

UN DIRITTO PENALE *NECESSARIAMENTE* E *STRETTAMENTE* GIURISPRUDENZIALE *

Fausto Giunta**



NECESSARILY AND PURELY JURISPRUDENCE-BASED CRIMINAL LAW

The paper analyses the historical evolution of criminal law in civil law countries: from the penal code to the affirmation of the law created by the judge.

The Author focuses on the crisis of written law and today's tendency of the Courts to free law. The study gives a critical analysis of this approach. The interpretation of the law should not be an open, but rather a text-driven activity.

KEYWORDS Criminal Law in Civil Law Countries – Interpretation of the Law – Law Created by the Judge

1. Secondo una diffusa ricapitolazione, l'itinerario che dall'età moderna conduce ai nostri giorni parte dalla codificazione e approda al diritto giurisprudenziale. Questa condivisibile chiave di lettura sottende una precisa decifrazione del nostro presente penalistico e suggerisce di rivisitare entrambi i poli della parabola evolutiva: il primo maggiormente trattato dalla dottrina, il secondo più problematico e aperto.

Iniziando dalla codificazione, il suo avvento storico non incarna soltanto l'idea della normazione organica, ma valorizza ad un tempo la dimensione legislativa e testuale della legalità. Questo collegamento non è messo in dubbio, anche se non sempre è netto. La storia del pensiero giuridico è più confluenza che susseguirsi di visioni. Così è avvenuto anche nella nostra materia: la modernità ha visto germogliare la positivizzazione del diritto penale da un *humus* giusnaturalistico, con il quale ha finanche convissuto.

Per quel che ci riguarda, l'odierna crisi del *nullum crimen* non va certamente sottaciuta, ma nemmeno enfatizzata. Il pluralismo delle fonti ha indebolito la concezione monopolistica della legge, relativizzando la riserva a suo favore. Tuttavia non ha superato il valore di principio proprio della legalità, che rimane il tratto identitario e funzionale del nostro, come di altri sistemi di *civil law*.

Il codice, quale libretto, almeno in origine, smilzo ed essenziale, simboleggia tuttora la triplice eccezionalità del "penale" (a) come diritto di soli illeciti, (b)

* Si tratta della relazione svolta al Convegno "I cardini della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana", Roma 11 e 12 novembre 2022.

** Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Firenze.

assoggettati alla massima sanzione dell'ordinamento, (c) perché ritenuti particolarmente gravi. La matrice ideologica è chiaramente liberale, l'approccio epistemologico di tipo razionalistico.

Tutto ciò è confermato dalla forma del codice: un testo tascabile, una sorta di breviario laico, pensato soprattutto per il cittadino. Il codice non vuole essere soltanto a portata di mano, vuole sembrare alla mano; non è solo partitura garantistica, ma ancora prima strumento di comunicazione sociale.

1.1. La legalità può convivere con sistemi repressivi tra loro ideologicamente diversi. Il risultato complessivo dipende dai contenuti regolativi che essa abbraccia. La legalità, infatti, non è solo limite, è anche dover essere: il fatto che costituisce reato va punito. Ebbene, nel riproporre la facciata garantistica del *nullum crimen*, il codice Rocco valorizzava soprattutto il profilo deontico della legalità che, scompagnato da altri principi delimitativi, come l'offensività e la colpevolezza, declinava in chiave il-liberale l'autoritarismo tipico del diritto penale. Si pensi all'inderogabilità pressoché assoluta della pena, alle frequenti infiltrazioni di responsabilità oggettiva e, con tratti anticipatori della postmodernità, alla pubblicizzazione dei beni giuridici tutelati finanche dal pericolo presunto.

La legalità rocchiana seppe resistere, tuttavia, all'apertura alle fonti sostanziali, presente nel codice penale della Germania nazionalsocialista, che consentiva al giudice di attingere al sano sentimento del popolo tedesco. Sebbene non siano mancati autorevoli auspici dottrinali in tale direzione¹, l'art. 1 del nostro codice penale è sempre stato inteso come il biglietto da visita di un sistema punitivo "chiuso".

Il codice Rocco, benché non avesse ragioni per preoccuparsene, temeva invece la benevolenza del giudice. La discrezionalità commisurativa verso il basso era minima. Il sistema spingeva il giudicante a risposte sanzionatorie esemplari, prossime ai massimi edittali. Si consideri il frequente ricorso a circostanze, non a caso solamente aggravanti, caratterizzate da autonome cornici edittali, sottratte al giudizio di bilanciamento e ascrivibili oggettivamente. Per non dire dei delitti qualificati dall'evento, funzionalmente simili alle aggravanti ad efficacia indipendente.

1.2. La decodificazione, quale fenomeno esclusivo del diritto sostanziale, ha minato la parte speciale, dando vita a sottosistemi di disciplina il cui baricentro,

¹ G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 159.

nonostante la recente e velleitaria sterzata tentata dalla riserva di codice (art. 3-*bis* c.p., introdotto dal d. lgs. 21/2018), rimane *extra codicem*. Questa deriva legislativa, tutt'altro che complementare o accessoria, ha creato nuove aggregazioni normative decentrate rispetto al corpo storicamente principale, senza intaccare, però, l'esclusività della funzione regolativa della parte generale, affermata dall'art. 16 c.p.

La legalità ha perso terreno sul piano dei contenuti, che vengono sempre più spesso eterointegrati, ma mantiene la sua funzione di cornice, ossia di limite applicativo. Il ragionamento per principi, tipico del dettato costituzionale, si è affermato oggi anche nel diritto penale ma pur sempre all'interno della fattispecie incriminatrice. Un diritto penale governato da soli principi, per un verso, non potrebbe operare come insieme di regole di condotta, per l'altro, trasformerebbe il giudizio in un responso oracolare. Anche il bilanciamento degli interessi, interno alla fattispecie, ha bisogno di contenimenti formali idonei a impedirne la dispersione². Breve: sarebbe davvero precipitoso concludere che la crisi della parte speciale sia crisi irreversibile della fattispecie, quale categoria penalistica che risale alla nota definizione carrariana del reato come ente giuridico³.

Da questa angolazione la centralità codicistica della parte generale, sebbene deprivata dell'originaria coerenza, non è solo passato, ma presente. L'avvento della Costituzione non ha modificato il quadro: la legalità è stata elevata a categoria sovraordinata. Quanto agli altri principi di garanzia cui si è fatto cenno – offensività e colpevolezza, per rimanere alla teoria del reato – essi operano nel rispetto della funzione delimitativa della legalità linguistica: possono contrarre non estendere l'area dell'incriminazione.

1.3. Si ritiene che la legalità penale risulti marginalizzata dall'europeizzazione del diritto. In effetti la produzione giuridica eurounitaria impatta essenzialmente sulla parte speciale, partecipando all'integrazione della fattispecie incriminatrice, posta dal legislatore nazionale in attuazione di una scelta politico-criminale sua propria o di derivazione europea. Non si trascuri che il diritto dell'UE non ha competenza diretta in materia penale⁴. Pertanto di diritto penale europeo potrà parlarsi quando l'Europa sarà artefice di scelte di tutela e di garanzie individuali poste in perfetto equilibrio tra loro.

² In argomento, oggi, C. Bernasconi, *La metafora del bilanciamento nel diritto penale. Ai confini della legalità*, Napoli, 2019.

³ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. I, Lucca, 1874, § 33, p. 45.

⁴ Limitatamente alla più aggiornata manualistica, F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2020, p. 1016; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2022, p. 59; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, 2021, p. 110.

Diversamente, l'uropeizzazione di matrice convenzionale, che incide soprattutto sullo statuto penalistico di parte generale, contribuisce direttamente all'apparato garantistico nazionale. Il recente d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha rafforzato la penetrazione delle sentenze della Corte Edu prevedendo un'apposita procedura per la rimozione degli effetti pregiudizievoli delle violazioni da esse accertate (art. 628-*bis* c.p.p.). Resta da precisare la portata di questo importante sistema garantistico. Ebbene, l'art. 53 Cedu non consente dubbi: le disposizioni della Convenzione non possono prevalere sulle garanzie nazionali riducendo il livello dei diritti umani riconosciuti dall'ordinamento interno. Il cittadino deve poter fare affidamento sulle maggiori garanzie quale che sia la fonte.

2. Passando al “primato della giurisprudenza”, la storia e la geografia del pensiero penalistico confermano che il ruolo preponderante del giudicante corrisponde, pur nella molteplicità delle sue declinazioni, alla logica stessa del giudizio.

Ciò vale soprattutto nella nostra materia: lo *ius puniendi*, a differenza di altri rami dell'ordinamento giuridico, sgorga dal processo⁵. Si tratta, dunque, di un diritto *necessariamente giudiziario*, perché solo alla giurisdizione compete la definizione della risposta sanzionatoria. Sotto questo profilo, anzi, i sistemi penali di *civil law* risultano, per via delle loro radici inquisitorie, molto più “giudiziari” di quelli angloamericani, connotati dalla devoluzione del verdetto sulla prova del fatto, vale a dire il giudizio di colpevolezza, alla giuria popolare.

Ma il nostro diritto penale è anche *necessariamente giurisprudenziale*, in quanto la giurisdizione partecipa alla definizione della regola di diritto da applicare al caso concreto. Oggi nessuno si sentirebbe di sottoscrivere i noti slogan illuministici, che definivano la giurisdizione come “potere nullo” o il giudice “bocca della legge”⁶. E suonano anacronistiche le parole di Cesare Beccaria, secondo cui “Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali”⁷. È oramai

⁵ F. Carnelutti, *Pena e processo*, in *Riv. dir. pen.*, 1952, p. 167. Più di recente, v. T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 433 s.

⁶ C.-L. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Torino, 2005, vol. I, p. 274 s. Di recente, v. S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Bari, 2022, p. 17.

⁷ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1774, § IV. Per una critica, P. Nuvolone, *Processo penale: legalità, giustizia e difesa sociale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 447.

acquisito che, per sprigionare i suoi significati, l'enunciato normativo necessita di essere contestualizzato nella realtà sociale; opera, questa, propria ed insostituibile dell'interprete. Non a caso si distingue tra disposizione normativa, quale segno ancora da interpretare, e norma, quale esito dell'interpretazione⁸.

2.1. Tutto ciò, però, non azzerava l'eredità dell'età moderna. Tornando alla citazione di Beccaria, è opportuno ricordarne il prosieguo: i giudici “non sono legislatori”⁹. L'inciso riveste un'importanza fondamentale perché sottolinea la perdurante pregnanza della distinzione tra *ius facere* e *ius dicere*, i cui capisaldi sono la separazione dei poteri e il principio della rappresentanza.

Andando più a fondo si scorge agevolmente una chiara distribuzione di competenze, tra la scelta politica, spettante al potere legislativo, e il mondo del diritto applicato, nelle mani della giurisdizione. Distinzione, questa, sottesa al dettato costituzionale degli artt. 25, comma 2, e 102, comma 2. L'ordito della nostra Carta fondamentale ha particolarmente a cuore la distinzione di ruoli tra politica criminale e giustizia penale. Da qui, la necessaria determinatezza della legge penale e il divieto della sua applicazione analogica *in malam partem*.

La preferenza per la figura tradizionale del giudice professionale, infine, rimane coerente espressione di una concezione dell'interpretazione come attività metodologicamente vincolata, sul modello, ancorché non esaustivo, positivizzato dall'art. 12 delle preleggi¹⁰. La legalità linguistica costituisce un limite che il giudice non può superare sacrificando la libertà del cittadino.

In breve: l'ingenuità delle parole di Beccaria sull'interpretazione della legge penale nulla toglie al perdurante valore della sua visione ideologica.

2.2. L'interpretazione della legge penale è rimasta a lungo un tema negletto. Nell'approfondirlo, però, di recente ci si è spinti oltre: al mito illuministico dell'applicazione meccanicistica della legge si è contrapposta una ermeneutica affetta da un simmetrico estremismo. L'affermazione nietzschiana secondo cui “non ci sono fatti, ma solo interpretazioni”¹¹, deprivata del suo contesto di riferimento, ossia la morte delle grandi illusioni metafisiche, ha dato vita a una concezione particolarmente

⁸ V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, p. 95.

⁹ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit.

¹⁰ M. Gallo, *Moralità*, Napoli, 2011, p. 39.

¹¹ F. Nietzsche, *La volontà di potenza*, trad. it., Milano, 1922, § 276. V. anche G. Vattimo, *Della realtà*, Milano, 2012, p. 29.

debole dell'ermeneutica giuridica. La cittadinanza che è stata riconosciuta alle pre-comprensioni e alle empatie del giudicante ha finito, se non per mistificare, quanto meno per relativizzare il carattere cognitivo dell'interpretazione, facendo riaffiorare lo spettro dell'arbitrio punitivo.

Lo sbocco è dir poco paradossale: la dottrina che insiste sulla creatività dell'interpretazione include ad un tempo la giurisprudenza tra le fonti del diritto¹².

D'altro canto, precise ragioni storiche hanno valorizzato il ruolo sociale della magistratura, che ha saputo intercettare il consenso politico dell'opinione pubblica. Ne è uscito rafforzato il fascino del modello sapienziale di giudice, pressoché scomparso anche negli ordinamenti più resistenti al diritto scritto, come quelli islamici, che da ultimo sono approdati anch'essi alla codificazione¹³.

La nostra storia recente costituisce un *unicum* sotto questo profilo. Il diritto penale giurisprudenziale si è affermato sulla scia aperta dal diritto giudiziario. Detto diversamente, l'evoluzione di ruolo del diritto vivente non dipende soltanto dall'acquisita consapevolezza della polisemia linguistica, ma da una serie di emergenze che hanno favorito l'intervento giudiziario in supplenza del legislatore.

2.3. I primi significativi segnali della nuova tendenza si manifestano negli anni '70. Il settore dell'ambiente, in particolare, non ancora disciplinato dal profluvio della legislazione che seguirà, ha registrato l'uso alternativo del diritto ad opera degli allora pretori di assalto, che hanno piegato alla bisogna fattispecie incriminatrici comuni, estendendole oltre i limiti consentiti dal principio di legalità.

Un'altra tappa significativa, che ha infranto l'architettura del sistema sanzionatorio e indebolito la legalità della pena, può individuarsi nella l. 7 giugno 1974, n. 220 (c.d. novella del 1974), quale prima riforma di sistema del codice Rocco. Avendo preso d'atto della propria inettitudine ad adeguare le comminatorie edittali alla mutata sensibilità sociale, il legislatore ha ampliato a dismisura la discrezionalità giudiziale, nella convinzione, rivelatasi fondata, che in quel preciso momento storico la giurisdizione avrebbe corrisposto all'aspettativa di un addolcimento generalizzato della risposta sanzionatoria.

Il culmine è rappresentato, negli anni '90, dalla stagione di "mani pulite": abbandonate le interpretazioni restrittive del c.d. falso in bilancio, si è approdati a una

¹² Per esempio, spunti in tal senso in G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, p. 11 s.

¹³ F. Giunta, *Jus legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale*, in *disCrimen*, 12.11.2020, p. 8 s.

lettura giurisprudenziale oltremodo lasca della fattispecie, funzionale al repulisti morale del mondo economico e di una intera classe politica.

Lo stesso è accaduto nell'azione di contrasto della criminalità mafiosa, che conosce il concorso c.d. esterno nel reato associativo, fattispecie di per sé sfuggente per i suoi connotati sociologici e nondimeno applicata a forme di criminalità organizzata che non presentano i tratti identitari tipici della mafia. Per non dire dei tentativi di portare entro i confini del concorso in violenza o minaccia a un corpo politico (art. 338 c.p.) la c.d. trattativa Stato-mafia, in dispregio delle più consolidate letture dottrinali di questa figura di reato¹⁴.

Gli esempi potrebbero continuare perché oramai quotidiani sono gli strappi arrecati dalla giurisprudenza alla stretta legalità ora con intenti di supplenza rispetto a quanto non è stato legiferato, ora con finalità correttive delle scelte politico-criminali effettuate. Fa notizia, invece, la tendenza opposta, ossia alcuni recenti ritorni al limite del penalmente rilevante, tracciato anzitutto dal testo di legge¹⁵. Evidentemente, è ancora presto per dichiarare morta la *littera legis* nel diritto vivente.

Un cenno, infine, merita l'estensione, per così dire naturale, dell'elaborazione giurisprudenziale in presenza di fattispecie incriminatrici sciatte sotto il profilo della tecnica normativa o volutamente laconiche allo scopo di delegare, per spirito di compiacenza o convenienza politica, la gestione dello strumento penale all'applicatore. Anche qui il campionario è ampio e significativo: si va dagli ecodeletti, nati per essere come li vuole il giudicante¹⁶, al nuovo falso in bilancio, significativamente silente in relazione all'ipotesi più problematica: la rilevanza del falso estimativo¹⁷.

3. È il momento di affrontare la questione di fondo: con riferimento al nostro

¹⁴ G. Fiandaca, *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 77 s.

¹⁵ V. Maiello, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 2022, 2487 ss.

¹⁶ Sul punto vi è larga convergenza. Per tutti, L. Stortoni, *Ecodeletti: un nuovo modello di fattispecie "indefinite"*, in *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità. Un esempio emblematico: il disastro ambientale*, a cura di S. Tordini Cagli, Bologna, 2017, p. 133 s. Che il sistema piaccia alla giurisprudenza lo conferma la circostanza che non sia stata investita della questione la Consulta. *Amplius* F. Giunta, *Note minime su politica criminale e controllo di costituzionalità*, in *disCrimen*, 18.1.2019, p. 5.

¹⁷ Come noto, dopo un iniziale disorientamento interpretativo, la questione è stata risolta dalle Sezioni Unite (27 maggio 2016, n. 22474), ammettendo in linea di principio la rilevanza penale delle valutazioni non rispondenti al vero. In senso critico, v. A. Sereni, *"Le parole sono pietre". Sulle valutazioni estimative nel falso in bilancio*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, p. 1 s.

ordinamento, in che senso e in che misura si può parlare di diritto penale giurisprudenziale?

La risposta non può provenire solo dai fatti. Se è incontestabile che il corso della storia segni una crescita del ruolo sociale delle magistrature, è anche vero che il diritto è dover essere. La storia non ha modificato l'impronta liberale della nostra Costituzione.

Lo spirito di Montesquieu è ben vivo: i poteri trovano il loro limite in altri poteri. Per questa ragione occorre separarli e di bilanciarli. Si vuole impedire che ce ne sia soltanto uno al comando. Ciò sconsiglia che chi giudica sia artefice anche della regola di giudizio. Bisogna guardarsi dall'abbracciare il "mito fideistico della magistratura, come palladio della libertà del cittadino (...). La vera garanzia è rappresentata (...), sempre, in ultima analisi, dal principio di legalità e dalla subordinazione del giudice alla legge (...) senza lasciare il cittadino in balia del giudice"¹⁸.

3.1. Da qui una conseguenza ineludibile: l'indubbio potere normativo del processo consiste nell'assicurare, con metodo dialogico, la massima razionalità della decisione; ma non può sostituire il diritto sostanziale per come è perimetrato dalla legalità.

Anche nei sistemi di *judge-made law* il giudice, al pari del cittadino, non crea ma trova il parametro di giudizio, che è costituito dal precedente posto da un'altra giurisdizione. La circostanza che in quei sistemi il parametro di giudizio non sia posto dal legislatore non va enfatizzata. La politica dice la sua in altro modo. Il giudice di *common law* è perlopiù di nomina governativa, mentre il *public prosecutor* è elettivo. Se nei sistemi di *civil law* l'inizio sta nella legge penale, in quelli di *common law* sta nell'esercizio dell'azione penale. In entrambi i casi l'*incipit* è politico.

Sennonché nel mondo del diritto il primato è di chi parla per ultimo, che da noi è il giudice professionale. Non è certo nuova la preoccupazione che il raggio di azione della punizione venga impunemente tracciato, in violazione della scelta legislativa, da una speciale corporazione di giuristi.

Il problema era già emerso immediatamente dopo la Rivoluzione francese del 1789. Si voleva evitare che attraverso l'interpretazione il primato della politica criminale passasse dal legislatore alla giurisdizione. Per questa ragione era stato introdotto, accanto alla garanzia dell'obbligo di motivazione, il *référé législatif*, che nominava custode dell'interpretazione il *Tribunal de cassation*, inteso come corpo legislativo. L'idea di introdurre questa forma di interpretazione autentica della legge controversa

¹⁸ P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 49.

non ebbe, però, successo. L'istituto venne abrogato nel 1837. Dalle sue ceneri è nato l'odierno modello del controllo di legittimità, con funzione nomofilattica. La legittimazione del diritto penale giurisprudenziale dipende dalla correttezza del metodo interpretativo, che segna potenza e limite dello *ius dicere*.

3.2. Il sistema è cambiato, ma non nel suo presupposto di base, qual è il principio di legalità, un tempo coincidente con l'area del codice, oggi eccedente rispetto ad essa. La legalità è il denominatore comune della normativa codicistica e di quella decodificata. Proprio la perdita di organicità della produzione legislativa rafforza il vincolo della soggezione del giudice al segno linguistico.

La prima linea che traccia il confine non può che essere testuale, la qual cosa non impedisce esiti interpretativi restrittivi sulla base di principi non formali come l'offensività e la colpevolezza.

La fattispecie è *principalmente* formale, non *esclusivamente* tale. Il passaggio dal monismo al pluralismo giuridico ha aperto la porta all'unico bilanciamento degli interessi consentito dal primato della legalità, ossia quello endogeno con funzione integratrice della struttura legislativa del reato.

In questa cornice, di fattura costituzionale, il nostro diritto penale – lo si è già detto – è *necessariamente* e – ora si può aggiungere – *strettamente* giurisprudenziale.