 1982, p. 184.

<sup>27</sup> P. TAMBURINI, *Storia generale dell’inquisizione*, II, Milano, 1862, p. 583.

<sup>28</sup> A. MARONGIU, *Storia del diritto italiano. Ordinamenti e istituti di governo*, Milano, 1985, p. 232.

<sup>29</sup> Di recente, M. PORRET, *Dei delitti e delle pene: il modello del patibolo nel dubbio beccariano*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2, 2020, p. 46.

<sup>30</sup> V. M. DONINI, D. SCOLART, *La shari’a e il mondo contemporaneo*, Roma, 2020, Prefazione.

<sup>31</sup> V. M. DONINI, D. SCOLART, *La shari’a*, cit., p. 86.

<sup>32</sup> V. M. DONINI, D. SCOLART, *La shari’a*, cit., p. 86 e 87.



*sharia*<sup>33</sup>. Non mancano studi intesi a dimostrare come anche in Tunisia, dove la *sharia* non è fonte di diritto, i giudici ne facciano uso<sup>34</sup>.

La compenetrazione tra diritto penale e precetto religioso è ben più marcata in altri paesi islamici, dove il processo di decolonizzazione ha comportato quello speculare dell'islamizzazione della società e del diritto, con la creazione di un dualismo giuridico<sup>35</sup>. Si pensi al diritto nigeriano: sebbene il sistema giuridico sia influenzato dal modello del *common law*, la *sharia* vige nelle regioni a maggioranza musulmana<sup>36</sup>. Un'analoga compenetrazione tra *common law* inglese e diritto penale islamico si registra in Sudan<sup>37</sup>. Il diritto penale islamico vige anche in Iran, Pakistan e negli Emirati Arabi<sup>38</sup>. Esso deriva direttamente dai testi religiosi e dalla loro interpretazione ad opera dei dottori della legge, nella cui categoria non rientrano solo i giuriconsulti, ma anche i teologi, quando non addirittura gli stessi governanti<sup>39</sup>. L'affermazione secondo cui il Corano è il "libro delle leggi" allude dunque a questa stretta connessione di aspetti religiosi, giuridici e politico-istituzionali, che resiste, anche se ha perso la sua assolutezza.

Sia chiaro: raramente la *sharia* costituisce l'unica scaturigine del diritto penale, anche perché l'autorità nell'Islam è pluricentrica<sup>40</sup>, riflette, cioè, un modello ben diverso dall'organizzazione gerarchica di quelle che noi chiamiamo "fonti" del diritto. Più di frequente, il diritto islamico trova applicazione in ambiti circoscritti. Nondimeno si tratta di sistemi che, in ragione di queste particolarità, offrono lo spunto per una riflessione di fondo: il diritto penale può fare a meno della categoria della legalità, per come la conosciamo noi.

---

<sup>33</sup> M. AMZAZI, *Essai sur le système pénal marocain*, Rabat, 2013, p. 397 s.

<sup>34</sup> M. BEN JÉMIA, *Le juge tunisien et la légitimation de l'ordre juridique positif par la charia*, in *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, a cura di B. Dupret, Paris, 2012, p. 153 s.

<sup>35</sup> R. PETERS, *Crime and Punishment in Islamic Law. Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century*, Cambridge, 2009, p. 119 s.

<sup>36</sup> A. DEKKER, P. OSTIEN, *L'application du droit pénal islamique dans le Nord-Nigeria*, in *Afrique contemporaine*, 2009, 3, p. 245 s. Cfr. anche V.M. DONINI, D. SCOLART, *La shari'a*, cit., p. 304 s.

<sup>37</sup> O. KÖNDGEN, *The Codification of Islamic Criminal Law in the Sudan*, Leiden, 2017, p. 107 s.

<sup>38</sup> D. SCOLART, *L'Islam, il reato, la pena*, Roma, 2018, p. 339 s. e 361 s. V. anche R. PETERS, *Crime and Punishment*, cit., p. 142 s. e p. 148 s.; M.A. 'ARAFA, *Islamic Criminal Law*, in *J. Forensic Crime Studies*, 2018, 2, 104, p. 2.

<sup>39</sup> G. VASSALLI, *In margine al diritto penale islamico*, ora in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 1997, p. 426. Di recente, S. FRANCIANI, *Il diritto penale islamico nel Medio Oriente*, Padova, 2019, v. p. 29.

<sup>40</sup> A. CIGINIELLO, *Le figure di riferimento nell'Islām: ruolo e funzioni*, Milano, 2018, p. 1.

Certamente l'accesso dell'organo giudicante alle fonti sostanziali può ostacolare la corretta calcolabilità delle conseguenze giuridiche. Il diritto non positivizzato non presenta un livello sempre elevato di intellegibilità, accessibilità e chiarezza.

Ma anche questa non è una verità assoluta. Nulla impedisce, infatti, che le norme penali desunte dai precetti religiosi assumano un notevole grado di certezza e di riconoscibilità da parte dei consociati. Anzi, l'unitarietà della matrice religiosa che accomuna le regole sociali e quelle giuridiche può favorire il coagulo intorno a queste ultime di un consenso diffuso, in grado di appagare il sentimento di giustizia sostanziale in cui si rispecchiano le singole coscienze individuali.

La formalizzazione della legalità è un'esigenza meno avvertita nelle società coese e caratterizzate dall'autorevolezza del giudice: ossia dalla piena fiducia nelle sue capacità di cogliere i valori sostanziali negati dal reato. La condivisione sociale dei valori facilita il riconoscimento delle regole di condotta e rende meno avvertita l'esigenza di coinvolgere il corpo sociale nella loro produzione. La cultura della tradizione prevale, anche nel diritto penale, sulla democraticità dei processi di criminalizzazione.

Non può sottacersi, tuttavia, che il ritorno alla *sharia* si accompagna da ultimo a un fenomeno del tutto nuovo, qual è la "testualizzazione" della *sharia* proprio in nome della conoscibilità della legge<sup>41</sup>, attenuando l'originaria compenetrazione tra legge e comunità.

## 7. L'esperienza del *common law*

Un cenno meritano i sistemi di *common law*, cui guarda con crescente interesse una parte della dottrina penalistica dell'Europa continentale, anche sulla scia del diritto dell'UE: nella tradizione angloamericana il diritto penale, non diversamente dagli altri rami dell'ordinamento, promana prevalentemente dall'esperienza giudiziale, la quale consente l'elaborazione nel tempo di regole e principi che orientano e vincolano le decisioni successive. La fonte di produzione della regola giuridica non è la legge generale e astratta<sup>42</sup>. Si spiega così la diffusa equiparazione del *common law* al diritto non scritto (*unwritten law*). Il concetto di diritto assorbe quello di legge; il principio dello stato di diritto (*rule of law*) quello di legalità.

<sup>41</sup> W. B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, Bologna, 2013, p. 219.

<sup>42</sup> *Amplius* G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, *Le fonti*, 2ª ediz., Milano, 1994, p. 18 s. e p. 44 s.

Benché – specie negli USA – il catalogo dei reati sia contenuto in apposite raccolte di leggi scritte, le regole di disciplina (ovvero quelle di parte generale) rimangono prerogativa dell’elaborazione giudiziale. Ne consegue che il fenomeno della codificazione, caro alla nostra tradizione, se non può dirsi del tutto estraneo all’odierna realtà giuridica anglofona<sup>43</sup>, non aspira a costituire il principale fattore di produzione normativa, ma rimane allo stadio di catalogo dei fatti puniti. Quanto alla efficacia *erga omnes* della regola di diritto, essa è assicurata da una fondamentale garanzia formale, qual è il principio del precedente giudiziario vincolante (*stare decisis*), che mira ad assicurare la certezza del diritto e l’uguaglianza di trattamento, attraverso l’istituzionalizzazione dell’“effetto ipnotico che il passato proietta su chi giudica”<sup>44</sup>.

Chiarito dunque in che senso si può parlare di legalità nei sistemi di *common law*, resta da sottolineare che un siffatto sistema delle fonti concepisce e produce la norma giuridica come regola di giudizio, prima ancora che come norma di comportamento. Volendo esemplificare il concetto attraverso una metafora, si può dire che nel *common law* la norma non si dirige principalmente al cittadino, bensì al giudice creatore del diritto<sup>45</sup>. Non a caso si è parlato di *ex-post-facto law*, ossia di diritto retroattivo<sup>46</sup>. Tuttora si riconosce che nel *common law* il principio di legalità è più flessibile di quanto non sia nei sistemi dell’Europa continentale<sup>47</sup>. L’aderenza del diritto ai valori sostanziali sottostanti è assicurata dalla capacità del giudice di interpretare la realtà sociale.

Il primato del diritto sostanziale, quale descrizione astratta dell’ambito e delle forme dell’intervento punitivo, cede il passo al processo, quale luogo in cui si costruisce la decisione *hic et nunc*<sup>48</sup>; la determinatezza del tipo, che nella tradizione

---

<sup>43</sup> F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3<sup>a</sup> ediz., Torino, 2013, p. 242 s., con riferimento all’esperienza inglese del 1989.

<sup>44</sup> F. CORDERO, *Legge penale*, in *Enc. giur.*, XVIII, Milano, 1990, p. 2.

<sup>45</sup> A.G. GRIFFITH, *Giudici e politica in Inghilterra*, Milano, 1980, p. 177 s.

<sup>46</sup> L’affermazione, ricorrente nel pensiero di J. BENTHAM, si può leggere oggi nel volume *Of the limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Oxford, 2010, p. 189 s. Per una recente rivisitazione, cfr. in argomento F. FERRARO, *Il giudice utilitarista*, Pisa, 2011, p. 45 s.

<sup>47</sup> Così, con riferimento all’esperienza inglese, C. PERISTERIDOU, *The principle of legality in European criminal law*, Cambridge, 2015, p. 126. Lo definisce un principio ampiamente sconosciuto o disapplicato, V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative legal systems*, Roma, 2019, p. 66.

<sup>48</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative legal systems*, cit., p. 65 s.

continentale funge da limite per l'interprete, ha come contraltare un elevato livello di discrezionalità nell'esercizio del potere punitivo<sup>49</sup>.

L'apparato repressivo non rifugge, tuttavia, dalla ricerca di una legittimazione politica indiretta. Come noto, molto diversi dai nostri sono i criteri di reclutamento dei pubblici accusatori e dei giudici, la cui investitura è elettorale o di nomina governativa<sup>50</sup>. Senza considerare il ruolo della giuria quale giudice del fatto. Si tratta di un cardine del sistema, al punto che il diritto di essere giudicato dai pari assurge negli USA a principio costituzionale (VI Emendamento). Per converso, l'accesso alla magistratura tramite concorso pubblico vanta nel nostro ordinamento una copertura costituzionale espressa (art. 106, comma 1).

I due sistemi, almeno nel campo penale, sono alquanto distanti e producono figure di giudicanti altrettanto differenti. Da un lato, ossia nell'Europa continentale, abbiamo un'organizzazione burocratica della magistratura, dall'altro lato, ossia nei sistemi di *common law*, si registra un percorso più articolato e fluido: il reclutamento politico seleziona professionisti che provengono dall'avvocatura e che giungono allo scranno di giudice dopo aver acquisito una comprovata professionalità nel ruolo di parte processuale.

## 8. Gli stati totalitari tra legalismo apparente e antilegalismo espresso

Che il principio di legalità non sia una garanzia sempre effettiva, lo dimostra lo svuotamento che esso ha registrato nel ventennio fascista. Sebbene la sua affermazione aprisse il codice del 1930, quasi a testimoniare una linea di continuità con la tradizione liberale del codice Zanardelli, la funzione di presidio delle libertà, solennemente proclamata dal Guardasigilli<sup>51</sup>, era minata da settori normativi nei quali la legge penale era dichiaratamente al servizio della logica autoritaria del tempo (si pensi al comparto dei delitti contro la personalità dello Stato).

Si consideri poi lo stretto nesso che, nella tradizione liberale, intercorre tra la legge, come fonte esclusiva del diritto penale, e il parlamento come espressione della vita democratica. Esso era del tutto sconosciuto alla logica di regime allora dominante:

<sup>49</sup> J. HORDER, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford, 2016, p. 4.

<sup>50</sup> Per indicazioni essenziali, v. C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *Il sistema giudiziario*, Bologna, 2017, p. 134 s. V. anche F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, 2018, p. 20 s.

<sup>51</sup> *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, I, Roma, 1929, p. 19.

il parlamento, divenuto Camera dei fasci, espressione del partito unico<sup>52</sup>, tradiva *in radice* le ragioni sostanziali della preferenza accordata alla legge, quale prodotto di un organo direttamente rappresentativo del corpo sociale<sup>53</sup>.

Nell'esperienza storica del '900, un cenno meritano poi i sistemi penali dell'Unione Sovietica e della Germania nazista, dove il principio di legalità formale, nominalmente accolto a livello codicistico, veniva integrato, ma di fatto fagocitato, dal principio di legalità sostanziale, che operava attraverso clausole generali le quali autorizzavano il giudice a decidere i casi non regolati dalla legge positiva in base ai valori ideologici cui si ispiravano quegli ordinamenti<sup>54</sup>. È fin troppo evidente, infatti, che, per svolgere la sua funzione di filtro delle istanze di giustizia sostanziale, la legalità formale non può permettersi strappi o smagliature, senza vanificare l'efficacia dell'argine, già fragile e forse anche pretenzioso, che intendono apprestare le garanzie formali. È pure vero, d'altronde, che i sistemi totalitari si caratterizzano sovente per un diritto penale dell'oppressione<sup>55</sup>, insofferente a quei vincoli formali deputati a imbrigliare il potere di punire.

Ciò – si badi – non significa instaurare una correlazione indissolubile tra fonti sostanziali e diritto penale ingiusto o liberticida, ma prendere atto del nesso che ricorre tra sistema totalitario e legittimazione della legalità sostanziale in chiave repressiva. Nella storia della nostra letteratura penalistica, ne è una conferma quella voce autorevole della dottrina che, in epoca fascista, non esitò ad auspicare che, in caso di incertezza del diritto, il giudice si attenesse “al principio *in dubio pro republica* che prende il posto, nello Stato totalitario, dell'antico *in dubio pro reo*. Nell'incertezza – si osservava – diviene fonte del diritto, per la legislazione tedesca, il ‘sano sentimento del popolo’. Per noi – si concludeva – potrebbe avere valore di fonte la volontà del Duce, quale si può ricavare dalle sue parole, dal suo insegnamento, dalla sua dottrina”<sup>56</sup>.

Com'è stato osservato, questo indirizzo di pensiero riteneva necessario modificare il “tradizionale sistema delle fonti del diritto, imperniato sulla supremazia

---

<sup>52</sup> Sui nessi tra legalità e sistema elettorale, F. GIUNTA, *Corte costituzionale e diritto penale nell'epoca della democrazia maggioritaria. La problematica angolazione delle c.d. discipline di favore*, in *Giust. pen.*, 2012, II, c. 244 s., ora anche in <https://discrimen.it>, 19.9.2018.

<sup>53</sup> G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini*, 36, t. II, 2007, p. 986 s.

<sup>54</sup> P. NUVOLONE, *La riforma del § 2 del codice penale germanico*, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1968, p. 12.

<sup>55</sup> Per questa felice espressione, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. XXXIV s.

<sup>56</sup> G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 159.

della legge”, auspicando “la massima valorizzazione del ruolo del potere giudiziario e del potere esecutivo, ovvero di poteri ritenuti più vicini, rispetto alla astrattezza della legge, alla concretezza dei rapporti da regolare e per questo reputati capaci di adottare soluzioni chiamate a tradurre, con più immediatezza e con maggiore capillarità, il patrimonio di valori promosso dallo Stato fascista”<sup>57</sup>.

Il modello del giudice facitore del diritto sta tornando a esercitare il suo fascino. Certamente i contesti storici sono molto diversi e non possono essere accostati. Resta da verificare, però, l’assunto di fondo, ossia che la totipotenza del giudice penale, fattore di pericolo per le libertà individuali negli stati totalitari, in una società democratica non sia più tale, anzi consenta risposte più calzanti al bisogno di pena espresso dal corpo sociale.

## 9. La legalità come predeterminazione della regola di diritto

Giunti a questo punto, dovrebbe essere chiaro che il principio di legalità non opera contro il giudice penale, ma risponde all’esigenza di guidarne l’enorme potere di incidenza sulla vita sociale. Di fronte al rischio dell’*arbitrium iudicis* gli ordinamenti penali più evoluti richiedono che le regole di diritto risultino predeterminate ovvero che il responso del giudice non sorprenda i cittadini. La soluzione adottata dal giudice deve apparire piuttosto espressione di un diritto preesistente e riconoscibile. Da qui l’allestimento di vincoli all’attività dello *ius dicere*, affinché essa non sia totalmente libera e dunque potenzialmente arbitraria. Il complesso di tali vincoli, che chiamiamo legalità formale, condiziona l’intero sistema, ma forgia soprattutto la sua base, vale a dire il diritto sostanziale, la cui priorità funzionale costituisce il contrassegno della modernità penalistica nell’Europa continentale.

Ne discendono due implicazioni. La prima: la legalità formale non si sostituisce del tutto a quella sostanziale, ma si limita piuttosto a disciplinare il modo in cui il giudice può accedere ai valori che ispirano l’ordinamento penale. La seconda implicazione sta nel fatto che non vi è un unico modo di concepire i suddetti vincoli formali allo *ius dicere*.

---

<sup>57</sup> I. STOLZI, *Il fascismo totalitario: il contributo della riflessione idealista*, in *Historia et ius*, 2012, 2, p. 16.

Da questa angolazione la legalità non appare un concetto indifferenziato. Esso ammette piuttosto diversi modelli attuativi, tra i quali, come si è visto, vi è anche quello del diritto giurisprudenziale. È tale il diritto autoprodotta dalla giurisdizione; si badi: non dallo stesso giudice decidente, ma dai giudici che in precedenza hanno giudicato casi simili. In tal modo, il singolo giudice recupera un parametro di giudizio; resta il fatto, però, che il diritto penale si concentra nelle mani dei giudici come corporazione.

Non meraviglia, dunque, che negli ordinamenti democratici la politica voglia dire la sua. Non potendo intervenire nel processo di formazione del diritto, condiziona la selezione dei pubblici accusatori e dei giudici, ossia dice la sua sulla loro investitura. Così facendo, la politica, quale volto del sociale, tempera la purezza di un mondo giuridico sacerdotale.

Ma non è il nostro caso. La nostra Costituzione attribuisce il monopolio della produzione normativa penale alla legge (principio della riserva di legge o di stretta legalità<sup>58</sup>). Spetta al legislatore di farsi interprete della legalità sostanziale e di trasfondere le regole di diritto in enunciati normativi.

Ebbene, la riserva di legge mira ad assicurare il più elevato livello di democraticità della legalità penale e il vantaggio del diritto scritto nella convinzione che la fissazione del segno rafforzi la certezza giuridica. In effetti, che il diritto scritto sia un presupposto del diritto certo è un'idea diffusa e risalente<sup>59</sup>. È sufficiente pensare all'immagine biblica delle leggi e dei comandamenti scolpiti dal dito di Dio nelle tavole di pietra (Esodo, 31, 18).

Del resto, anche l'insegnamento secondo cui *scripta manent* conferma la convinzione che la parola scritta (ovvero la fissazione del segno linguistico) sia uno strumento di maggior certezza della regola giuridica. Non a caso, anche in settori diversi dal diritto penale, l'ordinamento richiede la scrittura come requisito di certi fenomeni giuridicamente rilevanti. Si pensi a quei contratti che, sotto pena di nullità, devono concludersi per iscritto a norma dell'art. 1350 c.c. Qui, come noto, la forma scritta è richiesta "*ad substantiam*", nel senso che costituisce un elemento essenziale del negozio, secondo un insegnamento che risale al diritto romano.

Certamente, il mito della legittimazione democratica delle fonti del diritto penale va ridimensionato, in quanto non assicura la qualità dei contenuti legislativi, il cui scadimento è sotto gli occhi di tutti. Senza contare che la legalità sostanziale

---

<sup>58</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 23.

<sup>59</sup> G. DI CHIARA, G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 53.

riemerge nei momenti di grande trasformazione sociale e istituzionale, come quelli attuali, allorché le norme positive si rivelano un argine troppo debole di fronte al corso della storia. Bisogna chiedersi però se il diritto vivente sia qualitativamente migliore e la magistratura sia al riparo dalla logica delle spartizioni politicizzate. Se Atene piange, Sparta non ride. In fondo, i meriti, come i mali, sono gli stessi, e si manifestano a volte a parti rovesciate, talaltra con singolare convergenza. Sicuramente encomiabili sono state le resistenze della giurisprudenza alle politiche legislative liberticide, per esempio in materia di recidiva. Lo stesso non può dirsi per l'ostracismo per alcune leggi favorevoli non condivise e di fatto "riscritte in via interpretativa" (in materia di falso in bilancio, per esempio). Non mancano casi, poi, in cui riforme illiberali mettono d'accordo legislativo e giudiziario (in materia di prescrizione, per esempio).

In breve: le criticità che affliggono il parlamento, la politica e la riserva di legge non sono l'unico male. Non è detto, inoltre, che si tratti di un processo irreversibile. Com'è stato rilevato una ventina di anni orsono, "Nonostante questi segni di crisi, i parlamenti rimangono tuttora lo strumento principale a sostegno dei regimi liberaldemocratici. Lo dimostrano, tra l'altro, le diffuse forme di 'antiparlamentarismo' endemicamente ricorrenti, che sono rivolte non tanto contro il parlamento quanto contro le forme della democrazia rappresentativa"<sup>60</sup>. Osservazioni, queste, valide tutt'ora in epoca di populismo in chiave giustizialista<sup>61</sup>.

## 10. La dimensione linguistica del diritto penale

La legalità può apparire una dimensione penalistica superficiale, perché vive nelle parole della legge; valorizza cioè la dimensione semantica dell'enunciato normativo. In effetti, non può negarsi che alla base della nostra legalità vi sia una certa fiducia nella capacità esplicativa della lettera della legge, che risale al pensiero degli illuministi<sup>62</sup> e alla nota presa di posizione secondo cui la legge va interpretata alla lettera<sup>63</sup>. Il nesso tra legge e parola incarna addirittura una necessità logica, nel senso che, non promanando dall'*uterus populi*, la norma dettata da un potere dello Stato non può che nascere in parole<sup>64</sup>. Lo stesso processo penale, anche dopo la svolta

<sup>60</sup> A. BARBERA *I parlamenti*, Roma-Bari, 1999, p. 100.

<sup>61</sup> E. AMODIO, *A furor di popolo*, Roma, 2019, p. 7 s.

<sup>62</sup> G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano, 1965, p. 25.

<sup>63</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § IV.

<sup>64</sup> F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1985, p. 166.



“accusatoria” del 1989, continua a essere in larga misura scritto o trascritto. Finanche la prova dichiarativa, necessariamente orale nella fase della formazione, sopravvive nella forma della sua trascrizione. Non diversamente la prova scientifica: il sapere di periti e consulenti, vagliato in sede di controesame, è racchiuso nella relazione depositata all’esito della deposizione. Per non dire dei tanti atti processuali necessariamente scritti: dall’avviso di garanzia alla sentenza, alle impugnazioni.

Bisogna intendersi, però, sulla funzione strumentale della letteralità: il diritto penale non è un insieme di parole, ossia una mera semantica, ma una civiltà di significati e valori espressi linguisticamente. Rifuggendo dagli opposti estremismi dell’utopismo illuministico e della strumentalizzazione politica del diritto, occorre riconoscere che la certezza del diritto penale passa anche attraverso la dimensione semantica dei suoi enunciati normativi. Come “norma” non significa “lettera”<sup>65</sup>, così la certezza – si badi – non risiede nella scrittura in sé, intesa quale complesso dei segni. La dimensione semantica del testo si riduce a pura grafologia legislativa, se non si tiene conto che i segni di cui si parla sono gli strumenti attraverso cui si esprime il linguaggio.

Non è azzardato, dunque, definire il diritto penale un fenomeno linguistico e la legalità un complesso di enunciati linguistici vincolanti<sup>66</sup>. In effetti, il linguaggio non è solo forma, ma anche cultura. Esso è impregnato di elementi sostanziali più di quanto non sembri a prima vista; e tanto basta a scongiurare il pericolo che un diritto penale fondato sulla legalità costituisca “un mondo artificiale composto da parole”<sup>67</sup>.

## 11. Le parole, pietre o piume?

Nel diritto penale alla politicità della parte speciale si contrappone la dimensione culturale della parte generale. Non sorprenderà, dunque, che anche il ruolo dell’interprete risulti differenziato: sensibile più ai principi che alla lettera della legge, quando si tratta di istituti della parte generale, e più fedele al linguaggio legislativo che alle esigenze della politica criminale, in relazione alle singole scelte di penalizzazione.

---

<sup>65</sup> F. CORDERO, *Legge penale*, cit., p. 3.

<sup>66</sup> Sul diritto come insieme di comunicazioni linguistiche prescrittive, v. ancora attuale lo studio di N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 342 s.

<sup>67</sup> F. CORDERO, *Legge penale*, cit., p. 3.

In effetti, la forma linguistica degli enunciati normativi assume un'importanza diversa nell'ambito delle disposizioni di parte speciale e in quelle di parte generale.

Le prime, come noto, sono destinate a indicare il fatto tipico nelle sue note essenziali, in modo da distinguerlo sia dai fatti penalmente indifferenti, sia dalle altre figure di reato. Ebbene, tali norme costituiscono il campo di elezione della frammentarietà e della determinatezza, poiché tracciano il raggio di azione dell'intervento punitivo. Per questa ragione, dunque, occorre riconoscere all'enunciato linguistico delle norme di parte speciale un valore garantistico irriducibile, che impone di partire dalla semantica del testo come parametro orientativo, ancorché non esaustivo, dell'interpretazione. Più che mai di fronte alle norme di parte speciale, il giurista deve aver contezza del suo ruolo di interprete delle scelte politico-criminali espresse attraverso il linguaggio della legge, lasciando al legislatore il compito di interpretare i bisogni di tutela che si avvertono nel contesto sociale. La legalità che è espressa dal linguaggio legislativo non è un valore bilanciabile con il bisogno di tutela, ma la sintesi del bilanciamento tra le istanze solidaristiche di tutela e il principio personalistico che ispira i diritti di libertà.

Diversamente, la forza vincolante del linguaggio comune diminuisce grandemente in relazione alle norme di parte generale e, segnatamente, a quelle disposizioni che hanno una funzione di disciplina. Quando i concetti della parte generale non nascono "normativi", ovvero quando sotto la spinta autoreferenziale del diritto penale non vengono definiti dallo stesso legislatore, essi sono comunque destinati a "normativizzarsi", ad assumere cioè il significato tecnico che proviene dalla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, rispetto al quale le parole della legge mostrano una forza di resistenza per il vero modesta. Per fare un esempio, si pensi al disposto dell'art. 42, comma 1, c.p. là dove individua nella coscienza e volontà i coefficienti minimi dell'azione costituente reato. Nel linguaggio comune la "coscienza" e la "volontà" indicano stati psicologici effettivi. Nondimeno, l'evoluzione dogmatica del concetto di azione ha portato la dottrina a normativizzare i coefficienti minimi di umanità della condotta, individuandoli nella dominabilità del comportamento. Una volta acquisito tale insegnamento, la dottrina e la giurisprudenza non hanno esitato ad adattare l'interpretazione dell'art. 42, comma 1, c.p. al nuovo principio. Ribaltando il significato che espressione "coscienza e volontà" ha nel linguaggio comune, è oggi opinione pacifica che essa stia a indicare un coefficiente normativo di imputazione. Nell'art. 42, comma 1, c.p. – si osserva – è come se si

parlasse di coscienza e volontà potenziali; ovvero il contrario di quel che, secondo il linguaggio comune, è scritto nell'art. 42, comma 1, c.p.

## 12. Contestualizzare l'enunciato normativo

Il formalismo porta con sé il rischio di trasformare la vitalità della parola in lettera morta. Per scongiurarlo non è necessario rifiutare la testualità del diritto, ma mantenerla a contatto con il fluire della realtà sociale. “Il presupposto, sul quale si svolge l'interpretazione letterale (che l'autore abbia seguito le regole di comunicazione o il senso comune delle parole), è nella maggior parte dei casi tutt'altro che campato in aria (...) il discredito dell'interpretazione letterale dipende dall'aver elevato quel presupposto a regola”<sup>68</sup>.

Detto altrimenti: partire dal testo non significa restare al testo, ma cercare, entro e non oltre i confini dei significati consentiti, l'ottimale punto di bilanciamento tra istanze di tutela sociale e funzione di garanzia individuale. L'enunciato normativo, in quanto generale e astratto, è decontestualizzato. Compito dell'interprete è contestualizzarlo, ossia rileggerlo alla luce del fatto da qualificare. In questo senso il testo deve essere interpretato attraverso la mediazione del fatto storico. Ma dal testo non si può prescindere, nonostante il plauso che incontra lo svilimento della partitura<sup>69</sup>.

Poiché nel diritto penale la testualità partecipa alla funzione garantistica della legalità, i significati desumibili dal linguaggio legislativo segnano l'orizzonte applicativo massimo della giustizia penale, la quale non può realizzarsi a discapito della garanzia. La testualità non svolge altra funzione, perché nell'ambito dei significati di senso compiuto estraibili dal testo, la scelta dell'interprete è guidata da altri principi di garanzia sostanziali, quali l'offensività e la colpevolezza, o da vincoli ordinamentali di natura nomofilattica.

In sintesi: la descrizione tipologica del reato crea un vincolo insuperabile e non bilanciabile con nessuna altra istanza che giochi a sfavore del reo; al suo interno la coloritura sostanziale del fatto di reato può dipendere dal bilanciamento tra i principi (in alcun modo formali) di offensività e colpevolezza, da un lato, e l'istanza di prevenzione generale, dall'altro.

<sup>68</sup> G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, p. 115 e 116.

<sup>69</sup> R. PALAVERA, *Il penalista e il suo partito*, Pisa, 2018, *passim* (ora consultabile anche in <https://discrimen.it>, sezione “Libri”).

### 13. Legalità e ordinamento giudiziario

Nella nostra tradizione culturale – dovrebbe essere oramai chiaro – la legalità è il frutto di una dialettica costante tra forme linguistiche e valori sostanziali di riferimento. Il loro naturale punto di mediazione è costituito dal linguaggio comune<sup>70</sup>, che mette in correlazione, rispetto ai suoi possibili significati, il cittadino obbligato all’osservanza della norma di comportamento e il giudice che deve sanzionarne l’eventuale violazione. Sotto questo profilo, la norma penale opera come criterio di valutazione di un fatto storicamente avvenuto; nulla esclude, però, che essa possa svolgere una funzione di orientamento comportamentale nella misura della sua effettiva conoscenza o conoscibilità da parte dei consociati<sup>71</sup>.

In ogni caso la legalità è un valore fragile. La sua effettività passa attraverso la sua costante riconquista, che si rinnova nel rispetto delle regole del gioco da parte di tutti i soggetti coinvolti nello *ius dicere*. I giudici che disattendono il significato che il precetto penale assume nel linguaggio comune minano l’affidamento del cittadino sulla possibilità di accedere direttamente ai contenuti della legge. La norma giurisprudenziale che prende il posto di quella legislativa sostituisce il linguaggio comune con quello gergale e iniziatico dei giuristi.

Ma la legalità è un valore anche impegnativo da perseguire per il legislatore, che può diventare l’artefice del suo tradimento. Gli illuministi vagheggiavano un diritto penale fatto di poche leggi chiare e semplici, addossando al legislatore il compito di razionalizzare la tutela e ponendo, al contempo, le basi di una moderna scienza della legislazione intenta a conciliare la democraticità della fonte con la razionalità del prodotto legislativo. Oggi la complessità sociale costringe ad abbandonare l’ideale di un diritto penale minimo quanto a testi di legge e numero dei divieti; nondimeno, resta la consapevolezza che il confine tra il lecito e l’illecito ha bisogno di orditi normativi razionali e coerenti, nonché di una precisione linguistica adeguata alla descrizione delle tipologie aggressive.

Benché smitizzata a seguito di una revisione salutare, la legalità trova nel suo debolismo la cifra di una irriducibilità funzionale, essenziale al mantenimento del paradigma penalistico costituzionale. Ogni ulteriore spallata si trasmette al modello di

---

<sup>70</sup> Il concetto è ribadito espressamente da Corte cost., 10 aprile 2018, n. 115, e sottolineato nel commento di F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero “rivoluzionaria”*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1317 s., ora anche in <https://discrimen.it>, 8.4.2019.

<sup>71</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 8.

Jus legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale

legittimazione del giudice fondato unicamente sul merito professionale. Legalità e ordinamento giudiziario sono due facce della stessa medaglia. Più il giudice è fautore del diritto, più la sua investitura è “veggente”, ossia tarata sulle effettive qualità della persona, da noi sottratte a valutazione dal meccanismo di reclutamento professionale a base nozionistico-culturale.

Ai giuristi capita di sognare un mondo del diritto legittimato unicamente dai saperi di questa disciplina. Ma finché il diritto vivrà nel sociale, la sua legittimazione non potrà che provenire dall'esterno; in occidente, per quanto in crisi, dalla politica, in misura maggiore o minore, in modo diretto o indiretto. La giurisdizione deve sapersi posizionare correttamente, salvaguardando la sua indipendenza, ma rispettando la fonte delle fonti, ossia il potere di scegliere il paradigma di funzionamento della giustizia penale e a chi affidare la libertà personale dei cittadini.